MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2011

TOMO I

BOLIVIA

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
Calle Bolivar Nº 688

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS
Av. Camacho esq. Loayza Nº 1413
Telf.: (591-2) 2203434
(591-2) 2201204
Fax: (591-2) 2200501
http://www.economiayfinanzas.gob.bo

Edición 2012

La Paz - Bolivia

INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS	PÁGINA
1. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2011 DE 10 DE ENERO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"	**11**
2. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2011 DE 14 DE ENERO DE 2011**……..…….. **RECURRENTE:** PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	**49**
3. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 DE 20 DE ENERO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.	**65**
4. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2011 DE 24 DE ENERO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	**115**
5. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2011 DE 28 DE ENERO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	**135**
6. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2011 DE 28 DE ENERO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA	**165**
7. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2011 DE 01 DE MARZO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	**191**
8. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2011 DE 09 DE MARZO DE 2011**…….. **RECURRENTE:** JULIO HUMBERTO VALENZUELA – ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "COINBOL – JUVALGO"	**231**
9. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 DE 18 DE MARZO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** SERVICIO DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN "SERPREC" LTDA.	**285**
10. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2011 DE 22 DE MARZO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** VALORES UNIÓN S.A	**377**
11. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2011 DE 22 DE MARZO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	**395**
12. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2011 DE 30 DE MARZO DE 2011** …….. **RECURRENTE:** PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	**425**

13. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2011 DE 11 DE ABRIL DE 2011 ……..……. 445**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

14. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2011 DE 11 DE ABRIL DE 2011 …….. 465**
RECURRENTE: VALENTIN IBAÑEZ MAMANI

15. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2011 DE 11 DE ABRIL DE 2011 ……..……... 499**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

16. **MEFP/VPS/URJ-SIREFI 016/2011 DE 13 DE ABRIL DE 2011 ……..……... 517**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

17. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2011 DE 21 DE ABRIL DE 2011 …….. 539**
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA – ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

18. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2011 DE 25 DE ABRIL DE 2011 …….. 561**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

19. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2011 DE 28 DE ABRIL DE 2011 …….. 585**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

20. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2011 DE 28 DE ABRIL DE 2011 …….. 605**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

21. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2011 DE 29 DE ABRIL DE 2011 …… 637**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

TOMO II

22. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 DE 03 DE MAYO DE 2011……... 657**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FATIMA" LTDA.

23. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 DE 04 DE MAYO DE 2011 ……..... 677**
RECURRENTE: BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.

24. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011 ……..…. 711**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

25. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011 …… 745**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

26. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2011DE 06 DE MAYO DE 2011 767
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

27. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2011 DE 09 DE MAYO DE 2011 791
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

28. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011 DE 27 DE MAYO DE 2011 813
RECURRENTE: JANETH JIMENA PRADO CRESPO, FELIPE EDGAR ALIAGA MACHICADO, SERPREC LTDA.

29. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2011DE 27 DE MAYO DE 2011 859
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "EL CHOROLQUE" LTDA.

30. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011 DE 09 DE JUNIO DE 2011 879
RECURRENTE: SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.

31. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 031/2011 DE 24 DE JUNIO DE 2011 901
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

32. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2011 DE 24 DE JUNIO DE 2011 999
RECURRENTE: ROGER RAMIREZ CALLE

33. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 033/2011 DE 13 DE JULIO DE 2011 1059
RECURRENTE: BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

34. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 034/2011 DE 13 DE JULIO DE 2011 1089
RECURRENTE: FITCH RATINGS LIMITED

35. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011 DE 13 DE JULIO DE 2011 1119
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.

36. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2011 DE 03 DE AGOSTO DE 2011 1159
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

37. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 037/2011 DE 15 DE AGOSTO DE 2011 1189
RECURRENTE: RONALD YURY RODRIGUEZ URQUIDI

TOMO III

38. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 038/2011 DE 17 DE AGOSTO DE 2011 …….** **1295**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

39. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 039/2011 DE 18 DE AGOSTO DE 2011 ……** **1331**
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

40. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 040/2011 DE 23 DE AGOSTO DE 2011 ……** **1355**
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

41. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 041/2011 DE 01 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ……** **1377**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL" LTDA.

42. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2011 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ……** **1389**
RECURRENTE: JAVIER HINOJOSA SANTALLA - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

43. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 043/2011 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ……** **1421**
RECURRENTE: JAVIER HINOJOSA SANTALLA - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

44. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 044/2011 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ……** **1447**
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LTDA

45. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2011 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ……** **1491**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

46. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2011 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ……** **1523**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

47. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 047/2011 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ……** **1555**
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"

48. **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2011 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ……** **1609**
RECURRENTE: SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

49. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 049/2011 DE 06 DE OCTUBRE DE 2011 1655
RECURRENTE: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.

50. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 050/2011 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011 1673
RECURRENTE: JULIO CARLOS PINTO - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

51. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 051/2011 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011 1695
RECURRENTE: KARINA ROJAS CANIDO, REMBERTO FRIAS, JAVIER NAVARRO - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

52. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 052/2011 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011 1747
RECURRENTE: KARINA ROJAS CANIDO, JAVIER NAVARRO, MARIO S. ANDRADE - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

53. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 053/2011 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011 1805
RECURRENTE: JULIO CARLOS PINTO - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

54. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2011 DE 17 DE OCTUBRE DE 2011 1829
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

55. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 055/2011 DE 17 DE OCTUBRE DE 2011 1863
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

56. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 056/2011 DE 26 DE OCTUBRE DE 2011 1889
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

57. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 057/2011 DE 26 DE OCTUBRE DE 2011 1919
RECURRENTE: SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

TOMO IV

58. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 058/2011 DE 26 DE OCTUBRE DE 2011 1955
RECURRENTE: ROBERTO SILLERICO OVANDO

59. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 059/2011 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2011 2011
RECURRENTE: FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.

60. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 060/2011 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011 2059
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FATIMA" LTDA.

61. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 061/2011 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2011 2087
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

62. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 062/2011 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011 2151
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

63. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 063/2011 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011 2175
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

64. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 064/2011 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011 2243
RECURRENTE: BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.

65. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 065/2011 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011 2275
RECURRENTE: SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN "SERPREC" LTDA.

66. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 066/2011 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011 2339
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

67. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2011 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011 2401
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO DE PRODUCTIVIDAD Y COMERCIO S.A.

68. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 068/2011 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011 2431
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

69. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 069/2011 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011 2467
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

70. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2011 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011 2521
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.

71. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2011 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011 2561
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

72. ESTADÍSTICAS..... 2627

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 705/2010 DE 16 DE AGOSTO DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 001/2011 DE 10 DE ENERO DE 2011

FALLO

REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2011

La Paz, 10 de enero de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2010 de fecha 16 de agosto de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº58/2010 de fecha 18 de noviembre de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 3 de septiembre de 2010, la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera** representada legalmente por su Jefe del

Departamento Legal, Mauricio Diez Canseco Arce tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 0655/2010 de 20 de mayo de 2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 018, a cargo de la Dra. Nilda Pestañas Cerezo del Distrito Judicial de la Paz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2010 de fecha 16 de agosto de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución ASFI Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 10 de septiembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera.**

Que, mediante Auto de fecha 13 de septiembre de 2010, se hizo un llamamiento a los terceros interesados **Salomé Limachi Vda. de Carvajal, Ana María Carvajal Limachi, Diego Freddy Carvajal Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi y Soledad Carvajal Limachi** para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, el 27 de octubre de 2010, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera.**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 277/2009 DE 1 DE OCTUBRE DE 2009.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"…

1. *Instruir a Mutual La Primera, ejecutar todas las acciones que sean necesarias para la liberación de la garantía hipotecaria constituida para la operación 00-34-02161 6, liberando a la señora Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos del Sr. Fernando Carvajal Condori.*

2. *Instruir a la Mutual La Primera restituir los montos cobrados al prestatario y a sus herederos posteriores a la fecha en que tomó conocimiento del siniestro.*

3. *La Resolución debe ser puesta en conocimiento del Directorio de Mutual La Primera, correspondiendo incluir su consideración en la próxima reunión, debiendo entregarse a éste Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas.*

4. *Notificar con la presente Resolución a la señora Ana María Carvajal Limachi, como tercera interesada."*

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS SIGUIENTES.-

Por memorial presentado el 29 de octubre de 2009 la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera,** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009.

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 446/2009, de 27 de noviembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve el Recurso de Revocatoria presentado, confirmando la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009 del 1 de octubre de 2009.

Por memorial presentado el 18 de diciembre de 2009, la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 446/2009 de 27 de noviembre de 2009.

3.- RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010.-

Que en fecha 3 de mayo de 2010, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010, misma que determinó en su parte resolutiva lo siguiente:

> ***"ARTICULO PRIMERO.-*** *Anular el Procedimiento Administrativo hasta la notificación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificar a las partes en el plazo de cinco días hábiles administrativos de conocida la presente Resolución Ministerial Jerárquica*
>
> ***ARTÍCULO SEGUNDO.-*** *A tiempo de resolver los Recursos de Revocatoria si estos se presentasen, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá tomar en cuenta los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica."*

Los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010, expuestos en la parte considerativa son:

> *"(…)La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite el pronunciamiento respecto a lo alegado por el recurrente sobre el Acuerdo transaccional, en razón de que existiría una Resolución de Rechazo Nº 031/08 de fecha 19 de marzo 2009, dictada por el Fiscal de Materia Dr. Fernando E. Cortes Flores.*
>
> *Aspecto que tendrá que ser verificado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en razón a que en los antecedentes remitidos a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no cursa dicha resolución, por lo que su valoración bajo el principio de verdad material, deberá a su vez ser tomada en cuenta.*

Asimismo se deberá considerar lo determinado en el Código de Procedimiento Penal, tomando en cuenta que aún en el caso que el contrato Transaccional no haya sido homologado ante un juez, no significa y no quiere decir que este carezca validez, por lo que la Autoridad deberá revisar la normativa aplicable y motivar su determinación.

Finalmente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá fundamentar cada argumentación presentada por las partes respecto al Acuerdo Transaccional.(…)"

(…)debe considerarse los aspectos que hacen al seguro, la fecha de invalidez, su retroactividad o no, la fecha de comunicación, la fecha de aviso a la Entidad Aseguradora, etc., mismos que deberán ser considerados por la Autoridad de Supervisión Financiera(…)"

(…)A su vez, bajo el principio de verdad material, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones de los recurrentes, e incluso aquellas que requieran pronunciamiento pese a no haber sido alegadas o probadas por los interesados, debiendo la Administración investigarlos, conocerlos y resolver conforme a derecho."

4. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 12 de julio de 2010, **Ana María Carvajal Limachi, Soledad Juana Carvajal de Pacheco, Diego Freddy F. Carvajal Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi y Salomé Limachi Vda. de Carvajal** presentan Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009, solicitando la devolución de los dineros pagados a Mutual La Primera desde julio del 2002 hasta el 16 de junio de 2004, así como el producto de estos, en cuanto al acuerdo transaccional afirman que esté se habría suscrito y firmado con Mutual la Primera bajo presión**,** ya que estos actuaron en total desconocimiento de Resoluciones emanadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero por lo que hubieran sido mellados en sus derechos, a su vez refiere que si la Mutual la Primera hubiera cumplido con su obligación de reportar al seguro el siniestro, el seguro hubiera cancelado la deuda y ahora no existiría un reclamo.

Por memorial presentado el 15 de julio de 2010, la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera,** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009, argumentando en su recurso que el mismo debe ser resuelto conforme lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010 de 3 de mayo de 2010, en cuanto a la validez del acuerdo transaccional firmado entre los herederos del Sr. Fernando Carvajal y Mutual la Primera, a su vez solicita se efectué un análisis detallado de la póliza y condiciones para el reclamo del siniestro, por último pide que se haga la correcta valoración de la prueba. Asimismo plantea los mismos argumentos presentados en el Recurso Jerárquico.

Por memorial de fecha 21 de julio Ana **María Carvajal Limachi, Soledad Juana Carvajal de Pacheco, Diego Freddy F. Carvajal Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi y Salome**

Limachi Vda. de Carvajal complementan su Recurso de Revocatoria en los siguientes términos:

*"(…)**C) ACUERDO TRANSACCIONAL FIRMADO BAJO PRESIÓN***

Señor Director, su autoridad mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009, página 11, 3er párrafo reconoce y establece que el Acuerdo Transaccional suscrito entre la Mutual La Primera y los herederos del señor Carvajal, ***posterior a la Resolución SB Nº 014/2008, no libera a la entidad crediticia de la deficiencia operativa en la administración de la póliza de seguros"***

Ahora bien, en relación al Acuerdo podemos aseverar y demostrar que fue firmado bajo presión porque existía la amenaza de remate del bien inmueble dado en garantía.

Por lo expuesto demostramos:

1. *Que, no sólo por la vía administrativa, mediante resoluciones emanadas del Ente Regulador se ha comprobado el error operativo en el cual ha incurrido el Regulador, sino que, la conducta de Mutual La Primera ha ingresado al campo del delito de comisión por omisión ya que su inacción contribuyó a la ejecución final de hechos antijurídicos como es la* ***Estafa,*** *toda vez que* ***se cobró dineros****,* ***se nos llevó a un juicio coactivo, llegando casi al estado de subasta y remate.***
2. *Que, la Zurich reconoció que la entidad crediticia no dio cumplimiento al art 13 de la* ***póliza, donde a su vez está estipulado que la compañía debe hacer cargo del total de la deuda a favor de la Mutual.***
3. *Que el Acuerdo fue firmado en completo desconocimiento de la Resolución SB 014/2008 de fecha 30 de enero de 2008 y que además fue* ***suscrito bajo presión.***

Por lo cual pedimos a su autoridad se tome en cuenta nuestra posición de afectados y se ordene la devolución de dineros que corresponde.(...)"

A su vez por memorial presentado el 28 de julio de 2010 **Diego Freddy y Fernando Carvajal Limachi** presentan adhesión al Recurso de Revocatoria y Complementación(…)"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/Nº 705/2010 DE 16 DE AGOSTO DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2010 de 16 de agosto de 2010 se confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009, modificando el artículo segundo de la referida resolución, de acuerdo a los siguientes términos:

> *"2º Instruir a la Mutual La Primera, restituir los montos cobrados a los herederos del Señor Fernando Carvajal Limachi, en un 100% a partir del 29 de abril de 2003"*

Bajo los siguientes fundamentos:

"...CONSIDERANDO:

Que, el articulo 9 numeral 4 de la Constitución Política del Estado, establece que uno de los fines y funciones esenciales del Estado es el de garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.

Que, el artículo 331 del referido cuerpo legal determina que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización de Estado, conforme a la Ley.

Que, la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, en su numeral IV artículo 1 señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales.

Que, el Articulo 153 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, especifica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el Órgano Rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, que tiene como objeto institucional mantener el sistema financiero nacional sano y eficiente, y velar por su solvencia.

Que, el numeral 3 del Artículo 154° de la Ley N° 1488, señala que es atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarías, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio de la República intermediación de recursos financieros.

CONSIDERANDO:

Que, el Art. 5 de la Ley N° 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998, define a la Póliza de Seguros como el documento que instrumenta el contrato de seguro en el que se establecen las normas que de manera general y particular regulan las relaciones contractuales entre el asegurado y asegurador, de acuerdo a lo determinado en el Código de Comercio.

Que, el mencionado artículo señala que el siniestro se produce cuando sucede la eventualidad prevista y cubierta por el contrato de seguros y que da lugar a la indemnización, obligando a la entidad aseguradora a satisfacer total o parcialmente, al asegurado o a sus beneficiarios, el capital garantizado en el contrato.

Que, el artículo 1025 del Código de Comercio, señala que el siniestro se produce al acontecer el riesgo cubierto por el contrato de seguro, y da origen a la obligación del

asegurador de indemnizar o efectuar la prestación convenida. El siniestro se presume producido por caso fortuito, salvo prueba en contrario.

Que, el mismo cuerpo legal en su artículo 1027, determina que le corresponde al asegurado o beneficiario probar el siniestro y los daños debiendo el asegurador probar los hechos y circunstancias que pudieran liberarlo, en todo o en parte, de su responsabilidad.

Que, el artículo 1028 del mismo Código, señala que el asegurado o beneficiario, tan pronto y a más tardar dentro de los tres días de tener conocimiento del siniestro, debe comunicar tal hecho al asegurador, salvo fuerza mayor o impedimento justificado.

Que, el artículo 1030 del mismo cuerpo legal con relación a la omisión del aviso, prescribe que el asegurador puede liberarse de sus obligaciones cuando el asegurado o beneficiario, según el caso, omitan dar el aviso dentro del plazo del artículo 1028 con el fin de impedir la comprobación oportuna de las circunstancias del siniestro o de la magnitud de los daños.

Que, el artículo 1031 del mismo Código de Comercio, con relación a la información que pruebe el siniestro, determina que el asegurado o beneficiario, según el caso, tienen la obligación de facilitar, a requerimiento del asegurador, todas las informaciones que tengan sobre los hechos y circunstancias del siniestro, a suministrar las evidencias conducentes a la determinación de la causa, identidad de las personas o intereses asegurados y cuantía de los daños, así como permitir las indagaciones pertinentes necesarias a tal objeto.

Que, la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, en su numeral IV artículo 1 señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales.

Que, el Artículo 153 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, especifica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el órgano rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, que tiene como objeto institucional mantener el sistema financiero nacional sano y eficiente, y velar por su solvencia.

Que, el numeral 3 del Artículo 154° de la Ley N° 1488, señala que es atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarlas, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio de la República intermediación de recursos financieros.

CONSIDERANDO:

Que, con relación a los fundamentos del Recurso de Revocatoria interpuesto por Ana María Carvajal Limachi, Soledad Juana Carvajal de Pacheco, Diego Freddy F. Carvajal Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi, Salome Limachi Vda. de Carvajal y Diego Freddy Fernando Carvajal Limachi en fecha 12 de Julio de 2010, se tiene el siguiente análisis:

- *Con relación a las cartas enviadas por los herederos del Señor Fernando Carvajal Condori, se debe señalar que estas fueron respondidas y tramitadas en su momento, es así que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó en la Resolución ASFI N° 277/2009 la restitución de los montos cobrados al prestatario y a sus herederos posteriores a la fecha en que tomó conocimiento la entidad financiera, y la Mutual cumplió dicho cometido, lo cual se efectuó en fecha 06 de enero de 2010.*

- *Con relación a la solicitud de devolución del producto financiero generado por los montos pagados en exceso por los herederos del Señor Fernando Carvajal Condori, se debe recordar lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010 de 03 de mayo de 2010, "En cuanto a los intereses solicitados se tiene que ni la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ni este Ministerio de Economía y Finanzas Publicas tienen competencia para dirimir ni establecer daños civiles emergentes o intereses, por lo cual las interesadas deberán acudir a la autoridad llamada por Ley, para su resarcimiento". Por lo que, de acuerdo a lo señalado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no corresponde a esta instancia administrativa dirimir ni establecer daños civiles o intereses, debiendo la solicitud ser dirigida a la autoridad llamada por Ley.*

- *Con relación a que la Mutual no habría notificado a la Compañía Aseguradora, una vez enterada de que aconteció el siniestro, se debe señalar que este es un extremo que fue analizado en la Resolución ASFI N° 277/2009 de 01 de octubre de 2009, determinándose que existió un error operativo por parte de la Mutual La Primera, aspecto que dio lugar a la determinación de que se restituyan los montos cobrados al prestatario y a sus herederos.*

- *Con relación a la solicitud de devolución de los depósitos realizados por los hijos del Señor Fernando Carvajal en el periodo comprendido entre el mes de julio del año 2001 al 16 de junio de 2004, este análisis será realizado en la presente resolución, en la parte considerativa pertinente.*

Que, con relación a los fundamentos del Recurso de Revocatoria de la Mutual La Primera, se debe realizar en análisis siguiente:

- *La póliza en sus condiciones generales establece que (aplicables a todas sus coberturas, muerte como cobertura principal e invalidez como cobertura complementaria), que el plazo de aviso de siniestro se rige de acuerdo al artículo 1028 del Código de Comercio, donde se establecen los 3 días para el aviso de siniestro. Sin embargo, en las Condiciones*

Particulares que prevalecen a las generales, se amplía el plazo a 180 días, quedando este plazo como el aplicable para el presente caso.

En ese marco la afirmación de la Mutual en sentido que la condición de plazo para efectuar el reclamo aplica solo a la cobertura de vida es totalmente infundada, ya que estos plazos están claramente establecidos en la póliza, y si no lo estuvieran, se regirían por la aplicación de lo establecido en el Código de Comercio en la parte general que aplica a cualquier contrato de seguro.

Por tanto, la comunicación de siniestro en el caso del seguro de invalidez tiene un plazo para ser comunicado, puesto que de otra forma la compañía no rechazaría el pago del seguro, toda vez que se trata del ejercicio de un derecho el cual, necesariamente debe estar sujeto al cumplimiento de un plazo para la comunicación, otorgando así seguridad jurídica a los involucrados; concluyendo que la Mutual incumplió su obligación de dar el aviso en el plazo previsto, a la compañía aseguradora, dando lugar al posterior rechazo por parte de la aseguradora, al ser la comunicación extemporánea.

Mediante carta PRES/SP/129/2004 de fecha 19 de abril de 2004, la Boliviana de Seguros Personales S.A., informa a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no corresponde indemnización alguna por la invalidez del asegurado producida en fecha 26 de junio de 2002, debido a que se les comunico de tal extremo recién en fecha 24 de octubre de 2003, al mismo tiempo que se informa de fallecimiento del Señor Carvajal, es decir que el aviso se produjo en forma por demás extemporánea, por lo que se confirma el hecho de que existió un error operativo por parte de la Mutual La Primera.

- *Con relación a los porcentajes que cubriría a cada uno de los prestatarios, corresponde señalar que el artículo 16 de la Póliza de Seguro establece "En caso de que el crédito sea otorgado a dos personas naturales o más, el capital asegurado para cada una de ellas será el porcentaje que le corresponda a cada una de ellas, de acuerdo a lo que determine el contratante, este porcentaje será comunicado en la nómina de acreedores enviada a la compañía mensualmente".*

  Sin embargo, existe un anexo para Préstamos Mancomunados que tiene prevalencia sobre lo anterior y que establece lo siguiente:

  El procedimiento anterior será aplicado con excepción de los préstamos para sociedades conyugales, en donde la compañía responderá por el 100% del saldo insoluto de la deuda en caso de fallecimiento del titular del crédito.

  Por lo que la sociedad conyugal referida al matrimonio, que es el caso que nos ocupa, debe ceñirse a esta última disposición, vale decir que correspondía que el seguro pague el 100% del saldo insoluto de la deuda.

- *Con relación al alcance de la competencia de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, corresponde señalar que la Superintendencia General del SIREFI mediante Resolución Jerárquica SIREFI-DRJ-002/2007-EXP.02 de 3 de enero de 2007, dejó claramente establecido que "la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene competencia plena, respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas) aplicables a las entidades de intermediación financiera, independientemente de si estos actos son también objeto de controversias judiciales en forma simultánea".*

  Para ratificar lo expresado en el párrafo precedente y siguiendo los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 53/2008 de 29 de agosto de 2008, "el ente regulador tiene dentro sus funciones, no solo la aplicación de sanciones, sino también la de adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participo, lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales".

  Consecuentemente lo señalado, ASFI tiene la obligación de pronunciarse sobre aspectos administrativos sometidos a su competencia, tales como las situaciones acontecidas en el caso del reclamo de la familia Carvajal Limachi.

- *Respecto a que no existe ningún indicio menos prueba, respecto a la fecha de la supuesta comunicación al funcionario Marcelo Rodríguez, la Mutual al mencionar en su Informe de Auditoría Interna N° 59/07, que cumplió en otorgar información de los trámites a seguir para la obtención del certificado INSO, pone en evidencia que tuvo conocimiento del estado de salud del prestatario en febrero de 2003, por lo que no puede alegar desconocimiento de los hechos.*

  Además de lo señalado, de la revisión del expediente administrativo, se verificó que existe una carta de 22 de Julio de 2003, recibida en la misma fecha por la Mutual, mediante la cual el Señor Fernando Carvajal Condori, pone en conocimiento de la entidad de su delicado estado de salud a partir del 26 de junio de 2002 solicitando prorroga para el pago de sus mensualidades atrasadas, hasta que la evaluación del dictamen del Instituto Nacional de Salud Ocupacional determine su grado de invalidez, por lo que la Mutual no puede alegar desconocimiento de la salud del finado señor Fernando Carvajal Condori.

CONSIDERANDO:

Que, con relación al Acuerdo Transaccional referido en el Recurso de Revocatoria de ambas partes, se deben realizar las siguientes precisiones:

- *El referido Acuerdo Transaccional en su clausula SEXTA (De la condición para su eficacia) señala: "Las partes contratantes de común acuerdo subordinan la eficacia del presente Acuerdo Transaccional a la Resolución que pronuncie el fiscal, aceptando la Conciliación, Desistimiento de la Querella y consiguiente extinción de la acción penal, solicitando ante el Juez 4to. de Instrucción en lo Penal Cautelar la aplicación por la vía que corresponda, quien deberá emitir la Resolución Jurisdiccional que corresponda, homologando la Conciliación, desistimiento y Extinción de la Acción Penal."*

- *Por su parte el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, señala que todo litigio podrá terminar por transacción de las partes, de acuerdo a las condiciones y requisitos establecidos en el Código Civil; por otra parte el artículo 315 se refiere a la forma y tramite, señalando que las partes podrán hacer valer la transacción del derecho en litigio presentando el convenio o suscribiendo el acta respectiva ante el juez. El Tribunal o Juez se limitará a examinar si se han cumplido los requisitos exigidos por ley para la validez de la transacción, y estando cumplidos estos se homologará. Si se negare la homologación continuaran los procedimientos en litigio.*

- *De acuerdo a la normativa señalada, se tiene que tanto el Acuerdo Transaccional como el Código de Procedimiento Civil, especifican que el documento suscrito entre las partes suscribientes, debe ser homologado ante el tribunal o el juez que corresponda, en este caso el mismo Acuerdo Transaccional señala que el Juez 4to de Instrucción en lo Penal Cautelar debe homologar la Transacción, actuación procesal que no cursa en antecedentes, por lo que no se le puede otorgar la validez legal al referido Acuerdo Transaccional, toda vez que esta actuación tiene como objetivo resguardar los derechos de los suscribientes, debiendo para tal efecto el homologador examinar el cumplimiento de los requisitos exigidos por Ley, aspecto que según los antecedentes que cursan en ASFI no se ha realizado, por lo que no corresponde resolver el presente caso en el marco de lo señalado por el Acuerdo Transaccional, mientras no se cumpla con los requisitos señalados por las partes y la normativa en actual vigencia.*

CONSIDERANDO:

Que, en virtud al señalado por el artículo 1028 del Código de Comercio, las Condiciones Particulares que prevalecen a las generales, en el caso que nos ocupa, se amplía el plazo a 180 días, quedando este plazo como el aplicable para el presente caso. Siendo además este plazo firme y obligatorio para todas las coberturas contenidas en la póliza analizada.

Que, el Certificado del Instituto Nacional de Salud Ocupacional, el cual contiene el Dictamen INSO: N° MGL-36/2004, determina que el Sr. Fernando Carvajal Condori, tiene el 65% (Sesenta y Cinco por ciento) de pérdida de la capacidad laboral de origen Común por enfermedad, siendo este emitido en fecha 26 de enero de 2004, una vez que el Señor Carvajal ya había fallecido.

Que, no obstante lo señalado por el Certificado mencionado, es necesario determinar la fecha precisa a partir de la cual el Señor Carvajal sufre la pérdida de capacidad laboral, considerando que este certificado fue emitido una vez que el referido Señor Carvajal habría fallecido, aspecto que determinaría a partir de qué momento hubiere estado coberturado por el Seguro de Desgravamen Hipotecario y consiguientemente liberada de pago de sus cuotas mensuales.

Que, lo señalado es determinante en el presente caso, toda vez que define cuales son los montos que la Mutual La Primera hubiere cobrado en exceso, por lo que en busca de determinar la verdad materia! de los hechos nos remitimos a la carta de CITE: DIR INSO: 113/2005, emitida por el INSO con relación a la consulta del Juez 2do. de Partido en lo Civil Comercial, referida a la aplicación temporal del certificado INSO, mediante el cual el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Salud Ocupacional, certifica al (sic) lo siguiente: "Si bien los exámenes clínicos laboratoriales no tienen carácter retroactivo, empero y en consideración a las lesiones que llevaron al fallecimiento del Señor Fernando Carvajal Condori y en relación causa - efecto, y primordialmente a la fecha de inicio de los procesos patológicos correspondiente a junio de 2002 y por tanto la declaratoria de invalidez emitida en fecha 26 de octubre de 2004, que refiere en fs. 1 la fecha de solicitud de 26 de enero de 2004 no corresponde ya que dicha fecha se refiere a la emisión de la calificación, por cuanto de la revisión de antecedentes que se tiene, ***la fecha correcta es de 29 de abril de 2003, y por cuanto independientemente de la fecha de fallecimiento del Señor Carvajal 02 de octubre de 2003, el Dictamen de 65% por invalidez laboral por enfermedad común TIENE CARÁCTER RETROACTIVO"*** *(Las negrillas y subrayado son nuestros).*

Que, por lo señalado se determina que la fecha de validez del Certificado del Instituto Nacional de Salud Ocupacional, en el cual se (sic) encuentra el Dictamen INSO: N° MGL-36/2004, es retroactivo al 29 de abril del 2003, siendo esta la fecha a partir de la cual la Mutual debió dejar de cobrar las cuotas al Señor Fernando Carvajal Condori.

Que, en su Recurso de Revocatoria la familia Carvajal Limachi, solicita la devolución de los depósitos realizados por los hijos del Señor Fernando Carvajal Condori a la Mutual La Primera por pagos efectuados en el periodo comprendido entre el mes de Julio del año 2002 al 16 de junio de 2004, aspecto que no corresponde por lo señalado precedentemente, correspondiendo simplemente, la devolución de los montos a partir del 29 de abril de 2003.

Que en cumplimiento de la Resolución ASFI N° 277/2009 de 01 de octubre de 2009, la Mutual realizó la devolución de los montos cobrados en exceso a partir de marzo de 2003, no obstante dicha devolución la realizó solo en la parte que le corresponde al Señor Fernando Carvajal Condori, vale decir al supuesto 53% de la cobertura que le amparaba,

Que, como se señalo en la parte pertinente y de la revisión de la Póliza de Seguros, existe un anexo para Préstamos Mancomunados que tiene prevalencia sobre las Condiciones Generales y que establece que las Condiciones Generales, será aplicado

con excepción de los préstamos para sociedades conyugales, en donde la compañía responderá por el 100% del saldo insoluto de la deuda en caso de fallecimiento del titular del crédito; (Se debe entender que el fallecimiento es la cobertura principal, ampliándose tal situación a la cobertura de invalidez considerada como accesoria), correspondiendo en el presente caso, que la Mutual o restituya los montos cobrados a la Familia Carvajal Limachi, no solo en la parte que le correspondía al 53% del Señor Carvajal, sino al 100% de los montos cobrados, vale decir de igual forma al 47% que el correspondía a la Señora Salome Limachi Viuda de Carvajal.

CONSIDERANDO:

Que, tomando en cuenta, el análisis realizado en el INFORME/ASFI/DAJ/R-80598/2010 de 12 de agosto de 2010, es necesario confirmar parcialmente la Resolución recurrida a efectos de que también se realice la devolución del porcentaje que le coberturaba a la Señora Salome Limachi Viuda de Carvajal(...)"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 3 de septiembre de 2010, la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2010 de 16 de agosto de 2010, argumentado lo siguiente:

"1. PIDE SE TENGA PRESENTE LA INSEGURIDAD JURÍDICA QUE PROVOCAN LOS PERMANENTES CAMBIOS DE "CRITERIO JURÍDICO" DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASFI.

Lamentablemente, esa ASFI en todas las resoluciones que pronunció como consecuencia del ilegal reclamo formulado por los herederos del señor Fernando Carvajal Limachi, ha adoptado criterios contrarios entre sí e interpretaciones a cuál más forzadas que afectan los más elementales principios de seguridad jurídica y de legalidad que regulan la actividad de las la (sic)entidades del sector público. Veamos:

a) Por Resolución SB 014/2008, se nos conminó a "ejecutar todas las acciones liberando a la señora Salomé Limachi y sus herederos de toda obligación"

b) Después de haberse cumplido con lo ordenado en la Resolución precedente, se cambia de criterio y en la Resolución No. 277/2009, ADEMÁS se nos obliga a restituir los montos cobrados al prestatario y a sus herederos posteriores a la fecha en que tomó conocimiento del siniestro. (Una doble restitución, toda vez que ésta, en su totalidad, quedo extinguida por efectos de la Resolución señalada en el inc. a).

c) Sin embargo, en la Resolución ASFI No. 446/2009, se determina que la restitución solo corresponde al porcentaje asegurado (53%).

d) *Pero ahora, en base a imprecisas e ilegales interpretaciones, se crea un nuevo criterio en base también a la creación de una cláusula contractual, por el que en contra de la argumentación jurídica de las precedentes Resoluciones, se nos obliga ilegalmente a restituir el 100% de las cuotas pagadas por los herederos del fallecido desde la fecha del conocimiento del siniestro.*

El Sr. Ministro de Economía y Finanzas, a tiempo de conocer el presente recurso, advertirá la repetición de las contradicciones que ya fueron expuestas por la autoridad en la Resolución Jerárquica No. 015/2010, pero que no han sido consideradas en la Resolución ASFI 705/2010, incumpliéndose de esa manera no solo con lo establecido por la ley sino también lo establecido en aquella Resolución Jerárquica, como se demostrará posteriormente.

2. INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010.

En la Resolución de referencia el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas determinó expresamente que a tiempo de resolver los Recursos de Revocatoria su autoridad debía tomar en cuenta los fundamentos de dicha Resolución Ministerial Jerárquica a cuyo fin dispuso, en función del principio de economía procesal, que su autoridad enmarque su actuación pronunciándose sobre todos los aspectos y los fundamentos que tienen relación con el presente caso. Los lineamientos y lo dispuesto por el Superior Jerárquico no han sido considerados en la Resolución ASFI 705/2010.

2.1.DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIO (sic) DE LEGALIDAD Y VERDAD MATERIAL.

Con relación al contrato transaccional en la ***Resolución Jerárquica de referencia,*** *concordante por lo demás con la Resolución Jerárquica No. R-J 33/2009 pronunciada por el Superintendente de Sistema de Regulación Financiera SIREFI se ha reconocido de manera* ***definitiva que el acuerdo transaccional suscrito por Mutual "La Primera" con la señora Salome Limachi de Carvajal y los herederos del Señor Carvajal,*** *tiene plena validez legal, por lo que "su valoración bajo principio de verdad material debía tomarse en cuenta en la Resolución apelada.* ***AL (sic)no haberse cumplido con lo dispuesto por el señor Ministro de Economía y Finanzas Publicas no sólo que se incurre en una inaceptable contradicción con lo reconocido y definitivamente establecido por los superiores jerárquicos,*** *lo que a su vez determina la nulidad de la Resolución recurrida. El procedimiento Administrativo debe desenvolverse en la (sic)* ***en la búsqueda de la verdad material,*** *de la realidad, lo que importa que esa verdad material se opone a la verdad formal que prevalece en el proceso ordinario.*

No obstante que ese principio es esencial, propio y característico del procedimiento administrativo; su autoridad no averiguó la verdad material y, y (sic) por el contrario, se limitó a Fundar su fallo en aspectos Formales, no otra cosa significa que se acuda a inaplicables normas del Procedimiento Civil (Formales) sin considerar el valor contractual de la transacción de la cual e (sic)deriva la verdad material.

Los principios de legalidad y verdad material, no fueron observados en la Resolución recurrida, en contra de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo y en la Resolución Ministerial Jerárquica, motivos por los que solicitamos su nulidad.

2.2.LA VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONTRATO TRANSACCIONAL SE ENCUENTRA RECONOCIDA POR NORMAS DE CARÁCTER SUSTANTIVO (CÓDIGO CIVIL) Y NO POR NORMAS PROCESALES APLICABLES A PROCESOS DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.

En efecto la argumentación referida al contrato transaccional fundada en los artículos 314 y 315 del C.P.C. constituye un absurdo jurídico e importa la violación y desconocimiento del Derecho, ***pues sabido es que el valor y eficacia de todo contrato emerge del orden normativo contenido en el Código Civil,*** *pero jamás podrá efectuarse esa valoración en virtud de un trámite procedimental aplicable a procesos ordinarios, como una modalidad de conclusión extraordinaria o anormal del proceso; normas procesales, por otra parte, inaplicables en el presente caso, por la sencilla razón de que "en el procedimiento administrativo a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial civil el órgano estatal no tiene por misión resolver un conflicto entre partes" (Resolución Jerárquica 015/2010, pág. 50) y menos homologar contratos transaccional.*

En el presente caso, en virtud de los principios de legalidad y verdad material que han sido desconocidos por su autoridad se tiene que el contrato transaccional celebrado con la familia Carvajal Limachi tiene absolutamente todos y cada uno de los requisitos y condiciones establecidos en los artículos 945 al 949 del C.C. siendo así se dirimió la controversia existente entre partes con los efectos de cosa juzgada inmodificable, irrevisable e inimpugnable en el contexto de los arts. 949 y 1319 del Código Civil que también lo acusamos de violado.

En la Resolución Ministerial Jerárquica No. 015/2010, - su autoridad - como se tiene señalado desconoce que su superior jerárquico reconoció la plena validez del contrato Transaccional, por una parte, y por la otra que ASFI sólo debía averiguar considerando ese contrato la verdad material. Ni lo primero ni lo segundo ha sido cumplido en la Resolución 705/2010, lo que importa que esta Resolución sea ilegal.

Por lo expuesto en el presente punto y toda vez que en la Resolución recurrida se ha incumplido y argumentado en contra y oposición a la Resolución Jerárquica pedimos anular obrados hasta que se dicte una nueva Resolución o bien alternativamente se revoque tal Resolución declarándose que las partes quedan sujetas para todos los efectos legales emergentes del préstamo otorgado a los señores Fernando Carvajal Condori y Salome Limachi de Carvajal en los términos y condiciones del contrato transaccional.

3. MUTUAL LA PRIMERA DECLARÓ EXTINGUIDA LA TOTALIDAD DE LA OBLIGACIÓN Y NO SOLO EL PORCENTAJE DEL SEGURO (53%) CORRESPONDIENTE A FERNANDO CARVAJAL CONDORI, SIENDO ASÍ NO EXISTE NINGUNA SUMA A RESTITUIR.

Como bien se establece por el contrato de seguro la cobertura de los riesgos por muerte e invalidez total y permanente, ***corresponde a cada uno de los prestatarios según los porcentajes establecidos en los contratos de préstamo,*** *correspondiéndole al prestatario Fernando Carvajal el 53%, equivalente a la suma de $us. 11.463.74, es decir que si dicho prestatario, su cónyuge también prestataria o sus hijos hubiesen cumplido con presentar el informe de Invalidez emitido por el INSO, cuando el prestatario se encontraba vivo y no muerto (como sucedió y es lo único correcto de la Resolución recurrida) y con una edad máxima de 70 años y no 71, el seguro hubiese pagado únicamente la indicada suma de $us. 11.463.74. La diferencia de $us. 10.165.95, debió seguir siendo pagada por la coprestataria Salome Limachi Vda. De Carvajal.*

Ahora bien, si como su autoridad dispone en la Resolución No. 705/2010 que "restituyamos el 100% de los montos pagados desde el 29 de abril de 2003" ($us. 7.875.94), imposición que desde luego no es aceptada por nosotros, significaría no sólo desconocer que ese monto forma parte del total de la obligación declarada extinguida, sino la imposición de una obligación fundada en una inexistente responsabilidad contractual que, cualquiera que sea el nombre que quiera dársele, no es otra que la Responsabilidad por daños y perjuicios que de acuerdo a lo dispuesto en el presente proceso, tanto por el SIREFI como por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no corresponden a la competencia de su autoridad.

En todo caso y habiéndose declarado extinguido el saldo total de la obligación, además de la existencia de un contrato transaccional, no existe suma alguna que restituir, pues de otra manera lo único que se generaría en el contexto de su Resolución, es un enriquecimiento ilegitimo, en contra de la Ley, del contrato de seguro, del contrato de préstamo y del contrato transaccional.

En tal virtud, solicitamos al Sr. Ministro de Economía y Finanzas Publicas, se digne REVOCAR la Resolución recurrida.

4. EN LA RESOLUCIÓN RECURRIDA SE CREA E IMPONE ILEGALMENTE UN PLAZO PARA EL RECLAMO DEL SEGURO DE INVALIDEZ, EN CONTRA DE LA LEY Y DEL CONTRATO DE SEGURO, AFECTÁNDOSE EL DERECHO DE MILES DE PRESTATARIOS DE MUTUAL LA PRIMERA.

¿Por que inventar un plazo que afectará negativamente a todos los prestatarios, cuando tal plazo es inexistente en el seguro de invalidez?. ¿Sera admisible que para admitir "a como de lugar" un reclamo de la familia Carvajal Limachi, se perjudique a miles de prestatarios que eventualmente sufran de una enfermedad que les produzca una invalidez, y que de acuerdo a la póliza no tienen ningún plazo para comunicar esa invalidez?.

Quienes lo han asesorado, Sr. Director, tal parecería que estuviesen defendiendo intereses del asegurador, en detrimento del tomador y de los prestatarios asegurados, ***pues en caso de que estos no den aviso en los 180 días en que se produzca la invalidez, CUYO PLAZO HA SIDO CREADO EN LA RESOLUCIÓN RECURRIDA,*** *EL*

ASEGURADOR amparándose en esa su Resolución rechazaría el pago correspondiente, situación que actualmente no sucede, precisamente porque no existe ningún plazo para dar aviso y reclamar la indemnización en caso de producirse dicho riesgo.

De conformidad a lo dispuesto por el art. 519 del Código Civil, el contrato es ley entre las partes contratantes y no puede ser modificado ni resuelto si no es por consentimiento de ellas. Consiguientemente, ***al crear su autoridad un plazo para el reclamo del pago del seguro en caso de invalidez,*** *lo ha hecho de manera ilegal, modificando, o mejor, incorporando un plazo que no ha sido pactado entre el asegurador y nosotros como contratantes y tomadores, y lo que es peor, en perjuicio de nuestros miles de prestatarios. Como lo primero resulta ilegal y por ilegal nulo, y lo segundo perjudicial, pedimos se revoque el punto segundo de la Resolución Recurrida.*

5. LA MUERTE, LA ENFERMEDAD Y LA CONSIGUIENTE INVALIDEZ, SON HECHOS INDIVIDUALES Y NO COLECTIVOS: LA MUERTE DE UNA PERSONA NO ACARREA LA MUERTE DE QUIEN SOBREVIVE; LA INVALIDEZ DE UNA PERSONA NO HACE INVALIDA A OTRA PERSONA.

Parecerá absurdo el subtítulo, pero corresponde al criterio establecido en la Resolución No. 705/2010, en el que se aplica un Anexo que disponía que en casos de sociedades conyugales el seguro responderá por el 100% del saldo insoluto en caso de ***"FALLECIMIENTO, QUE ES EL CASO QUE NOS OCUPA"****. Tal criterio, no solo que es ilegal, carece de los más elementales principios lógicos, desconoce las normas de interpretación de los contratos y, nuevamente, crea una cláusula contractual que una vez más pone en riesgo la seguridad jurídica que queda establecida en las distintas cláusulas de la póliza de seguro.*

Con relación a la cláusula o Anexo para "Prestamos Mancomunados", fue modificada y dejada sin efecto por las propias cláusulas de la Póliza (Generales, Especiales y Particulares). Ahora bien, un contrato no puede ser interpretado por una cláusula y para determinarse si esta está vigente, debió tenerse presente lo dispuesto por el art. 514 del Código Civil ***(Interpretación del contrato por la totalidad de las clausulas),*** *en cuyo caso no se hubiese llegado a la anti contractual interpretación y a la* ***consiguiente ilegal conclusión de que la invalidez de un prestatario determina el 100% del pago insoluto del préstamo.***

Pero más arbitrario e ilegal resulta el "novedoso criterio legal", aún en el imaginario de que la cláusula referida hubiese estado en vigencia, ***la afirmación de que la muerte, de un prestatario sea igual que la invalidez,*** *resulta un exceso inaceptable, pues ni el indicado anexo se refiere a la invalidez ni la muerte se hace extensiva a esta y, peor aún, que la invalidez de un prestatario provoque la invalidez del otro u otros prestatarios.*

Sr. Director, lamentablemente en la Resolución Recurrida, a título de arrogarse facultades para crear plazos y otras condiciones inexistentes, así como al efectuar

interpretaciones sin respetar básicos principios de interpretación legal y contractual, más allá de determinar la ilegalidad de su Resolución por contraria a la ley y a los contratos de préstamo (en los que se determinan los porcentajes de asegurabilidad de cada prestatario) y de seguro (en función del cual se establecen aquellos porcentajes), se incorporan modificaciones (sin competencia) a la póliza.

Todo lo anterior, además de ilegal, altera e introduce modificaciones a la Póliza de seguro y ***modifica lo establecido en nuestros contratos,*** *violando la seguridad jurídica que deriva de estos, en perjuicio de los prestatarios y de la Mutual.*

En tal virtud, ***resulta completamente ilegal fundar la imposición de devolver sumas de dinero, desconociéndose los porcentajes de asegurabilidad de cada uno de los prestatarios, al hacerse extensiva la invalidez de uno al otro y aplicando "por extensión conyugal" una clausula que solo estuvo vigente para el caso de muerte,*** *hecho muy distinto a la invalidez, motivo por el cual también solicitamos la revocatoria de la Resolución pronunciada por su autoridad.*

6. VIOLACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 1028 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LA PÓLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO TIENE DOS COBERTURAS O CUBRE DOS RIESGOS: EL DE VIDA Y EL DE INVALIDEZ, CADA UNO DE ELLOS SUJETOS A SUS PROPIAS CONDICIONES; NO SIENDO APLICABLE EL PLAZO PARA EL "AVISO DEL SINIESTRO EN CASO DE MUERTE" AL SEGURO DE INVALIDEZ QUE NO SE ENCUENTRA SUJETO A NINGÚN "AVISO" NI "PLAZO".

La interpretación contenida en la Resolución impugnada es completamente ilegal, contraria al espíritu de la Ley y a la eficacia del contrato entre las partes contratantes, ilegal, porque el propio art. 1028 solo prohíbe que se reduzcan los términos señalados en dicho Código; contrario a la ley porque ésta no establece ningún plazo para el aviso del siniestro por Invalidez Total y Permanente y, contrario a la póliza de seguro que no contempla plazo para dar aviso de siniestro en caso de invalidez, sino el cumplimiento de que el prestatario-asegurado presente los exámenes médicos.

6.1*. En efecto, el seguro de Invalidez Total y Permanente (seguro complementario del de Vida regulado en las Condiciones Generales)* ***no requiere de ningún Plazo de AVISO para dar conocimiento del siniestro, pues tal aviso no existe ni ha sido estipulado en ninguno de los 5 artículos de las Condiciones Particulares.*** *Por el contrario, según este condicionado particular que* ***prevalece sobre las Condiciones Generales, únicamente se requiere:*** *a) Tener la edad establecida y b) Que la incapacidad sea reconocida por el o los profesionales médicos competentes y sea remitido ese informe de calificación de invalidez al Asegurador.*

6.2. *Al haberse interpretado y aplicado incorrectamente y por extensión el art. 13 del Condicionado General de la Póliza de Seguro sobre el Condicionado Particular, cuyo* ***plazo*** *-reiteramos sólo es válido para el caso de muerte- se lo ha hecho desconociendo el contenido, eficacia y efectos de las Condiciones Particulares, creándose un "plazo de Aviso de Invalidez"* ***inexistente en el derecho de seguros sobre incapacidad o invalidez e inexistente en las Condiciones Particulares.***

6.3**. Consiguientemente no sólo que no es aplicable el plazo para comunicar el fallecimiento (180 días), ni dar aviso en tres días según el art. 1028 del Código de Comercio, sino y es lo más importante, por la naturaleza del riesgo, la invalidez de acuerdo al contrato de seguros contenido en el Certificado No. A0219643, **no contempla ningún plazo para "comunicarse" el siniestro por invalidez**, por cuya razón los artículos: 1° (Cobertura) 2° (Definición de Invalidez) y 3° (Justificación de la invalidez), no hacen ninguna referencia al plazo para "comunicar" la invalidez, **sino únicamente que esta se produzca durante la vigencia del seguro v se presenten los informe médicos requeridos.

6.4**. La incorrecta interpretación y aplicación ilegal del artículo 1028 del Código de Comercio, al seguro de invalidez, **pone en riesgo la cobertura de ese seguro de (invalidez)** a favor de nuestros prestatarios, pues el Asegurador podrá invocar su Resolución impugnada para denegar la cobertura y pago del seguro, con el argumento de que "no se comunico el siniestro en el plazo de tres días (180 según su autoridad), afectándose además los derechos de los prestatarios que habiendo cumplido únicamente con los informes médicos se beneficiaron con el pago por invalidez, sin que jamás se haya objetado por el Asegurador que debió "comunicarse el siniestro", antes del informe del "INSO", y **se afectará también a decenas de prestatarios que tendrían pleno derecho a que el seguro pague la indemnización sin necesidad de ninguna comunicación previa.

***6.5**. Al interpretarse incorrectamente el (sic)cláusulado que regula el seguro de invalidez creando - reiteramos - un inaplicable plazo, no sólo que se lo ha hecho sin efectuar la necesaria distinción entre los artículos de la Póliza que regulan el aviso en caso de fallecimiento y aquellos que estipulan el contrato de seguro en caso de invalidez, sino que además y como consecuencia del error en la interpretación de la póliza, se han aplicado indebidamente los artículos 1028 y 1031 del Código de Comercio.*

6.6** En efecto, el plazo para el aviso de siniestro establecido por el art. 1028 no es aplicable "si señala otro diferente para seguros específicos". **En el caso que nos ocupa no existe ningún plazo ni para comunicar ni para solicitar el pago de la indemnización: sólo se requiere presentar el informe de calificación de Invalidez.

***6.7**. Pero no sólo que no existe plazo en la póliza que se encuentra dentro de la conceptualización de "dar aviso del siniestro de invalidez", sino que aun en el inexistente supuesto de que así fuese, la sola falta de comunicación de un siniestro cualquiera, para que sea rechazado el reclamo, debe tener "por fin impedir la comprobación oportuna de las circunstancias del siniestro o el de la magnitud de los daños" conforme lo dispone el art. 1030 del Código de Comercio, a lo que se suma el hecho de que la pérdida del derecho a la indemnización solo se da en los casos del art. 1038 de dicho Código, entre los que no se encuentra la perdida de ese derecho por el solo retraso en la comunicación, como incorrectamente se establece en la Resolución No. 705/2010.*

***6.8**. Por lo expuesto pedimos también la revocatoria de la Resolución Impugnada, y de*

esa manera se de correcta interpretación y aplicación a las cláusulas de las condiciones particulares que regulan el contrato de Seguro de Invalidez total y permanente y las disposiciones del Código de Comercio.

7. <u>PRUDENTE Y CORRECTO MANEJO DEL RIESGO E INEXISTENCIA DE ERROR OPERATIVO</u>

*Como tenemos señalado, la póliza de Seguro de Invalidez y concretamente las condiciones para reclamar la indemnización por Invalidez, además de corresponder a la naturaleza del riesgo que cubre, resulta innegablemente beneficiosa para nuestros prestatarios, **<u>pues la inexistencia de plazo</u>** para comunicar y para reclamar el pago de la indemnización, permite que esta se efectué en cualquier momento de vigencia del Seguro.*

*Consiguientemente, **<u>no existe ningún riesgo</u>** en la administración del Seguro de Invalidez, por el contrario al haber negociado y contratado el referido seguro de Invalidez sin "plazo de comunicación" y sólo sujeto a la condición de presentarse el dictamen médico se excluyó a favor de nuestros prestatarios cualquier plazo y, siendo así, se eliminó el "riesgo" establecido en los artículos 1028, 1030 y 1038 del Código de Comercio. Que la empresa aseguradora hubiese rechazado un reclamo concreto que además se encuentra sujeto al conocimiento de la jurisdicción Civil-Comercial, no da lugar a calificarse que Mutual "La Primera" hubiese "incurrido en error operativo", pues en esa lógica toda vez que el Asegurador rechace el pago de una indemnización se trataría de un error operativo, se lo liberaría al Asegurador y se condenaría a la Mutual "La Primera". En todo caso, el error operativo determinado en la Resolución Administrativa, se refiere a la omisión de no dar aviso del siniestro a la Compañía Aseguradora dentro de los 180 días". Tal error operativo, al no existir ningún plazo para dar aviso de la invalidez, no ha existido ni podía existir, salvo que se altere el alcance, y contenido de un seguro: de grupo en vida cuya cobertura es la muerte, a otro completamente distinto e independiente: De Invalidez total y permanente.*

***7.1**. Pese a que está incuestionablemente demostrado que el "Aviso en el Plazo determinado" del siniestro no es aplicable al Seguro de Invalidez Total y Permanente, debemos puntualizar que la Resolución Impugnada efectúa una valoración unilateral y da plena fe a la declaración de los reclamantes sin confrontarlas con los antecedentes que informan el procedimiento Administrativo para encontrar la verdad material, conforme lo determina el art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues recién **el 22 de julio del año 2003,** cuando el prestatario ya había cumplido los 70 años se nos comunicó que efectuaría los trámites ante el INSO.*

***7.2**. Cabe aclarar que no existe ningún indicio y menos prueba, vale decir que no se encuentra acreditada la verdad material, respecto de la fecha de la supuesta comunicación al Funcionario Marcelo Rodríguez. De darse crédito sólo a las declaraciones y manifestaciones de los clientes, no solo que pondrían en riesgo la seguridad jurídica , sino que determinaría que el acto administrativo sea nulo por no **reunir** los requisitos de validez y eficacia, para cuyo efecto los hechos en que se funda deben estar debidamente o por lo menos razonablemente probados.*

7.3. *La única fecha cierta es la de la carta de 22 de julio de 2003, consiguientemente y si se tiene presente que la cobertura del seguro sólo tenía vigencia hasta que el prestatario cumpla 70 años de edad, vale decir hasta el 30 de mayo de 2003, se concluye que la comunicación a la Mutual respecto de una Invalidez (No declarada, ni calificada sino después de la muerte del declarado inválido) fue efectuada cuando la indicada persona ya no se encontraba amparada por la Póliza de Seguro.*

8. EL CONTRATO TRANSACCIONAL CELEBRADO ENTRE PARTES NO PUEDE SER REVISADO, MODIFICADO NI ANULADO EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

8.1 *Los mismos hechos y las mismas pretensiones que motivaron el reclamo de la Sra. Salomé Limachi Vda. de Carvajal y los herederos de Fernando Carvajal Condori, y los mismos hechos que son considerados y decididos en la Resolución contra la que interponemos el presente Recurso Jerárquico, han sido (sic) han sido resueltos entre dichos herederos y Mutual La Primera. Conforme consta en el* ***contrato transaccional*** *que cursa en obrados.*

8.2. *En virtud del contrato transaccional celebrado con la señora Salomé Limachi Vda. de Carvajal y los herederos de Fernando Carvajal Condori, Mutual La Primera declaró extinguida la totalidad de la operación crediticia No.00-34-02161-6 y no solo el 53% que de acuerdo al contrato de préstamo y el contrato de seguro correspondía a Fernando Carvajal Condori, porcentaje que ha sido desconocido por su autoridad conforme lo tenemos demostrado en el punto anterior.*

8.3. *Cabe puntualizar que en ningún momento se ha sometido a discusión ante su autoridad la validez legal y eficacia del contrato transaccional, este fue presentado como prueba y nada más, sin que los herederos de Fernando Carvajal Condori ni Mutual La Primera, hubiesen solicitado su reconocimiento o que declare su validez, ineficacia, nulidad o cualquier otro tipo de declaración jurídica que cuestione su calidad de cosa juzgada, peor aún cuando en la resolución recurrida se ignora que la eficacia de dicho acuerdo quedó subordinada únicamente a la Resolución que pronuncie el fiscal aceptando la conciliación, desistimiento de querella y consiguiente extinción de la acción penal, Resolución de Rechazo No. 031/08 de fecha 19 de marzo de 2009, dictada por el Fiscal de Materia Dr. Fernando E. Cortez Flores, que textualmente dispuso. "****Bajo el principio de objetividad que prima en las actuaciones del Ministerio Público y en la solución pacífica del conflicto, las partes suscribieron un acuerdo transaccional, por el cual conciliaron sus interés en conflicto, manifestando su conformidad y el retiro de toda acción actual o futura que pudiera emerger, extremo que demuestra el carácter definitivo de dicho acuerdo. Considerando estos aspectos que hacen y definen al proceso investigativo, sumado e esto (sic) el desistimiento y abandono de la querella y de las acusaciones investigadas, el suscrito Fiscal se encuentra imposibilitado de obtener mayores elementos idóneos que permitan fundar una (sic) acusaciones más aun tratándose de un delito de carácter patrimonial que ha sido satisfecha en su totalidad en beneficio de ambas partes".** *Habiendo de esa manera adquirido plena eficacia el Acuerdo Transaccional suscrito con la familia de Fernando Carvajal Condori.*

8.4. *Por ese acuerdo transaccional* ***se puso fin a las controversias y término a todas las cuestiones*** *que las partes sosteníamos judicial, extrajudicialmente y las que dependían administrativamente.*

8.5. *Al haberse desconocido el valor probatorio y los efectos de cosa juzgada que tiene el varias veces indicado Acuerdo Transaccional, no sólo que la Resolución No. 705/2010 recae sobre cuestiones que han sido dirimidas por las partes, que han sido cumplidas y deben cumplirse necesariamente en los términos que han sido pactado a tiempo de efectuarse las concesiones recíprocas, sino que además y contra lo acordado transaccionalmente nos ordena una restitución de pagos que no nos corresponde por efectos del contrato transaccional.*

8. 6. *Por otra parte, cabe puntualizar que lo que ha sido objeto del acuerdo transaccional y los efectos derivados de aquel,* ***no puede ser revisado, modificado ni interpretado en contra de lo allí estipulado en ningún Procedimiento Administrativo,*** *pues* ***ni una sola norma faculta ni da competencias a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero,*** *para revisar, modificar y menos " desconocer un contrato transaccional".*

8.7*. Como advertirá su autoridad, al no haberse considerado en la Resolución No. 705/2010 la validez del contrato transaccional, no solo que se ha dejado de valorar una prueba esencial para determinar* ***la verdad material*** *inherente a todo procedimiento administrativo, sino que esa omisión ha dado lugar una decisión contraria al Acuerdo Transaccional, que* ***pondría en dudas a la propia ASFI en el momento de que se quiera determinar si se aplica la Resolución objeto de la presente impugnación o bien el contrato transaccional*** *cuyo valor probatorio y eficacia se encuentra expresamente reconocido por las normas citadas y que mientras no sea declarado Nulo en la vía ordinaria, sigue teniendo plena y absoluta validez.*

8.8*. En mérito al Acuerdo Transaccional celebrado en fecha 6 de marzo de 2008 con la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal y los herederos de Fernando Carvajal Condori, pedimos Revocar la Resolución No. 705//2010, y en consecuencia dar por concluido el Procedimiento Administrativo porque el reclamo de aquellos ya ha sido satisfecho.*

9. <u>INCOMPETENCIA DE LA ASFI.</u>

9.1. *El reclamo presentado por los herederos del Sr. Fernando Carvajal Condori y consiguientemente los aspectos considerados y decididos en la precitada Resolución no corresponden a la ASFI, ni se encuentran comprendidos en el marco de la competencia que de manera expresa se encuentran establecidas en los arts. 153 y 154 de la Ley No. 1488 y art. 1 de la Ley 3076, a lo que se suma la falta de atribuciones y facultades para revisar, modificar y desconocer la eficacia y valor de un contrato transaccional, y, menos para pronunciar resoluciones paralelas y contradictorias a las pronunciadas en la jurisdicción ordinaria.*

9.2. *Conforme se señaló en el punto precedente el reclamo que concluyó con la*

Resolución ASFI 277/2009 y los aspectos resueltos en ésta, son los mismos que a demanda de la Sra. Salome Limachi Vda. de Carvajal se encuentran sujetos a decisión de la jurisdicción Ordinaria, dependiendo su decisión final del Auto Supremo que pronuncie la Corte Suprema, actual Tribunal Supremo de Justicia.

9.3. *Falta de competencia para conocer cuestiones que corresponden a la jurisdicción ordinaria. Entre los mismos sujetos, por la misma causa y con igual objeto que sustentan el reclamo resuelto en la Resolución impugnada, no solo que se ha suscrito el contrato Transaccional referido en el punto anterior,* ***sino que esa idéntica pretensión ha sido demandada por los herederos de Fernando Carvajal Condori, ante la jurisdicción Civil, encontrándose actualmente el proceso radicado en la Corte Suprema de Justicia. más*** *allá de que ese reclamo o controversia ya ha sido objeto de un Acuerdo Transaccional, inmodificable en la vía administrativa por su plena validez y efectos de cosa juzgada, no puede ser dilucidado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), cuya competencia y atribuciones, se encuentran expresamente establecidas en el art. 154 de la Ley 1488, ninguna de cuyas disposiciones le permiten ni facultan para dirimir conflictos cuya decisión corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria civil comercial.*

En tal virtud, el acto administrativo impugnado carece del requisito esencial para su validez, es decir la competencia, cuya falta se encuentra ***sancionada con nulidad*** *por expresa disposición de los arts. 122 de la constitución Política del Estado (sic), 28 inc. A) y 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

9.4*. Nulidad por Falta de competencia para revisar Resoluciones dictadas por la Jurisdicción ordinaria y para revisar contratos Transaccionales. El principio de exclusividad de la función Jurisdiccional, reconocido por el inc. H) del art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo),* ***el Poder Judicial controla la actividad de la Administración Pública,*** *demás está señalar a través del proceso contencioso administrativo,* ***jamás la Administración Pública controla la actividad, Sentencias y Resoluciones del Poder Judicial,*** *resultando de ello que* ***cualquier Resolución Administrativa que desconozca y pretenda revisar las Resoluciones del Poder Judicial son nulas de pleno derecho.*** *Ahora bien, no obstante ser de conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) la existencia del proceso ordinario sobre cumplimiento de obligación" seguido ante el Juzgado Segundo de Partido en lo civil por los reclamantes herederos del Sr. Limachi Condori, se soslayo considerar la demanda, contestación, Sentencia y Auto de Vista, pronunciados en dicho proceso. Esa Sentencia y el Auto de Vista,* ***solo pueden ser modificados*** *una vez que se resuelva el* ***Recurso de Casación*** *y, en su caso, a través del* ***Recurso extraordinario*** *de Revisión de Sentencia. Al no haberse considerado en la Resolución cuya revocatoria pedimos que las Resoluciones: Sentencia y auto de vista pronunciados en un proceso ordinario, con identidad de sujeto, objeto y causa no pueden ser revisados, desconocidos ni modificados en la vía administrativa,* ***precisamente porque el Procedimiento Administrativo no prevé la Revisión de Resoluciones Judiciales,*** *queda demostrado que su autoridad actuó sin tener competencia para revisar fallos judiciales. Al haberse desconocido que entre las*

mismas partes, por las mismas causas y con idéntico objeto, se tramita un proceso ordinario la Sentencia y Auto de Vista (cuya ejecución se encuentra sujeta a condición suspensiva) pronunciados en dicho proceso ***no se encuentran ni pueden estar sometidos al control Administrativo****, por no ser competente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) ni ningún otro órgano de la administración para efectuar esa revisión y menos para desconocer sus efectos, pues la revisión de los fallos dictados por la Jurisdicción Ordinaria no pueden ser revisados sino por el Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la atribución 7 del art. 184 de la Constitución Política del Estado.*

CONCLUSIÓN.

En mérito a los fundamentos expuestos, pedimos se tenga por legalmente interpuesto el presente Recurso Jerárquico, y solicitamos al Sr. Ministro de Economía y Finanzas Publicas, se digne ANULAR la Resolución No. 705/2010, y en caso de ingresar al fondo se disponga su REVOCATORIA declarándola sin efecto (...)"

7. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 27 de septiembre de 2010, los Sres. **Ana María Carvajal Limachi, Soledad, Juana Carvajal de Pacheco, Diego Freddy F Carvajal Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi, Salomé Limachi Vda. de Carvajal,** presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"(...)*La parte contraria manifiesta que, conforme las normas civiles que rigen nuestro ordenamiento jurídico, los acuerdos transaccionales son ley entre partes, en tal virtud, no nos explicamos cómo es que a estas alturas del proceso, la Mutual La Primera afirma que el Art. 13 establecido en la póliza de seguro de desgravamen hipotecario suscrito entre la aseguradora Zurich Boliviana Seguros Personales S.A. y la Mutual La Primera (que constituyen un contrato) no es aplicable al presente caso, si de la redacción de su texto se tiene lo siguiente: "Aviso de siniestro: El beneficiario o representante legal, tan pronto y a más tardar dentro de los tres (3) días de tener conocimiento del siniestro, deberá comunicar tal hecho a la Compañía, salvo fuerza mayor o impedimento justificado, tal como está estipulado en el Art. 1028 del Código de Comercio. En caso de muerte presunta, está deberá acreditarse de acuerdo a Ley, de lo cual se desprende con meridiana claridad, que el siniestro entendido según el diccionario jurídico como un grave accidente o avería, no muerte, debe ser comunicado en un plazo real, que si existe y que además está estipulado en la misma póliza suscrita por los recurrentes. Si bien es cierto que no existe especificación al respecto de la mencionada póliza, diferenciando tanto la invalides (sic) como la muerte, se sobre entiende que el que ocurra primero debe estar sujeto al plazo anteriormente señalado.*

A más de ello en el anexo complementario, suscrito entre los ya mencionados, se amplía este plazo de aviso de siniestro a 180 días de ocurrido el mismo, es decir que la Mutual contaba nada más y nada menos que con aproximadamente seis meses para poder comunicar al seguro, extremo que no fue cumplido, a pesar de que la

Mutual conocía del hecho incluso por un escrito enviado de forma personal por el ahora difunto, ignorando lo establecido en el contrato suscrito con la aseguradora. Conforme se puede comprobar claramente de los mismos oficios de descargo enviados por la Zurich, quienes sostienen que la solicitud de pago de seguro ha sido extemporánea, en virtud al flagrante incumplimiento realizado por el (sic)beneficiario.

Igualmente la presentación del recurso hace mención a que el aviso del fallecimiento del señor Fernando Carvajal Condori ha sido comunicado a dicha Entidad un año después, argumentando que dicho retraso no es atribuible a sus personas, por lo cual deslindan toda clase de responsabilidad. Extremo que también es interpretado de forma incorrecta por estos señores, en virtud a que de la simple revisión de los abundantes antecedentes, el señor Fernando Carvajal Condori ha comunicado de forma escrita que se encontraba tramitando la calificación de invalidez, obviamente fruto de un siniestro acaecido en su persona, misma invalidez que con posterioridad derivó en la muerte, por lo tanto la Mutual conocía de sobremanera lo sucedido, empero, con el fin de evadir la responsabilidad, como pretenden hacerlo ahora, han ignorado anoticiar al Seguro.

Además, manifiestan que ya se ha cumplido con desgravar el inmueble garantía del préstamo, con lo cual no reconocen deuda pendiente, extremo que también respalda lo señalado por nuestras personas, en virtud a que ellos mismos reconocen que incumplieron sus responsabilidades por lo cual cumplen con una parte de la obligación; empero, se niegan a realizar la devolución del dinero que mi familia a continuado pagando a la Entidad Financiera, aún después de conocida por ellos la invalidez.

De lo que se puede desprender que la Resolución ASFI N° 705/2010 de 16 de agosto de 2010, ha sido emitida conforme a los datos del proceso, y conforme lo menciona la parte, ha sido emitida valorando lo aportado y concluyendo lo investigado, demostrando la verdad histórica de los hechos

Por todo lo anteriormente expuesto, solicitamos que por ante el Ministro de Economía y Finanzas ***CONFIRME*** *la Resolución ASFI N° 705/2010, objeto del presente recurso."*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera,** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

1. DEL CONTRATO TRANSACCIONAL.-

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

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

Es así que, importa en primer término, hacer referencia a lo alegado por los terceros interesados (**Ana María Carvajal Limachi, Soledad Juana Carvajal de Pacheco, Diego Freddy F. Carvajal Limachi Walter Gerónimo Carvajal Limachi y Salome Limachi Vda. de Carvajal)** en sus Recursos de Revocatoria donde señalan claramente;

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

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

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

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

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

Ahora bien, y sin perjuicio de la contundencia del análisis legal realizado ut supra, es importante hacerle notar a la instancia inferior, los siguiente elementos sobre el contrato transaccional, que no fueron considerados y hubieran sido fundamentales, en el caso de no existir una controversia legal por la firma del mismo.

De la revisión del expediente administrativo se tiene que el 6 de marzo de 2008, los Sres. Salomé Limachi Vda. de Carvajal, Ana María Carvajal Limachi, Diego Freddy Carvajal

Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi y Soledad Carvajal Limachi suscribieron un contrato transaccional con la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera, mismo que determinó en sus puntos más importantes lo siguiente:

> *"(...) 3.1.2. Por su parte, Salome Limachi Vda. de Carvajal, manifiesta de manera expresa que con el reconocimiento de la extinción de la obligación ó préstamo más la Totalidad de los intereses por parte de Mutual La Primera, de acuerdo a lo establecido precedentemente, y una vez que cumpla la condición señalada en la cláusula sexta,* ***no existe ninguna suma de dinero que reclamará a dicha Mutual, ni a su Gerente General ni a sus representantes legales, entendiéndose a los efectos de las disposiciones penales que se citan, que dichas personas (jurídicas y naturales) han reparado en su integridad cualquier daño patrimonial que se hubiese producido como consecuencia de la escritura pública de préstamo señalada en la cláusula segunda,."***
>
> *"2.1 Consiguientemente en función a la naturaleza jurídica del presente contrato y de conformidad a lo dispuesto por los Art 27 incs. 4) 5) 6) 7), 292 del Código Procedimiento Penal y 65 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, desiste de manera definitiva e irrevocable de la acción penal referida en el punto 2.4. de la cláusula segunda, obligatoriamente a presentar el desistimiento de la querella y de la consiguiente acción penal. Los herederos del Sr. Fernando Carvajal Condori, hacemos nuestra y, por tanto, nos adherimos plenamente a la declaración expresada por nuestra madre, obligándonos también a suscribir conjuntamente con ella los escritos de desistimiento precedentemente referidos."*
>
> ***"3.4. Estando por efectos del presente contrato transaccional dirimidas y solucionadas las diferencias entre las partes intervinientes, las mismas se obligan a no presentar ninguna demanda y/o querella, ni ejercitar cualquier otro tipo de acción contra la otra parte en base a los antecedentes, términos y condiciones que han sido acordadas en los puntos precedentes****."*
>
> ***"Sexta (De la condición para la eficacia)*** *Las partes contratantes de común acuerdo subordinan la eficacia del presente Contrato Transaccional a la resolución que pronuncie el fiscal aceptando la conciliación, Desistimiento de la querella y consiguiente extinción de la acción penal, solicitando ante el juez 4to. de Instrucción en lo Penal Cautelar la aplicación por la vía que corresponda (Conciliación), (Criterio de oportunidad), (Aprobación de Desistimiento) quien deberá emitir la resolución judicial que corresponda, homologando la Conciliación, Desistimiento y* ***Extinción de la Acción Penal"****.*
>
> (Las negrillas y el subrayado se han insertado en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, al respecto la ASFI se pronunció argumentando que: "*de la revisión de los antecedentes se verificó que esta homologación no cursa en el expediente, por lo que la eficacia del acuerdo estaría pendiente de resolución judicial*".

Sin embargo omitió pronunciarse sobre lo alegado por el recurrente en razón de que existiría una Resolución de Rechazo Nº 031/08 de fecha 19 de marzo 2009, dictada por el Fiscal de Materia Dr. Fernando E. Cortes Flores, a saber:

> "(…)*disponiendo bajo el principio de objetividad que prima en las actuaciones del Ministerio Público y en la solución pacífica del conflicto, las partes suscribieron un acuerdo transaccional, por el cual conciliaron sus intereses en conflicto, manifestando su conformidad y el retiro de toda acción actual o futura que pudiera emerger, extremo que hacen y definen al proceso investigativo, sumando esto el desistimiento y abandono de la querella y de las acusaciones investigadas, el suscrito Fiscal se encuentra imposibilitado obtener mayores elementos idóneos que permitan fundar una acusación más aún tratándose de un delito de carácter patrimonial que ha sido satisfecha en su totalidad en beneficio de ambas partes .*
>
> *Habiendo de esta manera adquirido plena eficacia el Acuerdo Transaccional suscrito con la Familia Carvajal."*

A su vez nuevamente omite considerar lo establecido en el Código de Procedimiento Penal en su Art 304 determina: "*el fiscal, mediante resolución podrá rechazar la denuncia, la querella o las actuaciones policiales, (...)"*

Que a su vez el Art 27 del Código de Procedimiento Penal refiere:

> *"la acción penal se extingue por **1)** Por muerte del imputado, **2**) Por amnistía; **3)** Por el pago máximo previsto para la pena multa, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena; **4)** Por la aplicación de uno de los criterios de oportunidad en los casos y las formas previstos en este Código; **5)** Por el desistimiento o abandono de la querella respecto de los delitos de acción privada, **6)** Por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada hasta la audiencia conclusiva, en los delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos que no tengan por resultado la muerte, siempre que lo admita la víctima o el fiscal, según el caso; **7) Por conciliación en los casos y formas previstos en este Código 8)** Por prescripción **9)** Si la investigación no es reabierta en el término de un año, de conformidad con lo previsto en el Art 304 de este Código; (...)"*

Que omite considerar que el hecho de que el contrato Transaccional no haya sido homologado ante un juez no significa y no quiere decir que este carezca validez ya que la homologación del acuerdo transaccional es un requisito formal, aplicado sólo en los casos establecidos en el Art. 21 del Código de Procedimiento Penal, que en el presente caso la acción penal no concluyó a través de un criterio de oportunidad, sino a través de una Resoluciones de Rechazo (misma que se dio a consecuencia del contrato transaccional suscrito por las partes) siendo ésta, otra forma extraordinaria de conclusión del proceso.

Que al respecto la doctrina y la jurisprudencia en general, refieren a que el acuerdo directo o negociación directa, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de su controversia o previenen un conflicto futuro, sin la intervención de un tercero. El acuerdo al que llegan las partes se consigna en un contrato de transacción.

Igualmente y acuerdo con nuestro Código Civil, este mecanismo de solución de conflictos se eleva como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Se trata entonces, de un contrato que se firma luego de que ambas partes han llegado a un acuerdo sobre hechos o derechos transigibles, dando por terminado así el conflicto en el que se encontraban involucradas de manera extrajudicial.

Esta figura según la doctrina pertenece al derecho privado, debido a que sus etapas se dan sin la intervención de un mediador o de un funcionario competente, requiriendo exclusivamente el acuerdo de las partes, quienes hacen concesiones recíprocas que extinguen o modifican obligaciones litigiosas sin suponer la intervención de un tercero.

La transacción es un contrato, inter partes donde no pueden actuar terceros incluyéndose el juez de la causa, pues es un contrato autónomo, independiente de la intervención de terceros para su validez, consensual, es decir, que no requiere solemnidades y para su perfeccionamiento se requiere únicamente el consentimiento de quienes intervienen.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil), en forma reiterada ha expresado que:

> "*(...) La anterior afirmación de la Corte quiere decir que el contrato de transacción para su validez no está sujeto a la aprobación judicial, pues éste se puede dar fuera del proceso que se quiere terminar, y aunque el juez no conozca tal arreglo, no por eso, deja de surtir efectos; corroborado con que es un contrato consensual, lo que quiere decir, que por el sólo acuerdo de las partes, se genera su existencia (...)* "(Sentencia del 29 de junio de 2007, Sala de Casación Civil, Expediente 6428).

Consecuentemente a lo señalado, importa que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, realice sus análisis en estricto apego a la normativa, evitando emitir pronunciamiento que se alejan de la norma aplicable y no hacen a las atribuciones que le han sido conferidas.

2.- LA PÓLIZA DE SEGUROS Y SUS ALCANCES.-

Los terceros interesados: Salomé Limachi Vda. de Carvajal, Ana María Carvajal Limachi, Diego Freddy Carvajal Limachi, Walter Gerónimo Carvajal Limachi y Soledad Carvajal Limachi refieren que la Mutual La Primera, debe devolver el 100% de los montos pagados, efectuados en el periodo comprendido entre el mes de julio del año 2002 al 16 de junio de 2004 correspondiente a los pagos realizados por la deuda contraída por el Sr. Fernando Carvajal Limachi y la Sra. Salomé Limachi Vda. de Carvajal, ya que a juicio de los terceros interesados Mutual La Primera, **hubiera cometido un error operativo** y a consecuencia de esto, Zurich hubiera rechazado la cobertura del seguro, generándole la pérdida del 100% de la deuda desde el momento de la invalidez del Sr. Carvajal.

Por su parte, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera, argumenta que éstos habrían firmado un contrato transaccional, mediante el cual se

establece que no existiría ninguna obligación pendiente con los herederos del Sr. Fernando Carvajal Limachi, señalan que aún en el supuesto caso no consentido de que estos deberían devolver un monto, éste sólo correspondería al 53% correspondiente al Señor Fernando Carvajal Limachi ya que no corresponde devolver los montos pagados por la prestataria Salome Limachi Vda. de Carvajal, toda vez que esta no habría sufrido de ninguna invalidez y no habría muerto. Asimismo argumentan, que la cláusula de préstamos mancomunados, sólo se aplicaría en el caso de muerte y en ningún caso cuando exista una invalidez. Finalmente expresa que no existiría plazo para la invalidez de acuerdo a lo señalado en la póliza de seguros de desgravamen.

De lo señalado se tiene, que la controversia suscitada, es generada por los alcances de la cobertura contratada y determinada en la Póliza de Seguros, es decir determinar si existe o no plazo para la comunicación del siniestro, si este es aplicable tanto para muerte o invalidez, si es aplicable o no la cláusula de préstamos mancomunados para casos de invalidez.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se pronunció determinado lo siguiente:

> *(…)Que, en virtud al señalado por el artículo 1028 del Código de Comercio, las Condiciones Particulares que prevalecen a las generales, en el caso que nos ocupa, se amplía el plazo a 180 días, quedando este plazo como el aplicable para el presente caso. Siendo además este plazo firme y obligatorio para todas las coberturas contenidas en la póliza analizada.*
>
> *Con relación a los porcentajes que cubriría a cada uno de los prestatarios, corresponde señalar que el artículo 16, de la Póliza de Seguro establece: "En caso de que el crédito sea otorgado a dos personas naturales o más, el capital asegurado para cada una de ellas será el porcentaje que le corresponda a cada una de ellas, de acuerdo a lo que determine el contratante, este porcentaje será comunicado en la nómina de acreedores enviada a la compañía mensualmente".*
>
> *Sin embargo, existe un anexo para Préstamos Mancomunados que tiene prevalencia sobre lo anterior y que establece lo siguiente:*
>
> *El procedimiento anterior será aplicado con excepción de los préstamos para sociedades conyugales, en donde la compañía responderá por el 100% del saldo insoluto de la deuda en caso de fallecimiento del titular del crédito.*
>
> *Por lo que la sociedad conyugal referida al matrimonio, que es el caso que nos ocupa, debe ceñirse a esta última disposición, vale decir que correspondía que el seguro pague el 100% del saldo insoluto de la deuda(...)"*
>
> *(…)Que, como se señalo en la parte pertinente y de la revisión de la Póliza de Seguros, existe un anexo para Préstamos Mancomunados que tiene prevalencia sobre las Condiciones Generales y que establece que las Condiciones Generales, será aplicado con excepción de los préstamos para sociedades conyugales, en donde la compañía responderá por el 100% del saldo insoluto de la deuda en caso*

de fallecimiento del titular del crédito; (Se debe entender que el fallecimiento es la cobertura principal, ampliándose tal situación a la cobertura de invalidez considerada como accesoria), correspondiendo en el presente caso, que la Mutual o restituya los montos cobrados a la Familia Carvajal Limachi, no solo en la parte que le correspondía al 53% del Señor Carvajal, sino al 100% de los montos cobrados, vale decir de igual forma al 47% que el correspondía a la Señora Salome Limachi Viuda de Carvajal(….)"

Previo a lo determinado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se recuerda a la ASFI que ya a través de la Resolución Ministerial Jerárquica **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010,** se determinó que la Autoridad de Supervisión debía pronunciarse en cuanto a los aspectos que hacen al seguro, la fecha de invalidez, su retroactividad o no, la fecha de comunicación, la fecha de aviso a la Entidad Aseguradora, etc., para que a partir de ello, pueda llegar a la conclusión que en derecho corresponda.

Sin embargo, la ASFI de manera preocupante y sin tomar en cuenta las limitaciones de competencia que tiene, ha procedido con la **interpretación** de la Póliza, cual es el caso de autos.

Subsumiendo lo señalado, tenemos, que la existencia de dos criterios en cuanto a la aplicación de los alcances de la Póliza de Seguro de Desgravamen y sus Cláusulas complementarias, en referencia a la invalidez que contrajo el Sr. Carvajal, evidencia controversia entre las partes, situación que inhibe al órgano regulador pueda pronunciarse hasta que la Autoridad llamada por Ley, se pronuncie sobre la controversia suscitada por la aplicación de la Póliza de Seguros.

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

Las controversias pueden ser de hecho y de derecho, entendiéndose por las **primeras** a las **referidas a los hechos y circunstancias del siniestro,** que pueden desembocar que el seguro genere o no cobertura; las **segundas referidas a la interpretación del alcance de la cobertura expresada en la Póliza de Seguros, sus Cláusulas adicionales y sus Anexos,** para el acceso a una cobertura.

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

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

En primer término corresponde precisar, que la ASFI asume todas las competencias en materia de seguros, otorgada a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y

Seguros, conforme prevén los Decretos Supremos No. 29894 de 7 de febrero de 2009 (Artículo 137) y No. 0071 de 9 de abril de 2009.

Por su parte, la Ley Nº 3076 de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1 parágrafo V determina que:

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

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

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

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

> *"(…)La regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican, en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económico respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/93 de 25 de febrero)*
>
> *Ahora bien el citado instrumento normativo hace referencia a la* ***supervisión y control*** *de la SPVS dentro del campo del Seguro Social Obligatorio de largo Plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y del mercado de valores. Para comprender el alcance de dicha labor acudiendo al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se tiene que la palabra "supervisar" implica que "con la competencia que atribuye la jerarquía o la experiencia, inspeccionar somera y decisivamente ciertas actividades u organismo" Por su parte, y acudiendo al mismo autor, el término "controlar" significa "fiscalizar, inspeccionar, Regular tutelar, velar. Reprimir".*
>
> *En este sentido, la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, determina en su Artículo 41 los objetivos que tiene la SPVS, señalando entre los siguientes "****a)*** *Velar por la Seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro* ***b)*** *Informar periódicamente a la opinión pública sobre las*

actividades del sector de la propia Superintendencia ***c)*** *Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros* ***d)*** *Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros y* ***e)*** *Cumplir y hacer la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*

Las literales antes transcritas deben ser interpretadas de manera sistemática con el artículo 1 parágrafo V de la Ley Nº 3076 de 20 de junio de 20005 en sentido que las finalidades y objetivos asignados a la ***SPVS no implican que dicho órgano pueda realizar actos más allá de la facultad regulatoria y*** *de supervisión y control que fueron antes expuestas por no tener competencia expresa para ello, es* ***decir, no le corresponderá dirimir derechos controvertidos de las personas en el marco del Ley de Seguros al existir instancias legales con competencia declarada para dicha finalidad"(...)*** (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

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

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

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

"Las partes intervinientes acuerdan y se obligan para que toda controversia y/o discrepancia cuestión o reclamación resultantes de la ejecución ***o interpretación del presente Contrato o relacionado con el mismo****,* ***directa o indirectamente,*** *o de sus*

documentos complementarios o modificatorios, será resuelto ***definitivamente mediante conciliación y arbitraje*** *administrado de acuerdo al procedimiento convenido por las partes, conforme a lo dispuesto por la Ley Nº 1770 (Ley de Arbitraje y Conciliación) concordante con la ley de Seguros Nº 1883.*

Igualmente las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir y hacer cumplir el Laudo Arbitral que se dicte, renunciando, expresamente y desistiendo anticipadamente al de anulación del laudo arbitral"

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

Que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en busca de la verdad material ha solicitado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 123/2010, antecedentes del proceso administrativo que se hubiera llevado a cabo por la ex Superintendencia de Valores y Seguros de dicha documentación correspondiente al reclamo de los herederos del Sr. Fernando Carvajal se puede evidenciar del informe SPVS –IS-DAD Nº 233 de 29 de abril de 2004 así como del informe SPVS-IS DAD N 801 de 15 de diciembre de de 2004 que ya se **recomendó sujetarse a lo dispuesto por la Ley Nº 1770 de Conciliación y Arbitraje tal como lo establece el artículo 39 de la ley de seguros y la póliza de seguros."**

3. DE LA IMPRECISIONES DE MANEJO DE SEGUROS.-

Este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ha visto con suma preocupación, la confusión a la que arriba la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al aseverar que:

(…)Que, como se señalo en la parte pertinente y de la revisión de la Póliza de Seguros, existe un anexo para Préstamos Mancomunados que tiene prevalencia sobre las Condiciones Generales y que establece que las Condiciones Generales, será aplicado con excepción de los préstamos para sociedades conyugales, en donde la compañía responderá por el 100% del saldo insoluto de la deuda en caso de fallecimiento del titular del crédito; (Se debe entender que el fallecimiento es la cobertura principal, ampliándose tal situación a la cobertura de invalidez considerada como accesoria), correspondiendo en el presente caso, que la Mutual o restituya los montos cobrados a la Familia Carvajal Limachi, no solo en la parte que le correspondía al 53% del Señor Carvajal, sino al 100% de los montos cobrados, vale decir de igual forma al 47% que el correspondía a la Señora Salome Limachi Viuda de Carvajal(…)"

Si bien la Póliza de Seguro corresponde al Seguro de Desgravamen Hipotecario, habiéndose establecido una Cláusula Adicional de cobertura que comprende el Pago anticipado en caso de invalidez Parcial o Total, sin embargo dicha situación no implica que sus condiciones sean las misma o que una arrastre a la otra, ya que la ASFI no debe olvidar que

una corresponde a muerte y la otra a invalidez, y las condiciones se encuentra especificadas en cada uno de los documentos.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no tiene competencia para pronunciarse sobre hechos controvertidos, los mismos que deberán ser dilucidados de acuerdo a ley, así como corresponderá a la autoridad jurisdiccional competente, la dilucidación de la validez o invalidez del contrato transaccional.

Que, el proceso iniciado por supuestos errores operativos no puede ser objeto de análisis, ni de pronunciamiento, hasta que sean resueltas por Autoridad competente, las controversias de derecho sobre los alcances de la Póliza de Seguros, situación que a su vez implica que la Autoridad reguladora no ha seguido el procedimiento legal correspondiente conforme se evidencia de la argumentación vertida en la presente Resolución Ministerial Jerárquica

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículos 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **REVOCAR TOTALMENTE** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 705/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 y consecuentemente la Resolución Nº 277/2009 de 1 de octubre de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El no pronunciamiento administrativo, no inhibe a las partes de recurrir los derechos que se crean vulnerados en la jurisdicción llamada por ley para el caso en controversia.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPNC/Nº 192-2010 DE 26 DE AGOSTO DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 002/2011 DE 14 DE ENERO DE 2011

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2011

La Paz, 14 de enero de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 192-2010 de 26 de agosto de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 131-2010 de 09 de junio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 005/2011 de 05 de enero de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 10 de septiembre de 2010, **PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANONIMA,** representada legalmente por René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como acredita el Testimonio Poder No. 627/2008 de 24 de noviembre de 2008, otorgado por ante Notaría de Fe Pública No. 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra,

interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 192-2010 de 26 de agosto de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 131-2010 de 09 de junio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/2627/2010 con fecha de recepción de 14 de septiembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 192-2010 de 26 de agosto de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 131-2010 de 09 de junio de 2010; recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 17 de septiembre de 2010, notificado el 22 de septiembre de 2010.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPNC/Nº 131-2010 DE 09 DE JUNIO DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 131-2010 de 09 de julio de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

> *"**PRIMERO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 5001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento al Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003."*
>
> ***SEGUNDO.-** I. La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT Nº 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*
>
> ***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*
>
> ***TERCERO.-** I. La reposición al Fondo de Capitalización Colectiva de Bs25.530,00 (VEINTICINCO MIL QUINIENTOS TREINTA 00/100 BOLIVIANOS), con relación a la disposición Primera de la presente Resolución Administrativa, mas el rendimiento que la AFP debe reconocer al Fondo por los intereses no devengados. Para el cálculo del rendimiento citado, se considerara la tasa de interés promedio que pagaron las cuentas corrientes mantenidas en el FCC en Bolivianos, vigentes en el periodo comprendido entre la fecha del pago con error y la fecha del pago de la reposición al FCC.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a computarse a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 28 de julio de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 131-2010 de 09 de junio de 2010, presentando la siguiente argumentación:

"… III.- FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN:

Los beneficiarios Matías Flores Paracta, Felipa Lahor de Buezo, Ignacia Rodríguez Seoranis de Castillo y Asencio Tomicha Medina a partir de fechas 26 de octubre de 2006, 7 de diciembre de 2006, 14 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006, respectivamente, fueron bloqueados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con código "IBX" (Inactivo Bloqueado por Cobro en Exceso) y que luego de presentada la solicitud de habilitación de registros, los cuatro (4) casos fueron habilitados por ella con el Código "ARX" (Activo Reposición Cobro en Exceso) el 15 de febrero de 2007, conforme se evidencia en el reporte generado por nuestra aplicación informática.

La R.A. que norma el procedimiento para "Reclamos Bonosol" establece que los beneficiarios pueden acudir a las oficinas de las AFP's para actualizar sus datos según corresponda: apellido partero (sic), apellido materno, apellido casada, nombres; fecha de nacimiento, estado civil, etc.

En estos cuatro (4) casos en particular, los beneficiarios solicitaron y presentaron documentación para su actualización y habilitación en la Base de Datos de Beneficiarios Bonosol.

Con las facultares (sic) legales y administrativas conferidas por la normativa que regula el pago de Bonosol, la ex SPVS actualizó los datos y el estado del registro con Bloqueo IBX, (inactivo por cobro en exceso), precisamente por la modificación de fecha de nacimiento que solicitaron los beneficiarios.

Legalmente la ex SPVS era la única entidad con facultades para actualizar datos de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol, y habilitar registros bloqueados, para proceder con ello, conforme disponía la normativa vigente, esta Administradora envió los documentos adjuntos a las solicitudes presentadas por los beneficiarios.

La ex SPVS luego de un análisis y en el evento de que la documentación era insuficiente, tenía la facultad legal de solicitar documentación adicional para proceder al bloqueo o habilitación.

Conforme se ha demostrado, la ex SPVS habilitó los registros de los cuatro beneficiarios. Remarcamos que de acuerdo a la Ley 1732 en su Artículo 49 tiene la ex SPS (sic) tenía por función de cumplir y hacer cumplir la ley y sus reglamentos. Asimismo esta Administradora el 18 de febrero de 2009 mediante Cite PREV-CONT 593/02/2009 depositó a la Cuenta del Fondo de Capitalización Colectiva (1044-078059 del Banco Ganadero) la suma de 27.064.95 (veintisiete mil sesenta y cuatro 95/100 Bolivianos), equivalentes a 14.147.10 UFV's al tipo de cambio 1.49142, por concepto de reposición de los cuatro casos por los que hoy la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones emite Resolución Administrativa de Sanción, por una causa no imputable a esta Administradora, que como se demostró ha cumplido con la norma establecida de acuerdo al procedimiento y la documentación enviada a la SPVS.

Por lo expuesto, una vez realizada la reposición del daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva en fecha anterior a la fecha de emisión de la Resolución sancionadora, la sanción debería establecerse conforme manifiesta el inciso d) del Artículo 286 del Decreto supremo 24469 y en consecuencia aplicarse el inciso d) del artículo 291 del citado decreto, es decir, no corresponde la sanción económica…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPNC/N° 192-2010 DE 26 DE AGOSTO DE 2010.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/N° 192-2010 de 26 de agosto de 2010, resuelve confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/N° 131-2010 de 09 de junio de 2010, en todos sus términos, con los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado el 28 de julio de 2010, cabe emitir pronunciamiento correspondiente.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP sancionó al regulado al establecer que BBVA Previsión AFP S.A. remitió a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, para su habilitación el registro de cuatro (4) Beneficiarios correspondiente a los señores Asencio Tomicha Medina, Matías Flores Paracta, Felipa Lahor de Buezo e Ignacia Rodríguez Señoranis de Castillo, sin considerar que al momento de cobrar el beneficio del Bolivida no cumplían los 65 años de edad.

Que el Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de fecha 26 de mayo de 2003, establece:

*'**ARTÍCULO ÚNICO...***

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

El punto 6.2 de la Circular SPVS-IP 068 de fecha 30 de julio de 2003, establece:

'...6.2 Asimismo pedirá al beneficiario que se apersone en el plazo de siete días hábiles a fin de que la AFP asignada verifique el detalle del listado indicado en el punto II. 1. de la presente circular, con los respaldos físicos del pago correspondiente a esas gestiones, con objeto de validar la información y ver que no se trate de un homónimo, error en la Base de Datos o si el beneficiario presentó un documento de identidad con diferente fecha de nacimiento.'

Que BBVA Previsión AFP S.A. de acuerdo al procedimiento establecido, procedió a la atención de los cuatro (4) casos bloqueados con estado IBX, sin verificar a través de los comprobantes de pago y documentos adjuntos, que los Beneficiarios presentaron documento de identidad con fecha de nacimiento diferente al utilizado para efectuar los cobros de Bolivida y BONOSOL, inclusive no observó que para los cobros del BOLIVIDA no contaban con la edad requerida.

Que asimismo, la AFP no cumplió con su obligación de realizar la verificación de la documentación de cada uno de los casos que se encontraban registrados con estado IBX, a objeto de establecer si los Beneficiarios cumplen o no los requisitos exigidos por el Articulo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP No 365 de fecha 26 de mayo de 2003 y el numeral 6.2 de la Circular SPVS-IP 068 de fecha 30 de julio de 2003.

Que BBVA Previsión AFP S.A. en su impugnación señala lo siguiente: '...Legalmente la ex SPVS era la única entidad con facultades para actualizar datos de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol, y habilitar registros bloqueados, para proceder con ello, conforme disponía la normativa vigente..' Evidentemente, la Entidad Reguladora es la única institución facultada para actualizar los datos de la Base de Datos de los Beneficiarios de acuerdo a la documentación remitida por la AFP y proceder al bloqueo o a la habilitación del registro; sin embargo, este aspecto es independiente de la responsabilidad que debió cumplir la AFP, cual es el de verificar los respaldos de pagos y la documentación presentada por los Beneficiarios para el desbloqueo del estado IBX, donde se podía constatar claramente que los Beneficiarios efectuaron los cobros del Bolivida sin contar con 65 años de edad y proceder al bloqueo de los registros evitando los cobros del BONOSOL.

Que BBVA Previsión AFP S.A. también indica lo siguiente: 'Por lo expuesto, una vez realizada la reposición del daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva en fecha anterior a la fecha de emisión de la Resolución sancionadora, la sanción debería establecerse conforme manifiesta el inciso d) del Artículo 286 del Decreto Supremo 24469 y en consecuencia aplicarse el inciso d) del artículo 291 del citado decreto, es decir no corresponde la sanción económica'.

Que es importante señalar que el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Que bajo esa línea de comprensión, la sanción impuesta por esta Autoridad con gravedad media se halla respaldada al haberse comprobado que BBVA Previsión AFP S.A. al incumplir la normativa imputada, ocasiono daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva.

Que en ese entendido, corresponde aclarar al regulado que el hecho de haber repuesto el daño con anterioridad a la emisión de la resolución sancionatoria, no necesariamente es un elemento suficiente por el cual la calificación y gradación de la sanción impuesta pueda ser modificada, para lo cual se precisaría un análisis de los hechos y escenario procesal distinto al ahora aplicado.

Que por todo lo expuesto en esta parte del análisis, se concluye que los argumentos presentados por la BBVA Previsión AFP S.A. resultan ser insuficientes para revocar la sanción impuesta, correspondiendo confirmar la R.A. 131-2010 en su totalidad.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A. 131-2010. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica 'I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…'

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 09 de septiembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA.,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/N° 192-2010 de 26 de agosto de 2010, expresando lo siguiente:

*"… **II.-FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN:***

A continuación reitero ante su autoridad los fundamentos de la impugnación de la Resolución Sancionatoria, que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha hecha una valoración imparcial y justa de la misma.

Los beneficiarios Matías Flores Paracta, Felipa Lahor de Buezo, Ignacia Rodríguez Seoranis de Castillo y Asencio Tomicha Medina a partir de fechas 26 de octubre de 2006, 7 de diciembre de 2006, 14 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006, respectivamente, fueron bloqueados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con código "IBX" (Inactivo Bloqueado por Cobro en Exceso) y que luego de presentada la solicitud de habilitación de registros, los cuatro (4) casos fueron habilitados por ella con el Código "ARX" (Activo Reposición Cobro en Exceso) el 15 de febrero de 2007, conforme se evidencia en el reporte generado por nuestra aplicación informática.

La R. A. que norma el procedimiento para "Reclamos Bonosol" establece que los beneficiarios pueden acudir a las oficinas de las AFP's para actualizar sus datos según corresponda: apellido partero (sic), apellido materno, apellido casada, nombres; fecha de nacimiento, estado civil, etc.

En estos cuatro (4) casos en particular, los beneficiarios solicitaron y presentaron documentación para su actualización y habilitación en la Base de Datos de Beneficiarios Bonosol.

Con las facultares legales y administrativas conferidas por la normativa que regula el pago de (sic) Bonosol, la ex SPVS actualizó los datos y el estado del registro con Bloqueo IBX, (inactivo por cobro en exceso), precisamente por la modificación de fecha de nacimiento que solicitaron los beneficiarios.

Legalmente la ex SPVS era la única entidad con facultades para actualizar datos de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol, y habilitar registros bloqueados, para proceder con ello, conforme disponía la normativa vigente, esta Administradora envió los documentos adjuntos a las solicitudes presentadas por los beneficiarios.

La ex SPVS luego de un análisis y en el evento de que la documentación era insuficiente, tenía la facultad legal de solicitar documentación adicional para proceder al bloqueo o habilitación.

Conforme se ha demostrado, la ex SPVS habilitó los registros de los cuatro beneficiarios. Remarcamos que de acuerdo a la Ley 1732 en su Artículo 49 tiene la ex SPS (sic) tenía por función de cumplir y hacer cumplir la ley y sus reglamentos. Asimismo esta Administradora el 18 de febrero de 2009 mediante Cite PREV-CONT 593/02/2009 depositó a la Cuenta del Fondo de Capitalización Colectiva (1044-078059 del Banco Ganadero) la suma de 27.064.95 (veintisiete mil setenta y cuatro

95/100 Bolivianos), equivalentes a 14.147.10 UFV's al tipo de cambio 1.49142, por concepto de reposición de los cuatro casos por los que hoy la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones emite Resolución Administrativa de Sanción, por una causa no imputable a esta Administradora, que como se demostró ha cumplido con la norma establecida de acuerdo al procedimiento y la documentación enviada a la SPVS.

Por lo expuesto, una vez realizada la reposición del daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva en fecha anterior a la fecha de emisión de la Resolución sancionadora, la sanción debería establecerse conforme manifiesta el inciso d) del Artículo 286 del Decreto Supremo 24469 y en consecuencia aplicarse el inciso d) del artículo 291 del citado decreto, es decir, no corresponde la sanción económica..."

CONSIDERANDO:

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

1.- ANTECEDENTES PREVIOS A CONSIDERAR.-

1.1. - Sobre el pronunciamiento emitido en Instancia Jerárquica.-

Que, previamente a desarrollar los fundamentos factico-jurídicos, corresponde referirse al pronunciamiento anterior que emitió esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 05/2009 de 05 de octubre de 2009, con referencia al caso ahora impugnado. En este contexto el aludido acto administrativo Jerárquico fundamenta:

"(…) La sanción impuesta por la ex SPVS a BBVA Previsión AFP S.A. para el cargo N° 3, corresponde al incumplimiento del Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003 en los trámites de los beneficiarios: Asencio Tomachi Medina, Matías Flores Paracta, Ignacia Rodríguez Seoranis y Felipa Lahor.

En la documentación presentada como descargo por la AFP se puede establecer lo siguiente: Asencio Tomachi Medina, al momento de cobrar el beneficio contaba con 64.79 años; Matías Flores Paracta, con 62.85 años; Ignacia Rodríguez Seoranis, con 64.94 años y Felipa Lahor, con 64.53 anos, situación que induce a considerar que ninguno de estos Beneficiarios contaban con la edad mínima de 65 años, exigida por el artículo 1° de la Ley 2427 de 28 de noviembre de 2002.

Por lo que, se evidencia que la AFP no verificó a través de los comprobantes de pago

y documentación adjunta, que los citados Beneficiarios presentaron documentos de identidad con fecha de nacimiento diferente de la que cobraron el BONOSOL, situación que incluso repercute en la edad del cobro del BOLIVIDA, todo ello en infracción de la normativa imputada en los cargos y que permite la imposición de sanción.

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

Quedando de esta manera demostrado el incumplimiento de la AFP de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y de la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003, por los trámites de los Beneficiarios: Asencio Tomachi Medina, Matías Flores Paracta, Ignacia Rodríguez Seoranis y Felipa Lahor…" (págs. 15-16).

Sin perjuicio de lo transcrito, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y en resolución del caso, se emitió pronunciamiento sobre el supuesto daño ocasionado por el regulado al Fondo de Capitalización Colectiva al aseverarse lo siguiente:

"(…) Si bien la AFP debió haber bloqueado los registros y no así habilitarlos, como sucedió en el caso de Autos, sin embrago para la determinación del daño al FCC, aún se encuentra abierta la posibilidad de que cada uno de los beneficiarios pueda presentar documentación que avale que a la fecha de cobro del BOLIVIDA contaba con 65 o más años de edad, por lo que no se puede establecer el daño, sobre un supuesto a comprobación para determinar a ciencia cierta tal situación.

Dicha situación, se evidencia a su vez, de la declaración de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, quien a requerimiento del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha emitido la nota AP/DJ/994/2009 de 28 de septiembre de 2009, que determina taxativamente:

> *'… corresponde informar que los registros correspondientes a los señores: Asencio Tomachi Medina, Matías Flores Paracta, Ignacia Rodríguez Seoranis y Felipa Lahor, se encuentran bloqueados con estado IBL (Bloqueo Preventivo) hasta que los Beneficiarios presenten sus reclamos, para que una vez que se cuente con los mismos, se emita un informe Técnico y legal y en caso de corresponder se dicte la Resolución Administrativa de Suspensión de Pago de Beneficio conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto Supremo N° 27090 de 18 de julio de 2001…'*

Por lo que queda claro que la propia SPVS ahora AP, no tiene certeza absoluta si corresponde o no la suspensión, ya que como se dijo antes en los cuatro casos se

deberá seguir un proceso correspondiente, para que en base a la documentación se determine si cobraron o no el beneficio del BOLIVIDA antes de los 65 años.

Es así que conforme dicta la doctrina, los precedentes administrativos, y la jurisprudencia, no se puede determinar la existencia de daño, por supuestos, que requieren para la materialización del mismo la comprobación documental de los casos, así como la participación del afectado, quien podría presentar como ya se señaló documentación fehaciente que demuestre que cobró contando con la edad legal determinada en la normativa, o caso contrario luego de dicho proceso determinarse que el cobro fue antes de los 65 años, en cuyo caso el daño se materializa.

De lo precedentemente analizado se concluye que la ex SPVS, al haber confirmado la Resolución hoy impugnada, no ha considerado que mientras los Beneficiarios no presenten sus reclamos y se dicte la correspondiente Resolución Administrativa de Suspensión, no corresponde la reposición al Fondo de Capitalización Colectiva de los Veinticinco Mil Quinientos Treinta 00/100 Bolivianos más el rendimiento por intereses no devengados, al haberse demostrado que el daño se ha efectivizado."

En consecuencia, y por los antecedentes transcritos el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió pronunciamiento anulando el proceso administrativo sancionatorio correspondiente a los cuatro casos ahora impugnados, disponiendo la emisión de una nueva nota de cargos y consiguientemente se siga un nuevo proceso administrativo de acuerdo a los fundamentos expuestos en la precitada Resolución.

1.2. -ACTOS EMITIDOS EN EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2009.-

En cumplimiento a los fundamentos expuestos en instancia jerárquica, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones inicia nuevamente el proceso sancionatorio contra BBVA Previsión AFP S.A. por el cobro irregular del beneficio del BOLIVIDA de los cuatro casos cuestionados, habiendo a su vez determinado mediante Resoluciones Administrativas AP/DJ/238-2009 de 16/12/2009, AP/DJ/ 241/2010 de 16/12/2009, AP/DJ/ 258-2009 de 31/12/2009 y AP/DJ/15-2010 de 15/01/2010 la suspensión del cobro del beneficio de Asencio Tomicha Medina, Felipa Lahor de Buezo, Matías Flores Paracta e Ignacia Rodríguez Seoranis respectivamente, tal cual se desprende del cuadro comparativo inserto en la Resolución Administrativa Sancionatoria AP/DJ/DPNC/Nº 131/2010 de 09 de junio de 2010, por lo que, en base al razonamiento expuesto determinó el pago irregular del beneficio de las citadas cuatro personas.

2. -FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO JERÁRQUICO.-

Ahora bien una vez expuestos los antecedentes que conllevaron a la tramitación del presente proceso, corresponde ingresar en el análisis, de la fundamentación presentada por el recurrente.

2.1. Facultad de la ex SPVS de actualizar los datos en la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol.-

BBVA Previsión AFP S.A. reitera la alegación realizada en el Recurso de Revocatoria interpuesto en el presente proceso administrativo, referente a que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no habría realizado una valoración imparcial y justa de lo fundamentado, respecto a la facultad de la misma de actualizar los registros en la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol.

La recurrente en primer lugar manifiesta que legalmente la ex SPVS era la única entidad con facultad para actualizar datos de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol y habilitar registros bloqueados, donde la participación de la administradora, correspondía al envió de la documentación correspondiente para el análisis del órgano regulador.

Con relación a lo manifestado por la recurrente, ésta Instancia Jerárquica ya emitió un criterio legal al respecto, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2009; criterio que fue transcrito ut supra, estableciendo que:

> "…*la participación de la Autoridad reguladora en los trámites con estado ´IBX´,* ***no le exime a la AFP del deber legal,*** *dispuesto por el numeral 6.2. de la Circular SPVS-IP 068/2003,* ***de realizar la verificación de la documentación de cada uno de los casos****, a objeto de establecer si los Beneficiarios cumplen o no con los requisitos exigidos por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 y la propia Circular SPVS-IP 068/2003*" (Las negrillas y subrayado insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Concluyéndose, que con dicha omisión la AFP incumplió lo dispuesto en la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003 y de la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003.

En consecuencia los fundamentos expuestos por la recurrente en referencia a este punto, ya fueron objeto de una compulsa y posterior pronunciamiento jerárquico, por lo que no corresponde realizar mayores apreciaciones legales y más por el contrario debe seguirse el precedente dado en la línea jurisprudencial citada.

2.2. La reparación del daño económico antes de la emisión de la Resolución Sancionatoria.-

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

De acuerdo a lo manifestado por la recurrente; ésta de manera categórica señala que se ***"realizó la reposición del daño"***, aspecto que constituye una confesión de que sí hubo un

daño, empero que este fue reparado antes de la emisión de la Resolución Administrativa Sancionatoria, teniendo entonces como una verdad material la existencia del daño que se ocasiono al Fondo de Capitalización Colectiva del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, sirviendo este antecedente como parámetro para valorar si dicho daño que fue repuesto exime de la responsabilidad de quien lo ocasionó a ser pasible a una sanción ya sea económica o de amonestación.

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

Efectivamente, a fojas 58 del cuaderno de Autos, cursa nota PREV-CONT-593/02/2009 de fecha 18 de febrero de 2009, remitida al Banco Ganadero por la cual BBVA Previsión AFP S.A., solicita la transferencia a la Cuenta Corriente N° 1044-078059 UFV de BBVA PREVISIÓN S.A. DESEMBOLSO FCC por Bs 27.064.95 (Veintisiete mil sesenta y cuatro 95/100 Bolivianos) según lo dispuesto por el artículo 2° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 037 de 20 de enero d 2009, y a fojas 57 se evidencia el comprobante de transferencia de fondos emitido por el Banco Ganadero S.A.

Tomando en cuenta la documentación y antecedentes cursantes, BBVA Previsión AFP S.A., como consecuencia del proceso sancionatorio llevado a cabo, evidentemente realizó la reposición del daño causado al Fondo de Capitalización Colectiva, sin embargo dicho proceso, fue anulado en instancia jerárquica con referencia al cargo que disponía dicha reposición, conforme se evidencia del siguiente resumen que corresponde sea nuevamente expuesto, para contextualizar y realizar la compulsa respectiva:

En fecha 09 de febrero de 2009, la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emitió la Resolución Administrativa Sancionatoria SPVS/IP N° 037 de 29 de enero de 2009, por la cual entre otras actuaciones resolutorias, dispuso la reposición al Fondo de Capitalización Colectiva de Bs. 25.530.00 (Veinticinco mil quinientos treinta 00/100 Bolivianos) por el daño ocasionado a este; acto administrativo que es notificado a BBVA Previsión AFP S.A. en fecha 09 de febrero de 2009.

Posteriormente BBVA Previsión AFP S.A. interpuso Recurso de Revocatoria, y en cumplimiento a lo dispuesto por el Articulo 47-I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en fecha 18 de febrero de 2009 BBVA Previsión AFP S.A. realiza la transferencia de fondos a la cuenta de FCC, con el objeto de que el recurso de revocatoria presentado cuente con los requisitos legales para su procedencia.

Luego de ello, en instancia Jerárquica se resuelve anular el proceso administrativo sancionatorio con referencia al caso que ahora es nuevamente objeto de impugnación, consecuentemente tanto el daño causado y repuesto como la sanción económica quedaron sin efecto legal alguno, en consecuencia la AFP contaba con todo el derecho de solicitar la devolución y/o restitución de los montos depositados tanto por el daño

ocasionado al FCC como de la sanción impuesta.

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

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, la infracción a la normativa regulatoria en el mercado de pensiones evidentemente fue cometida por el recurrente, tal cual lo evidencian los antecedentes procesales, así como lo reconoce también BBVA Previsión AFP. S.A. en el memorial de Recurso Jerárquico interpuesto. En consecuencia dicha conducta debe ser sancionada de acuerdo a la realidad histórica en la que fue cometida y la norma especial aplicable para el caso en concreto, habiéndose realizado una valoración objetiva por parte de la Autoridad Fiscalizadora, de que el pago anticipado del daño ocasionado no fue por una manifestación de voluntad , sino se dio como consecuencia de no ejercer el derecho que le asistía de solicitar la devolución tanto del daño reparado como de la multa de la sanción impuesta, no existiendo de esta manera una causal justificable para dejar sin efecto la sanción económica impuesta y determinar una amonestación.

En conclusión, la fundamentación alegada por el recurrente sobre la reposición anticipada de pago sobre el daño económico causado al FCC, no tiene consistencia legal, puesto que como se demostró la reparación del daño ocasionado fue por una disposición expresa

producto de un proceso sancionatorio que si bien conllevó un periodo de anulabilidad, no lo exime de la responsabilidad por la gravedad de la infracción cometida en su momento.

Sin perjuicio de ello, la Autoridad de de Fiscalización y Control Social de Pensiones debió considerar en su parte considerativa la circunstancia de que el daño económico ocasionado al FCC se encontraba reparado, y emitir pronunciamiento al respecto al momento en que el recurrente hizo notar dicho extremo en instancia correspondiente y no tomarlo como si no hubiera ocurrido el mismo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/ N° 192-2010 de 26 de agosto de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC N° 131-2010 de 09 de julio de 2010, confirmando en su totalidad el artículo primero y segundo y modificando el tercero de la siguiente manera:

> ***"TERCERO.-*** *I. La reposición al Fondo de Capitalización Colectiva de Bs25.530,00 (VEINTICINCO MIL QUINIENTOS TREINTA 00/100 BOLIVIANOS), con relación a la disposición Primera de la presente Resolución Administrativa, mas el rendimiento que la AFP debe reconocer al Fondo por los intereses no devengados. Para el cálculo del rendimiento citado, se considerara la tasa de interés promedio que pagaron las cuentas corrientes mantenidas en el FCC en Bolivianos, vigentes en el periodo comprendido entre la fecha del pago con error y la fecha del pago de la reposición al FCC.*
>
> *BBVA Previsión AFP S.A. deberá verificar que la transferencia realizada en fecha 18 de febrero de 2009, corresponda al monto determinado en el párrafo precedente y posteriormente solicitar a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, la consolidación del monto en el FCC, en cumplimiento a dicha determinación.*
>
> ***II.*** *Una copia original del comprobante de depósito, deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a computarse a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa."*

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 749/2010 DE 25 DE AGOSTO DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 003/2011 DE 20 DE ENERO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011

La Paz, 20 de enero de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BDP Sociedad de Titularización S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 749/2010 de 25 de agosto de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 531/2010 de 28 de junio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 071 de 31 de diciembre de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 15 de septiembre de 2010, **BDP Sociedad de Titularización S.A.** legalmente representada por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 1184/2010 de 28 de septiembre de 2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 007 a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna del Distrito Judicial de la Paz, interpuso

Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2010 de 25 de agosto de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 531/2010 de 28 de junio de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 29 de septiembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BDP Sociedad de Titularización S.A.**

Que, en fecha 26 de octubre de 2010, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos por parte de **BDP Sociedad de Titularización S.A.**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 531/2010 DE 28 DE JUNIO DE 2010.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 531/2010 de 28 de junio de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a* ***NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A.*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 12.500.- (Doce Mil Quinientos 00/100 Dólares Americanos) por infracción de los artículos 25, 26 incisos a) c) y g) y 30 inc. a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15 numeral 6) del Reglamento de Disposiciones Complementarias" Específicas sobre Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 052 de 14 de febrero de 2000.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *El importe de la sanción deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia No. 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberá remitirse copia del comprobante de pago dentro del plazo de los quince (15) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 27 de julio de 2010 por Nafibo Sociedad de Titularización S.A., posteriormente **BDP Sociedad de Titularización S.A**. de acuerdo a la Escritura Pública 3276/2010 de 5 de agosto de 2010 de modificación de la escritura constitutiva de la Sociedad Anónima Nafibo Sociedad de Titularización S.A., representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/ Nº 531/2010 de 28 de junio de 2010, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 749/2010 DE 25 DE AGOSTO DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 749/2010 de 25 de agosto de 2010, se confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 531/2010 de 28 de junio de 2010, modificando la parte resolutiva de la siguiente manera:

*"Primero.- **CONFIRMAR PARCIALMENTE**, la Resolución ASFI Nº 531/2010 de 28 de junio de 2010, modificando la parte resolutiva primera de la siguiente manera:*

***Modificar el monto de la multa impuesta a BDP ST S.A.** en Bolivianos equivalente a $us12.500 (DOCE MIL QUINIENTOS 00/100 DOLARES AMARICANOS (sic)), por una multa en Bolivianos equivalente a $us7.500.-(SIETE MIL QUINIENTOS 00/100 DOLARES AMERICANOS), en atención a la modificación de la sanción impuesta en el cargo 1 referido al incumplimiento del artículo 25 y 26 inciso c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 052/2000 de 14 de febrero de 2000.*

***SEGUNDO.-** Quedan firmes y subsistentes las demás partes de la Resolución ASFI No. 531 de 28 de junio de 2010."*

Los argumentos esgrimidos son los siguientes:

CONSIDERANDO:

Que, realizada la debida revisión y compulsa de los antecedentes, de los fundamentos esgrimidos en el memorial de Recurso de Revocatoria y de las normas legales vigentes, se pasa a evaluar las consideraciones y los agravios expresados por el recurrente.

Que, con relación a la primera infracción, es necesario aclarar que es responsabilidad de la Sociedad de Titularización el manejo seguro y eficiente de los bienes que ingresen al patrimonio autónomo de acuerdo a los términos y condiciones previstos en el Contrato de Cesión. Esta responsabilidad, prevista en el artículo 25 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, no ha sido cumplida al momento en el que NAFIBO ST hubiera permitido que ingresen al patrimonio letras de cambio que no reunían los requisitos previstos de manera expresa en el Contrato de Cesión.

Que, la Cláusula Cuarta del Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y Administración, que suscribió NAFIBO Sociedad de Titularización S.A. y Concordia S.A. Empresa Constructora, en el numeral 4.1. establece que: "El Originador de forma libre y voluntaria y sin que medie vicio de consentimiento alguno, cede en forma absoluta e irrevocable en términos jurídicos y contables al Patrimonio Autónomo CONCORDIA - NAFIBO 004 representado por la Sociedad de Titularización, el derecho de dominio sobre la Cartera y sus accesorios. Con cargo a este Patrimonio Autónomo se emitirán los valores de Contenido Crediticio denominados: CONCORDIA - NAFIBO 004". Asimismo, la Cláusula Segunda Definiciones del Contrato de Cesión, en el inciso w) Custodia y Administración de la Cartera, establece que: "Custodia y Administración de Cartera, es el servicio que prestará la persona jurídica encargada de la custodia y cobro de las Letras de Cambio que conforman la Cartera del Patrimonio Autónomo y que administrará las mismas de acuerdo a los términos y condiciones previstos en este Contrato. Inicialmente este servicio será prestado por Nafibo Sociedad de Titularización S.A.".

Que, de acuerdo a las cláusulas señaladas del Contrato de Cesión, se puede determinar que NAFIBO ST era y es responsable de la administración del activo cedido al patrimonio autónomo, en este caso de las Letras de Cambio, por tanto, las actuaciones de administración del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 se remontan al momento de la cesión al patrimonio autónomo además de ser la Sociedad de Titularización custodio y administrador de la misma.

Que, el incumplimiento del Contrato de Cesión no puede ser considerado como un hecho aislado e independiente, tal como lo asevera NAFIBO ST, pues el acto jurídico de cesión de letras de cambio ha surtido efectos distintos a los previstos en el Contrato de Cesión y el hecho que no se hayan tenido observaciones, objeciones ni reclamos de los inversionistas significaría dejar a un lado la sanción ante el incumplimiento de la norma legal aplicable.

Que, en cuanto se refiere al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, cabe mencionar que es obligación de la Sociedad de Titularización administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato. Esta obligación no fue cumplida por NAFIBO ST, en virtud a que los términos del Contrato de Cesión no fueron cumplidos al momento de la constitución del patrimonio autónomo, por lo que alegar que fue una omisión en la que pudo haber incurrido un funcionario de la Sociedad responsable de la recepción física de las letras de cambio al momento de realizarse la cesión, resulta un argumento insuficiente para desvirtuar una sanción que fue el resultado del incumplimiento de una obligación expresamente prevista en la Normativa para las Sociedades de Titularización y no así para un funcionario contratado por la Sociedad de Titularización.

Que, en cuanto al argumento de que el Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización tiene tres objetos diferentes y vinculados entre sí, y que a este efecto NAFIBO ST hace una relación de los mismos, cabe aclarar que la estructura del Contrato no ha sido motivo del proceso administrativo sancionatorio, por tanto, no corresponde entrar en mayores consideraciones dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto.

Que, el NAFIBO ST menciona además que no habría realizado ningún acto que (sic) permita a los inversionistas, el originador u otros participantes del Mercado de Valores creer, asumir o presumir que las letras hubieran sido cedidas con responsabilidad, ya que no habría recibido reclamo ni solicitud alguna de aclaración, tal aseveración no goza de fundamento legal alguno ya que por disposición legal del Código de Comercio el ***Valor existe según su tenor*** *sin sujetar su validez legal a un contrato y mucho menos a presunciones de los inversionistas y demás participantes del Mercado de Valores.*

Que, en relación al argumento de que las acciones de NAFIBO ST en todo momento propendieron y estuvieron encaminadas al manejo(sic) al manejo seguro y eficiente de las letras de cambio que conforman dicho patrimonio autónomo, conforme se evidencia de lo señalado por las auditorías internas y externas realizadas

periódicamente a dicho patrimonio desde su constitución, es necesario aclarar que al realizar el análisis del Anexo 1, se pudo evidenciar que se adjuntan Dictámenes de Auditoría Externa e Interna en los que se determinan que: "Una auditoría incluye examinar sobre una base de pruebas, evidencias que sustentan los importes y revelaciones en los estados financieros. Una auditoria también incluye evaluar los principios de contabilidad utilizados y las estimaciones significativas hechas por la gerencia, así como también evaluar la presentación de los estados financieros en su conjunto". Por tanto, estas auditorías tanto internas y externas no informan, ni hacen referencia a la cesión de las Letras de Cambio que conforman el patrimonio autónomo, más bien simplemente se enfocan al cumplimiento y desarrollo de los estados financieros del patrimonio autónomo.

Que, asimismo NAFIBO ST, hace referencia a las redenciones de cuentas adjuntadas en el Anexo 2, dichos documentos establecen que: "Se procedió al cobro de las Letras de Cambio con normalidad, así como al pago de tenedores de valores de titularización de contenido crediticio CONCORDIA - NAFIBO 004, tal como establece el Prospecto de Emisión.". Estos documentos, si bien reflejan el control y administración de los Patrimonios Autónomos, no revelan que las Letras de Cambio hayan sido endosadas con la leyenda "Sin Responsabilidad".

Que, consecuentemente, en el presente caso se confirma el incumplimiento a los artículos 25 y 26 inciso c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, sancionadas mediante Resolución ASFI No. 531/2010.

CONSIDERANDO:

Que, con relación a los fundamentos erróneos para la determinación de la sanción de multa y que a criterio de NAFIBO ST debería merecer la sanción de amonestación, se debe señalar que la Autoridad de Supervisión no goza de plena discrecionalidad para imponer sanciones en el grado en el que estimen convenientes, sino que la calificación y modulación de la sanción debe sujetarse a las circunstancias marcadas por la Ley del Mercado de Valores y sus Decretos Reglamentarios, debiendo basarse en ellas siempre que estén debidamente probadas las infracciones, puesto que de lo contrario, se vulneraría el principio de proporcionalidad que implica la congruencia entre la naturaleza de la infracción administrativa y la sanción impuesta.

Que, para la calificación, graduación y consiguiente modulación de la sanción se debe considerar lo establecido en la Ley del Mercado de Valores, la cual en sus artículos 109 y 110 define lo siguiente: La sanción de amonestación se impondrá por escrito y recaerá sobre faltas e infracciones leves. La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes del Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa.

Que, en los artículos señalados precedentemente se desarrollan los siguientes conceptos:

- *Son infracciones leves los hechos y actos imprudentes que no pudieron*

evitarse.

- *Son infracciones cometidas con culpa grave los actos y hechos cometidos con negligencia imprudencia que pudieron o debieron evitar.*

Que, al contrario de lo que señala NAFIBO ST, se debe establecer que la conducta de la Sociedad Titularizadora no puede ser calificada como infracción leve, ya que la falta de diligencia de la revisión documentaria al momento de constituir el patrimonio autónomo (acto imprudente) pudo evitarse si la Sociedad Titularizadora hubiera obrado como un buen padre de familia en el momento de la constitución del patrimonio autónomo, consiguientemente no corresponde la sanción de amonestación.

Que, en el presente caso, tal como lo señala la Resolución ASFI No. 531/2010 de 28 de junio de 2010, la conducta de NAFIBO ST encuadra dentro de las infracciones cometidas con culpa graves, ya que si la Sociedad Titularizadora hubiera actuado diligente al momento de la conformación del patrimonio autónomo y revisado lo establecido en el Contrato de Cesión y el contenido de las Letras de Cambio, no hubiera incumplido lo establecido en el articulo 25 y 26 inciso c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización.

CONSIDERANDO:

Que, calificada la infracción como grave corresponde clasificar la infracción y la consiguiente sanción, por lo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 inciso b) del Decreto No. 26156, concordante con el artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores, determina que ***se aplicará la sanción de multa a las infracciones u omisiones cometidas por culpa,*** *así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.*

Que, la Resolución ahora impugnada sanciona el incumplimiento de NAFIBO ST, subsumiendo la conducta a una infracción específica sancionable con multa de Segundo Rango, de acuerdo a lo establecido en el artículo 20, inciso b) Segundo Rango numeral 8 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aplicando la sanción de multa calculada en bolivianos equivalente a $us10.000.

Que, el principio de tipicidad se encuentra establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, el cual establece que son infracciones administrativas las acciones y omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias, señalando además que sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

Que, la Resolución Jerárquica 32/2005 de 19 de agosto de 2005 desarrolla ampliamente el principio de tipicidad, estableciendo que "(...) el principio de tipicidad

se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria."

Que, bajo ese criterio jurídico, analizando la presente controversia, se tiene que la Resolución Administrativa No. 052 de 14 de febrero de 2000, que aprueba el Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, establece en su artículo 25 que la Sociedad de Titularización propenderá por el manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo, en los términos y condiciones previstos en el Contrato de Cesión de Bienes o Activos y en su artículo 26 inciso c) que es obligación de la sociedad de titularización administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato de Cesión de Bienes o Activos. Estos artículos vienen a constituir la praeceptum legis. Ahora bien el articulo 20 inciso b) del Decreto Supremo No. 26156, concordante con el 110 de la Ley del Mercado de Valores configura la sanctio legis.

Que, como se estableció precedentemente la Resolución ahora impugnada al momento de considerar la sanctio legis la subsumió dentro del alcance del artículo 20 inciso b, multa de Segundo Rango numeral 8, por administrar recursos de terceros o patrimonios autónomos infringiendo las normas legales que regulan dicha administración ***sin hacer prevalecer en todo momento los intereses de estos.***

Que, esta condicionante para la aplicación de esta sanción, en virtud de una correcta subsunción, no fue considerada ni desarrollada en la Resolución ahora impugnada omisión que cuestiona la aplicación de esta sanción. En ese sentido. se debe considerar que el hecho de que las letras de cambio no hayan sido endosadas con el rótulo "sin responsabilidad", incumpliendo lo establecido en el Contrato de Cesión y consiguientemente el articulo 25 y 26 inciso c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, no fue en detrimento del patrimonio autónomo ni de los inversionistas y demás participantes del Mercado de Valores, ya que en virtud a este hecho de acuerdo a las normas vigentes Concordia S.A. en su condición de originador podría haber respondido solidaria y mancomunadamente ante el no pago, hecho que mejoraría los derechos y la seguridad de los inversionistas.

Que, dentro de ese contexto corresponde adecuar nuevamente la conducta sancionable a la norma, por lo que realizada la correcta subsunción se puede determinar que sin lugar a duda hay una violación al ordenamiento administrativo cuya sanción se encuentra tipificada expresamente en el artículo 20 inciso b) Multa de Primer Rango numeral 7 ***por no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de las Resoluciones Administrativas.***

Que, consiguientemente, en atención a que la adecuación del supuesto fáctico a la norma corresponde a una multa de Primer Rango, la que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del Decreto Supremo No. 26156, corresponde ser sancionada con una multa entre $us. 500 hasta $us. 10000.

Que, en el presente caso se determinó aplicar la sanción de ***multa*** *calculada en bolivianos equivalente a $us 6.000.- (Seis Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) en atención a las siguientes consideraciones constitutivas de la infracción:* ***i)*** *no ha desarrollado un manejo seguro y eficiente de los términos y condiciones previstos en el Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración suscrito con Concordia S.A. Empresa Constructora el 22 de octubre de 2004****; ii****) ha efectuando (sic) un seguimiento inadecuado por más de cinco (5) gestiones del Patrimonio Autónomo CONCORDIA NAFIBO 004 y* ***iii)*** *sus actuaciones han sido poco oportunas en la administración del Patrimonio Autónomo CONCORDIA NAFIBO 004.*

CONSIDERANDO:

Que, con relación a lo expresado por NAFIBO ST respecto a la segunda infracción, se debe tener en cuenta que al momento de modular la sanción aplicable, ASFI determinó de manera inequívoca que la Sociedad recurrente incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse); considerando la conducta negligente de NAFIBO ST al no tomar en cuenta la voluntad de los Tenedores de Valores para modificar las condiciones en las que efectivamente se constituyo (sic) el Patrimonio Autónomo; por tanto, correspondía aplicar la sanción a una infracción especifica sancionable con multa de Primer Rango, en el artículo 20, inciso b) Primer Rango numeral 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores con sanción de ***multa,*** *calculada en bolivianos equivalente a $us 2.000.- (Dos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por incumplimiento al artículo 26 incisos a) y 30 a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/No.052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15 numeral 6) del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/No.052 de 14 de febrero de 2000.*

Que, respecto a las particularidades de la cesión irrevocable de cartera para procesos de titularización NAFIBO ST determina que: "La cesión irrevocable de cartera para procesos de titularización tiene características especiales que la diferencian de las cesiones irrevocables de otros bienes, por cuanto cualquiera de los componentes de la cartera cedida mediante el respectivo contrato de cesión irrevocable y entregada a la sociedad de titularización, pueden ser cambiado, sustituido o complementado una vez realizada dicha entrega si en las verificaciones posteriores realizadas por la sociedad de titularización se evidencia que el mismo no cumple con los requisitos establecidos contractualmente, ya que en muchos casos, como por

ejemplo, en los de cesión de cartera de créditos, una vez recibida la cartera se verifica que la misma cumpla permanentemente con las características de homogeneidad establecidas en el contrato de cesión irrevocable (plazo, mora, monto, etc.) y en el caso en el que alguno de los créditos cedidos no cumpla con dichas características, es sustituido por otro que si cumpla con los requisitos establecidos contractualmente y esta actuación no implica modificación del contrato de cesión. Es más, la sustitución de cartera realizada con la finalidad de que los créditos que la conforman estén de acuerdo a lo establecido en el respectivo contrato, constituye un mecanismo de cobertura establecido por el inciso d) del artículo 7 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 052 de 14.02.2000. En consecuencia, en procesos de titularización, el adecuar la cartera recibida a lo expresamente previsto en el contrato de cesión, no está prohibido, sino que está expresamente permitido por la normativa vigente".

Que, cabe aclarar que el artículo 7 de la Resolución SPVS/IV/No. 052/2000, Mecanismos internos de cobertura, inciso d), establece que: "Sustitución de cartera: Es el mecanismo mediante el cual el originador o la Sociedad de Titularización si ella es quien transfiere la cartera, se obliga a sustituir los créditos que en el trascurso del proceso varíen la calificación obtenida previamente conforme a las normas sobre calificación de cartera expedidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en forma tal que se incremente el riesgo de su normal recaudo".

Que, de acuerdo a la normativa se puede señalar, que el caso se da solamente en cartera de créditos, por tanto, es necesario señalar que lo que toca a este análisis es la constitución de otro activo para el patrimonio autónomo evitando confundir un tema de homogeneidad que no es aplicable al caso en particular.

Que, respecto de la inexistencia de infracción a lo establecido por el artículo 26 inciso a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización y por los artículos 14 y 15 numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, ambos aprobados mediante RA SPVS-IV No. 052/2000, el BDP ST señala que: "Si en la cláusula trigésimo sexta del Contrato De Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración suscrito por NAFIBO ST y Concordia S.A., se prevé expresamente la existencia y competencias de una asamblea de tenedores de valores, ¿cómo pudo NAFIBO ST infringir el artículo 14 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización?".

Que, de acuerdo a la afirmación de NAFIBO ST, se puede establecer que la Sociedad Titularizadora hace un análisis somero de la normativa, ya que la infracción al artículo 14 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, se refiere a que la Asamblea de Tenedores es el máximo órgano de decisión del Patrimonio Autónomo, mediante el cual los tenedores expresan su voluntad, y al haber modificado arbitrariamente las Letras de Cambio con el endoso "sin responsabilidad" sin previo consentimiento de la Asamblea de Tenedores, infringió el citado artículo.

Que, por otro lado, el recurrente señala que: "En ninguna cláusula del Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración suscrito por NAFIBO ST y Concordia S.A., cuya copia se encuentra en los archivos de la ASFI, se prevé como facultad de la Asamblea de Tenedores de Valores el aprobar la corrección de posibles errores existentes en la cartera cedida con la finalidad de lograr el efectivo cumplimiento del contrato de cesión. No tendría sentido alguno otorgar a la Asamblea de Tenedores de Valores la facultad de enmendar errores materiales orientados a hacer cumplir la voluntad expresada en el contrato de cesión porque esta no es una función propia que le compete a dicha instancia, sino más bien es una responsabilidad propia del Administrador del patrimonio autónomo, vale decir, de NAFIBO ST, que actuó en consecuencia una vez que detecto dicho error. Por tanto, NAFIBO ST tampoco pudo infringir una disposición inexistente en el contrato de cesión de cartera".

Que, cabe mencionar que al ser la Asamblea de Tenedores el máximo órgano de decisión y al contar los Tenedores de Valores con mejores derechos y seguridad de inversionistas como bien lo reconoce el recurrente, que no podría con su sola voluntad modificar esos derechos y seguridades, en conocimiento de lo previsto en la Cláusula Trigésima Sexta numeral 36.2.1. que dispone que la Asamblea de Tenedores debe: "Velar y defender los intereses de los Tenedores de Valores de Titularización".

Que, NAFIBO ST como Administrador del Patrimonio Autónomo tenía la obligación de informar a la Asamblea y al Originador, el haber recibido el principal activo del Patrimonio Autónomo, vale decir las Letras de Cambio en condiciones diferentes a lo establecido en el Contrato de Cesión, omitiendo el endoso "sin responsabilidad", por lo tanto, actuó de manera inadecuada y negligente al no permitir que la Asamblea tenga conocimiento de este hecho. De igual manera, al consentir que el Contador de Concordia el 5 de octubre de 2009, inserte en el texto de las Letras de Cambio el "endoso sin responsabilidad", con cinco años posteriores a la fecha de cesión, NAFIBO ST omitió comunicar a la Asamblea la forma en la que se venía administrando el Patrimonio Autónomo, consiguientemente se confirma el incumplimiento al artículo 15 del Decreto Supremo No. 25514 de 17 de septiembre de 1999, inciso a) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVSIV/No.052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15 numeral 6) del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización.

CONSIDERANDO:

Que, con relación a la tercera infracción NAFIBO ST señala que: "Como se ha señalado, al no haber sido detectada la omisión de inclusión expresa de la frase "sin responsabilidad" en el endoso de las letras de cambio ni por la ASFI, ni por las auditorías externas realizadas al patrimonio autónomo durante 5 años, era materialmente imposible que NAFIBO ST informara a los inversionistas de una situación de la que no tenía conocimiento. Sin embargo, demostrando una conducta trasparente, responsable y eficiente, una vez que NAFIBO ST se percató de la

existencia de la citada omisión, procedió a enmendar el error inmediatamente y, de oficio, comunicó estos hechos tanto al Representante Común de los Tenedores de Valores como a la ASFI, conforme se evidencia por las notas con cites NFB-ST-175~2009 de fecha 21 de octubre del 2009 y NFB-ST-1550/2009 de fecha 22 de septiembre del 2009, que en Anexo 5 se adjuntan al presente memorial".

Que, la infracción cometida fue no comunicar inmediatamente a la Asamblea de Tenedores de la cesión de las Letras de Cambio de forma diferente a lo estipulado en el Contrato de Cesión y actuar arbitrariamente al dejar que el Contador de Concordia el 5 de octubre de 2009, inserte en las letras de cambio el endoso "sin responsabilidad".

Que, asimismo, al haber realizado una simple comunicación al Representante Común de Tenedores de Valores de Titularización de la inconsistencia en las Letras de Cambio y el Contrato de Cesión, restándole importancia al incumplimiento del Contrato de Cesión, NAFIBO ST, demuestra una vez más la mala gestión documental al momento de transferir los activos del patrimonio autónomo.

Que, es importante aclarar que la realización de inspecciones no resulta ser el único mecanismo para detectar incumplimientos e inobservancias a las disposiciones legales del Mercado de Valores, ya que las mismas tienen diferentes alcances y objetivos, consiguientemente este argumento que no puede dejar sin efecto una sanción que cumple con todos los parámetros de hecho y de derecho en su aplicación.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a los párrafos precedentes, la autoridad reguladora en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, ha comprobado de modo fehaciente la existencia y veracidad de las infracciones imputadas a ***NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A.*** *actualmente* ***BDP ST****, las mismas que se ajustan a los siguientes parámetros:*

a) BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A. *no ha desarrollado un manejo seguro y eficiente de los términos y condiciones previstos en el Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración suscrito con Concordia S.A., ha realizado un seguimiento inadecuado por más de cinco (5) años del mismo, ha desarrollado actuaciones que no fueron de conocimiento de los inversionistas, su actividad poco oportuna no ha velado los intereses de los mismos sino más bien los intereses del originador; b) los hechos imputados se encuentran plenamente probados y calificados como infracciones relacionadas entre sí por lo que, en cumplimiento del artículo 7 inciso b) del Decreto Supremo No. 26156 (Concurso de Infracciones) corresponde aplicar la sanción que corresponda a la sanción más grave detectada en esta Resolución en el primer cargo hasta el veinticinco por ciento (25%) a las infracciones imputadas y analizadas en el texto de la presente Resolución; c) a las infracciones o contravenciones se aplican las*

disposiciones legales de cada sector, es decir, que para el caso en particular deberá aplicarse el Decreto Supremo No. 26156 que aprueba Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

Que, la relación de los cargos y las multas impuestas individualmente, se reflejan en el cuadro siguiente:

OTROS CARGOS	***MULTA CALCULADA (Expresado en $us)***
Cargo 2. Incumplimiento al artículo 25 y 26 inciso c del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización.	*6,000*
Cargo 2. Incumplimiento al artículo 15 del Decreto Supremo No. 25514 y articulo 26 inciso a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización.	*2,000*
Cargo 3. Incumplimiento del artículo 26 inciso g) y artículo 30 inciso a) del Reglamento de Normas Prudenciales.	*2,000*

Que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 inciso b) del Decreto Supremo No. 26156, la aplicación del concurso de infracciones se refleja en el siguiente cuado: (sic)

Cargo mayor:	*6,000*
Incremento adicional por concurso de infracciones	*1,500*
Incremento adicional expresado en % (en relación al cargo mayor)	*25.0*
Multa total	*7,500*

OTROS CARGOS	***MULTA CALCULADA (Expresado en $US)***	***PROPORCIÓN MULTA TOTAL OTRAS MULTAS***	***MULTA ADICIONAL APLICADA (Expresado en $US)***
Cargo 2. Incumplimiento al artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25514 y artículo 26 inciso a} del Reglamentó de Nomas Prudenciales de Titularización	*2,000*	*50.00%*	*750*
Cargo 3. Incumplimiento al artículo 26 inc. g) y artículo 30 inc. a) del Reglamentó de Normas Prudenciales.	*2,000*	*50.00%*	*750*

Que consiguientemente la sanción de multa aplicada a NAFIBO ST es de $7,500.- (Siete Mil Quinientos Dólares Americanos 00/100)(...)"

4. RECURSO JERÁRQUICO.

Mediante memorial presentado el 15 de septiembre de 2010, por **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila,

presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 749/2010 de 25 de agosto de 2010 con los siguientes argumentos:

"II. ANTECEDENTES.

Mediante Resolución ASFI N° 531/2010 de 28 de junio de 2010, se impuso a NAFIBO Sociedad de Titularización S.A. (en adelante **NAFIBO ST)** *"una multa en Bolivianos equivalente a $us. 12.500 (Doce Mil Quinientos 00/100 Dólares Americanos) por infracción de los artículos 25, 26 incisos a), c) y g) y 30 inc. a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15 numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 052 de 14 de febrero de 2000"* (textual pag.19, segundo párrafo).

Mediante memorial de fecha 27 de julio de 2010 NAFIBO ST interpuso recurso de revocatoria contra la citada Resolución ASFI N° 531/2010, solicitando la revocatoria total de la resolución impugnada por no ser ciertas ni evidentes ninguna de las 3 infracciones normativas acusadas por la ASFI. NAFIBO ST recurrió la sanción impuesta mediante la Resolución ASFI N° 531/10 por ser la misma totalmente arbitraria e ilegal y no respetar los principios de tipicidad, legalidad e igualdad y proporcionalidad, que son propios del derecho sancionador y que deben regir todas las actuaciones de la administración en los procesos sancionadores que lleve adelante, según lo establece la amplia jurisprudencia administrativa establecida por la ex -Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

En fecha 1 de septiembre de 2010, BDP ST fue notificada por la ASFI con la Resolución ASFI N° 749/2010 de 25 de agosto de 2010 que CONFIRMA PARCIALMENTE la Resolución ASFI N° 531/10 de 28 de junio de 2010, reduciendo el monto de la multa impuesta a la suma en Bolivianos equivalente a 7.500 $US (Siete Mil Quinientos 00/100 Dólares Americanos) "en atención a la modificación de la sanción impuesta en el cargo 1 referido al incumplimiento del artículo 25 y 26 inciso c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/N° 052/2000 de 14 de febrero de 2000 ".

III. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO JERARQUICO.

Si bien la Resolución ASFI N° 749/2010 disminuye el monto de la multa impuesta a NAFIBO ST por la Resolución ASFI N° 531/2010, estableciendo la misma en un equivalente en Bolivianos de 7.500 $US (Siete Mil Quinientos 00/100 Dólares Americanos) en lugar de la suma original en Bolivianos equivalente a 12.500 $US (Doce Mil Quinientos 00/100 Dólares Americanos), consideramos que el análisis realizado a tiempo de considerar los argumentos expuestos por NAFIBO ST en el recurso de revocatoria interpuesto, no se sujetó a lo estrictamente establecido por la normativa vigente y vulneró los principios de tipicidad y proporcionalidad, que son propios del derecho sancionador y que deben regir todas las actuaciones de la administración en todos los procesos sancionadores que sustancia en ejercicio de sus atribuciones institucionales propias. En tal sentido, la Resolución

ASFI N° 749/2010 vulnera los intereses de BDP ST porque en ninguna de las 3 infracciones acusadas es cierta y evidente la violación de las normas acusadas, conforme se demostrara a continuación.

***PRIMERA INFRACCION*: No cumplir con la obligación de administrar las 74 letras de cambio que conformaban el patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004, en los términos y condiciones previstos en el punto 7.3 de la cláusula séptima del Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración suscritos con Concordia S.A. Empresa Constructora que establecía la transferencia de las mismas al patrimonio autónomo "sin responsabilidad" por parte de la citada empresa, sin embargo, al haber sido transferidas mediante endoso en blanco, omitiendo consignar el rótulo "sin responsabilidad", la transferencia de dichos títulos se realizó con responsabilidad y garantía por parte de Concordia S.A. Empresa Constructora, en su calidad de endosante y originador, y por tanto su administración se realizó bajo dichas condiciones.**

Según lo establecido por la Resolución ASFI N° 531/2010, dicha conducta incumplió lo dispuesto por los artículos 25 y 26 c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000.

Para realizar un adecuado análisis de lo señalado por dichas normas supuestamente infringidas, las transcribimos textualmente:

- *Art. 25 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000:*

  "La sociedad de titularización propenderá por el manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde, o procedentes de flujos generados por los activos, en los términos y condiciones previstos en el contrato o en el acto unilateral irrevocable de cesión de bienes y activos. En concordancia con lo anterior, la sociedad de titularización no será responsable por el éxito financiero de los procesos de titularización, pero responderá civilmente hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Esto significa que la responsabilidad de la sociedad de titularización ante los procesos de titularización administrados por ella es de medio y no de resultado".

- *Art. 26 inc. c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000.*

  "Además de las obligaciones contempladas en este reglamento y demás disposiciones aplicables, la sociedad de titularización tendrá en especial las siguientes: c) Administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el contrato o en el acto unilateral irrevocable de cesión de bienes o activos ".

Según lo señalado por la Resolución ASFI N° 749/2010, al determinar la sanción aplicable a NAFIBO ST, hoy BDP ST, por haber incumplido lo dispuesto por los transcritos

artículos 25 y 26 c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, vale decir, "al momento de considerar la sanctio legis la subsumió dentro del alcancel (sic) del artículo 20 inciso b, multa de Segundo Rango numeral 8, por administrar recursos de terceros o patrimonios autónomos infringiendo las normas legales que regulan dicha administración ***sin hacer prevalecer en todo momento los intereses*** *de estos" (textual tercer párrafo, página 12 de la Resolución ASFI N° 749/2010). Sin embargo, la propia ASFI en la Resolución ASFI N° 749/2010 determina que "realizada la correcta subsunción se puede determinar que sin lugar a duda hay una violación al ordenamiento administrativo cuya sanción se encuentra tipificada expresamente en el artículo 20 inciso b) Multa de Primer Rango numeral 7* ***por no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas"*** *(textual quinto párrafo, página 12 de la Resolución ASFI N° 749/2010).*

Lo señalado por la ASFI respecto de la incorrecta determinación de la sanción aplicable realizada por la Resolución ASFI N° 531/2010, así como la nuevamente errónea determinación de la sanción aplicable realizada en la Resolución ASFI N° 749/2010, no es sino la evidencia de que la autoridad recurrida no respeto el principio de tipicidad aplicable en el ámbito administrativo sancionador y consagrado por el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En efecto, conforme lo señala la Resolución Jerárquica 32/2005 de 19 .08.05 citada por la **resolución recurrida,** *"La Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo este criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sancion (sanctio legis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege" (...)".* Este criterio fue complementado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 27/2006 de 25.05.06 que estableció que *"En general, el principio de tipicidad impone la exigencia material de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta. ".*

Al momento de su entrega física, NAFIBO ST no verificó que las 74 letras de cambio que conformaban el patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 se hubiera realizado mediante el endoso "sin responsabilidad", en los términos y condiciones previstos en el punto 7.3 de la cláusula séptima del Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración suscrito con Concordia S.A. Empresa Constructora, vale decir que al haber sido dichas letras de cambio transferidas

mediante endoso en blanco, omitiendo consignar el rótulo "sin responsabilidad", la transferencia de dichos títulos se realizó con responsabilidad y garantía por parte de Concordia S.A., en su calidad de endosante y originador. Sin embargo, como ampliamente se fundamentó en el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI N° 531/2010, dicha omisión de verificación no constituye infracción de lo establecido por los artículos 25 y 26 c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000, sino únicamente una falta de correspondencia entre la forma efectiva de endoso de las letras de cambio y lo establecido por el punto 7.3 de la cláusula séptima del Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración. En modo alguno dicha omisión de verificación puede ser considerada como una conducta inmersa en el tipo de "no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas", establecida por el artículo 20 inciso b) Multa de Primer Rango numeral 7 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, siendo que dicha conducta se refiere a los casos en los que una entidad regulada no cumple con las sanciones establecidas mediante Resolución Administrativa como corolario de la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador, como ocurriría, por ejemplo, si dentro del presente procedimiento sancionador, BDP ST no hubiera pagado la multa impuesta por la Resolución ASFI N° 531/2010 dentro del plazo otorgado y en la moneda señalada, vale decir, en Bolivianos, o si hubiera realizado dicho pago en una cuenta que no fuera la establecida en dicha resolución sancionatoria.

En consecuencia, la ASFI en franca violación del principio de tipicidad, de forma totalmente irresponsable, errónea y arbitraria determinó la aplicación de una sanción de $US 6.000 (Seis Mil Dólares de los Estados Unidos de América) señalando que esta sanción se encuentra tipificada expresamente en el artículo 20 inciso b) Multa de Primer Rango numeral 7 "por no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas", sin precisar -como debió hacerlo- cual era la sanción o medida incumplida por NAFIBO ST ni tampoco señalar cual era la resolución administrativa sancionatoria incumplida por NAFIBO ST Por ello -reiteramos- la autoridad recurrida violó el principio de tipicidad a momento de sancionar la primera infracción acusada porque la sanción aplicada no corresponde a la conducta descrita como violatoria del ordenamiento jurídico, considerando que toda la fundamentación de la resolución recurrida establece que la ASFI afirma que la omisión de verificación por parte de NAFIBO ST del correcto endoso de las letras de cambio constituiría violación de su deber de realizar una adecuada y segura administración del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 y en ningún momento acusa infracción de su deber de cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas. Por ello, podrá la autoridad jerárquica evidenciar claramente la GRAVE ARBITRARIEDAD cometida por la autoridad recurrida a momento de determinar que la omisión en la que incurrió NAFIBO ST al no verificar el endoso "sin responsabilidad" de las 74 letras de cambio que conformaban el patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 pueda considerarse como una conducta de *"no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones*

establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas". En todo caso, y dejando expresa constancia de que este no constituye un cargo acusado por la ASFI, la omisión en la que incurrió NAFIBO ST al no verificar que la entrega de las 74 letras de cambio que conformaban el patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 se hubiera realizado mediante el endoso "sin responsabilidad", podría considerarse como una infracción a lo establecido por el punto 7.3 de la cláusula séptima del Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración y, por tanto, dicha conducta podría ser sancionada con una amonestación por "no realizar sus actividades o no prestar sus actividades en forma diligente", conforme lo establece el numeral 1 del inciso a) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156.

Por otra parte, es importante también señalar que a momento de emitir la Resolución ASFI N° 749/2010, la autoridad recurrida no realizó una adecuada consideración y evaluación de los siguientes argumentos expuestos por NAFIBO ST en el recurso de revocatoria:

***1.** Una cosa es la omisión en la que pudo haber incurrido el funcionario de NAFIBO ST responsable de la recepción física de las letras de cambio al momento de realizarse la cesión y otra el rol de administrador que le corresponde a la sociedad como tal y que se inicia una vez constituido el patrimonio autónomo, y que cumplió adecuadamente y en estricta sujeción a lo establecido por la normativa vigente y por el CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN a lo largo de estos casi 6 años en que se encuentra vigente el patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004, tiempo en el cual no existieron observaciones, objeciones ni reclamos sobre este aspecto por parte de los inversionistas, el originador ni los auditores externos.*

A tal efecto, cabe destacar que el CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN suscrito en octubre de 2004 por NAFIBO ST y Concordia S.A., conforme lo establece su cláusula cuarta, tiene por objeto los siguientes 3 aspectos distintos entre sí pero íntimamente relacionados:

a) La cesión irrevocable de la cartera y constitución del patrimonio autónomo.
b) La emisión y colocación de los valores de titularización.
c) La administración y representación del patrimonio autónomo.

Por el primer objeto, el originador cede en forma absoluta e irrevocable en términos jurídicos y contables al patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004, representado por la sociedad de titularización, el derecho de dominio sobre la cartera y sus accesorios.

Por el segundo objeto, la sociedad de titularización asume la obligación de emitir valores de titularización con cargo al patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004.

Por el tercer objeto, se determina que el patrimonio autónomo será administrado y legalmente representado por la sociedad de titularización, quien ejercerá la defensa

judicial y extrajudicial durante su vigencia, directamente o mediante terceros.

Al tener el referido CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN 3 objetos diferentes pero estrechamente vinculados entre sí, estamos frente a un contrato complejo en el que se regulan, por una parte, todos los aspectos relacionados con la cesión irrevocable de bienes y la constitución del patrimonio autónomo, por otra parte, la emisión de valores de titularización y, por último la administración y representación del patrimonio autónomo constituido. La cláusula del CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN que regula los aspectos referidos a la cesión de bienes es la séptima, en la que se establecen las características y el valor del patrimonio autónomo. Las cláusulas del CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN que determinan los aspectos referidos a la emisión y colocación de los valores de titularización son la vigésima, vigésimo cuarta, vigésimo sexta a trigésimo novena, cuadragésimo sexta y cuadragésimo séptima. Las cláusulas del CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN que regulan los aspectos referidos a la administración y representación del patrimonio autónomo son la octava, novena, decima a decimo novena, vigesimoprimera a vigésimo cuarta, vigésimo quinta, cuadragésimo segunda y cuadragésimo octava, así como también el Anexo "A" de dicho contrato que consiste en las Políticas, Procedimientos y Funciones Específicas para la Administración del Patrimonio Autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 .

Las cláusulas contractuales no incluidas en ninguno de los 3 grupos señalados son aplicables con carácter general y no regulan ningún aspecto específico ni propio de alguno de los 3 objetos mencionados, como por ejemplo: la cláusula primera de partes, la segunda de definiciones, la quincuagésimo primera de avisos y notificaciones, etc., (sic) criterios legales que se aparejan con lo determinado en el Código Civil respecto a la interpretación de los contratos.

Sobre este aspecto y toda la fundamentación que al efecto cursa en el memorial de revocatoria, la Resolución ASFI N° 749/2010 se limita a señalar que: "la estructura del Contrato no ha sido motivo del proceso administrativo sancionatorio, por tanto, no corresponde entrar en mayores consideraciones dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto " (textual parte final del segundo párrafo de la página 9), sin considerar que lo establecido por el señalado contrato es fundamental a efectos de acusar incumplimiento a lo establecido por los artículos 25 y 26 c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000.

2. *Si bien existió una omisión en la verificación de la inclusión en el endoso de las letras de cambio de la frase "sin responsabilidad", en ningún caso esto implica que NAFIBO ST hubiere realizado un manejo o administración inseguro o ineficiente del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 o que hubiere(sic) efectuado un seguimiento inadecuado de dicho patrimonio por más de cinco años, y menos que sus actuaciones hubieren sido poco oportunas en la administración del señalado patrimonio autónomo, conforme lo señala la ASFI a momento de referirse a las*

circunstancias constitutivas de la infracción, ya que a lo largo de estos 6 años no existió ningún tipo de observaciones, objeciones o reclamos de los inversionistas ni del originador, porque se ha respetado la voluntad común de las partes contratantes a la que se refiere el artículo 510 del Código Civil, ni tampoco de los auditores externos ni de la ente regulador al rol de NAFIBO ST como administrador del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004.

Y si efectivamente fue tan grave esta omisión que afectó en la adecuada administración del patrimonio autónomo, tornándose la misma insegura e ineficiente, porque ni los auditores externos ni la ASFI (o la ex SPVS) observaron esta situación en las revisiones anuales realizadas ni en las inspecciones realizadas a la labor de NAFIBO ST desde el año 2004? Es que acaso la autoridad reguladora, al no haberse percatado durante casi 6 años de que la omisión acusada ocasionaba una administración insegura e ineficiente del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004, incumplió sus atribuciones específicas establecidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores y por ello sería susceptible de incurrir en responsabilidad funcionaria?

***3.** Tampoco es evidente, como lo señala la ASFI, que las acciones de administración del patrimonio autónomo realizadas por NAFIBO ST hubieren sido inoportunas porque NAFIBO ST, de oficio y actuando con total transparencia, legalidad, eficiencia y responsabilidad, inmediatamente después de verificar la omisión existente en el endoso de las letras de cambio no cobradas comunicó esta situación a la ASFI y procedió a enmendar el error existente solicitando a Concordia S.A. que su representante autorizado incluya expresamente en dichos endosos la frase "sin responsabilidad", es decir, que a la fecha de inicio del presente proceso sancionatorio, ya la omisión estaba subsanada.*

***4.** Únicamente con la finalidad de demostrar que la omisión de verificación de que los endosos de las letras de cambio que conforman el patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 es un aspecto no fácilmente perceptible, ponemos en su conocimiento que la ex - SPVS (actual ASFI) en la inspección realizada en noviembre de 2007 a NAFIBO ST no realizó ninguna observación sobre este particular. En efecto, conforme se evidencia de la documentación que se adjuntó a momento de presentarse el recurso de revocatoria, mediante nota con cite NFB-ST-1562/2007 de 28 de noviembre de 2007, NAFIBO ST otorgó a los funcionarios de dicha entidad una fotocopia de la documentación de respaldo sobre el cobro de dichas letras de cambio, la misma que incluye fotocopias anverso y reverso de las letras de cambio cobradas y dicha entidad de regulación en ningún momento realizó ninguna observación sobre los endosos de dichas letras de cambio. Y claro está que, más allá de la perceptibilidad o no de la omisión en el endoso, no se ha causado un daño económico ni a los inversionistas ni al originador en el entendido que se ha respetado la intención común de las partes y las circunstancias del contrato han sido plenamente respetadas y nunca surgió un problema entre los ejecutantes del contrato.*

Considerando que el objetivo de toda inspección programada que se realiza a las entidades reguladas tiene como finalidad la verificación de que todos los documentos y todas las actuaciones de dichas entidades cumplan estrictamente con lo dispuesto en la normativa jurídica que regula el Mercado de Valores, si la omisión de NAFIBO ST hubiera vulnerado el ordenamiento jurídico vigente que regula los procesos de titularización y fuera tan grave como ahora se pretende, se entiende que los inspectores asignados debieron haberse percatado de la misma y haberla observado. El hecho de que el regulador tampoco se hubiera percatado de la omisión de inclusión en el endoso de la frase "sin responsabilidad", no hace más que confirmar que se trata de un aspecto de detalle no fácilmente perceptible porque no hace a la validez legal misma de la letra de cambio ni a su posibilidad de cobro oportuno, ya que ni el propio regulador lo observo en la referida inspección realizada hace más de 2 años atrás.

Por lo ampliamente expuesto y fundamentado con relación a la inexistencia de infracción a lo establecido por los artículos 25 y 26 inc. c) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000, así como por la flagrante violación del principio de tipicidad cometida por la autoridad recurrida, corresponde que la autoridad jerárquica deje sin efecto la sanción de $US 6.000 (Seis Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) impuesta por la Resolución ASFI N° 749/2010 por esta supuesta primera infracción.

SEGUNDA INFRACCION:** **Permitir que 36 letras de cambio no cobradas, que fueron cedidas al patrimonio autónomo con responsabilidad pierdan dichos efectos y características después de cinco años, al consentir que Concordia S.A., en octubre de 2009 añada en el endoso de las letras la frase "sin responsabilidad" sin considerar que la cesión al patrimonio autónomo es irrevocable, es decir, que no puede ser modificada o dejada sin efecto y que cualquier decisión al respecto debió ser consultada y aprobada previamente por la Asamblea de Tenedores de Valores, omitiendo consagrar su actividad de administración exclusivamente a favor de los intereses de los tenedores de valores.

Dicha conducta, según lo señalado por la ASFI en la resolución sancionatoria ASFI N° 531/2010, incumplió lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 25514 de 17.09.99, el artículo 26 a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000 y los artículos 14 y 15 numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, aprobado también mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000.

Con la finalidad de realizar un adecuado análisis de lo señalado por dichas normas supuestamente infringidas, las transcribimos textualmente:

- *Artículo 15 del Decreto Supremo N° 25514:*

  "La cesión de bienes o activos sujeta a la condición de emisión y colocación de valores de titularización es irrevocable, siendo nula cualquier cláusula del contrato de cesión o de la declaración unilateral de cesión que reserve esta

facultad a favor del cedente de los bienes o activos para la constitución del patrimonio autónomo para titularización. Únicamente cuando no se cumpla la condición de emisión de valores de titularización, los bienes o activos serán restituidos al cedente, en los términos previstos en el correspondiente instrumento. ".

- *Artículo 26 a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000:*

  "Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, las Sociedades de Titularización tendrán en especial las siguientes: a) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la titularización y consagrar su actividad de administración exclusivamente a favor de los intereses de los tenedores de los valores emitidos por los patrimonios autónomos administrados por la Sociedad de Titularización".

- *Artículo 14 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, aprobado también mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000:*

  "En el contrato o en el acto unilateral irrevocable de cesión de bienes o activos para la Titularización debe preverse la existencia de una asamblea de tenedores de valores. La asamblea de tenedores de valores es el máximo órgano de decisión del patrimonio autónomo, a través del cual los tenedores de valores emitidos en procesos de titularización expresan su voluntad".

- *Artículo 15 numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, aprobado también mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000:*

  "Le compete a la asamblea de tenedores de valores las siguientes funciones: 6) Las demás previstas en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos para titularización ".

Con relación a esta segunda infracción acusada, la Resolución ASFI N° 749/2010 confirma el monto de la sanción de multa calculada en Bolivianos equivalente a $US 2.000 (Dos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) impuesta por la Resolución ASFI N° 531/2010, sin realizar una adecuada fundamentación y sin pronunciarse, analizar ni desvirtuar los argumentos expresados por NAFIBO ST en el recurso de revocatoria, sino que simplemente hace una escueta referencia a alguno de ellos, como lo señalado respecto de lo establecido por el inciso d) del artículo 7 de la Resolución SPVS/IV/N^{0} 052/2000, al afirmar que "el caso se da solamente en cartera de créditos, por tanto, es necesario señalar que lo que toca a este análisis es la constitución de otro activo para el patrimonio autónomo evitando confundir un tema de homogeneidad que no es aplicable al caso particular".

Sobre la necesaria motivación de los actos administrativos en el ámbito sancionatorio, aspecto no cumplido por la ASFI al emitir la Resolución ASFI 749/2010, es necesario

*remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19.08.05 en cuya ratio decidendi se manifestó que**:** "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso. Así, la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda ".*

*Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2006 de 14.06.06 señala: "El Artículo 28, literales b) y e) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa, por medio de la cual se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable**.** Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto. Concordante con lo anterior, el Articulo 30, literal a) de la Ley Adjetiva Procedimental, en cuanto a la motivación indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos y fundamentos de derecho **cuando resuelvan recursos administrativos**".*

Por otra parte, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 28/2006 de 26.05.06 señala que "La motivación, a su vez, adquiere mayor relevancia en el ámbito sancionatorio, por cuanto las razones que inducen a la Administración Pública a emitir un acto administrativo por medio del cual se sanciona a una persona natural o jurídica, debe encontrarse bajo los lineamientos de un nexo de causalidad, por medio del cual toda conducta que a criterio del regulador origine una infracción debe estar claramente identificada, es decir, se debe buscar efectivizar la conjunción de los hechos acontecidos y la normativa presuntamente vulnerada, no bastando para ello el efectuar meras referencias normativas sin identificar en qué medida que tipo de conducta contravino que norma jurídica. Entonces, las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan deben aplicarse en su plenitud".

*Por otra parte, la Resolución ASFI N° 749/2010 al confirmar la sanción de multa de $US 2.000 (Dos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por la segunda infracción, también viola el principio de tipicidad establecido por el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo por cuanto **no existe claridad ni uniformidad al determinar las normas infringidas,** ya que en el penúltimo párrafo de la página 13 se establece que dicha sanción se impone por "incumplimiento al artículo 26 inciso a) y **30 a)** del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/JV/N° 052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15*

numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Específicas sobre Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/N° 052 de 14 de febrero de 2000" (textual), en el último párrafo de la página 15 se afirma que "se confirma el incumplimiento al ***artículo 15 del Decreto Supremo N° 25514*** *de 17 de septiembre de 1999, inciso a) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/N° 052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15 numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización", y en los cuadros de cargos que se incluyen en las páginas 17 y 18 se establece como cargo 2 tan solo al "incumplimiento al artículo 15 del Decreto Supremo N° 25514 y articulo 26 inciso a del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización ".*

Asimismo, la violación del principio de tipicidad también se evidencia porque ***la sanción impuesta no corresponde a las infracciones normativas acusada.*** *En efecto, en el penúltimo párrafo de la página 13 de la Resolución ASFI N° 749/2010, se establece que "correspondía aplicar la sanción a una infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, en el artículo 20, inciso b) Primer Rango numeral 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores (...) ". El numeral 7 del inciso b) Primer Rango del artículo 20 del Reglamento señalado considera como conducta sancionable al hecho de "No cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas". Como podrá evidenciar la autoridad jerárquica, también en esta segunda infracción la ASFI viola flagrantemente el principio de tipicidad porque, además de no determinar con claridad ni uniformidad las normas infringidas, se impone una sanción aplicable a una conducta que no se ajusta a las de las infracciones acusadas, como ocurre también en el caso de la primera infracción, ya que la ASFI al imponer una sanción "por no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas " no señala ni detalla cual es la sanción o medida incumplida por NAFIBO ST ni tampoco señala cual es la resolución administrativa sancionatoria incumplida por NAFIBO ST.*

Adicionalmente, la ASFI tampoco fundamenta en la resolución recurrida los motivos por los cuales, aplicando el mismo numeral 7 del inciso b) Primer Rango del artículo 20 del Decreto Supremo 26156 tanto a la primera como a la segunda infracción, en un caso fija la multa en la suma equivalente a $US 6.000 (Seis Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) y en el otro caso en la suma equivalente a $US 2.000 (Dos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América). Sin lugar a dudas, este hecho demuestra fehacientemente la arbitrariedad en la que incurre la ASFI al momento de imponer las sanciones de multa recurridas mediante el presente recurso, por cuanto también viola el principio de proporcionalidad establecido por el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y respecto del principio de proporcionalidad, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15.09.05 señala que: "Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma

aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión".

Finalmente y dado que respecto de la segunda infracción acusada la autoridad recurrida no consideró los argumentos expresados en nuestro memorial de recurso de revocatoria, los reiteramos como sigue:

1. *En criterio de la ASFI, el hecho de que NAFIBO ST hubiese permitido que 36 letras de cambio no cobradas y cedidas al patrimonio autónomo con responsabilidad pierdan dichos efectos y características después de cinco años, al consentir que Concordia S.A., en octubre de 2009, añada en el endoso de las letras la frase "sin responsabilidad", sin considerar que la cesión al patrimonio autónomo es irrevocable, es decir, que no puede) ser modificada o dejada sin efecto, infringe lo establecido por el artículo 15 del Decreto Supremo N° 25514 de 17 de septiembre de 1999. Esta afirmación no es cierta ni evidente y, por tanto, no existe infracción a lo establecido por el artículo 15 del D.S. N° 25514 como se demostrará a continuación.*

El artículo 15 del D.S. N° 25514 hace referencia a la irrevocabilidad de la cesión de bienes o activos sujeta a la condición de emisión y colocación de valores y determina la nulidad de cualquier cláusula del contrato de cesión que reserve la facultad de revocación al cedente de los bienes o activos. NAFIBO ST en los procesos de titularización que llevó a cabo, en todo momento, respetó dicha norma porque es una de las condiciones fundamentales de la titularización, dado que los bienes cedidos constituyen un patrimonio autónomo que respalda la emisión de valores de titularización. Cuando la ASFI señala que la enmienda realizada por el representante de Concordia S.A. en el endoso de las 36 letras de cambio que a esa fecha no habían sido cobradas modifica los términos de la cesión irrevocable de cartera realizada en octubre de 2004 y, en consecuencia, acusa la violación del artículo 15 del D.S. N° 25514, confunde el acto jurídico de la cesión irrevocable de cartera para titularización, realizado mediante EL CONTRATO DE CESION IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACION Y DE ADMINISTRACIÓN, con el acto de entrega material de la cartera cedida consistente en 74 letras de cambio.

La cesión irrevocable de cartera para la conformación del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004, así como toda cesión irrevocable de bienes para fines de titularización en la que existe un originador, se realiza mediante la suscripción del correspondiente contrato de cesión irrevocable de bienes o activos, conforme lo establece el artículo 80 de la Ley del Mercado de Valores, que a la letra señala: "La cesión de los bienes o activos destinados a la conformación de un patrimonio

autónomo que garantiza la emisión de valores de Titularización, representado y administrado por una Sociedad de Titularización, comprende la transferencia del dominio sobre dichos bienes o activos, siendo esta absoluta en términos jurídicos y contables y oponible a terceros, no pudiendo dichos bienes o activos, ser usados para satisfacer obligaciones en favor de acreedores del cedente, ni de la sociedad de Titularización.

La cesión de bienes o activos se podrá realizar por contratos o mediante actos unilaterales de contenido patrimonial de acuerdo a las normas el Código de Comercio y del Código Civil.

La cesión de bienes o activos es irrevocable y deber estar sujeta a la condición de emisión, siendo nula cualquier cláusula del contrato de cesión o de la declaración del acto unilateral de cesión, que reserve esta facultad a favor del cedente de los bienes o activos para la constitución del patrimonio autónomo ". (el subrayado es nuestro)

Concordante con dicha disposición legal, los artículos 2 inc. a) y 5 inc. a) del D.S. N° 25514 de 17.09.99 establecen:

***"Art. 2.** Para los efectos del presente Decreto se establecen las siguientes definiciones, además de las previstas por la Ley del Mercado de Valores: a) Cesión de bienes o activos.- Acto jurídico por el que, una o varias personas individuales o colectivas, trasfieren en forma absoluta el derecho de dominio sobre uno o más bienes o activos, presentes o futuros, a un patrimonio autónomo con la única finalidad de que se emitan a su cargo valores a través de un proceso de titularización".*

***Art. 5.** La constitución del patrimonio autónomo destinado a un proceso de titularización, debe realizarse a partir de: a) Contrato de cesión irrevocable de bienes o activos, en el caso de las personas comprendidas en el inciso a) del artículo 4 del presente Decreto Supremo." (el señalado inciso a) del artículo 4 se refiere a personas individuales o colectivas no vinculadas a la sociedad de titularización).*

Y precisamente en cumplimiento de lo establecido por la normativa citada, NAFIBO ST y Concordia S.A., en octubre de 2004 suscribieron el CONTRATO DE CESION IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACION Y DE ADMINISTRACION, que en su Cláusula Cuarta numeral 4.1 establece: "por el presente contrato, el originador, de forma libre y voluntaria y sin que medie vicio del consentimiento alguno, cede en forma absoluta e irrevocable en términos jurídicos y contables al Patrimonio Autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 representado por la Sociedad de Titularización, el derecho de dominio sobre la cartera y sus accesorios. Con cargo a este Patrimonio Autónomo se emitirán los valores de contenido crediticio denominados "CONCORDIA-NAFIBO 004".

En consecuencia, la cesión de cartera, consistente en 74 letras de cambio, se realizó y perfeccionó mediante EL CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA Y DE ADMINISTRACIÓN suscrito por NAFIBO ST y CONCORDIA S.A. que consta en el Testimonio N° 2771/2004 de 26 de octubre de 2004 otorgado por ante la Notaria de Fe Pública N°

007 de este Distrito Judicial a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna. Este contrato a la fecha se encuentra plenamente vigente y la sesión de cartera realizada por Concordia S.A. es efectivamente irrevocable. La entrega física y efectiva de las 74 letras de cambio a NAFIBO ST fue realizada con la finalidad de dar cumplimiento a lo establecido en el referido contrato y las 74 letras cedidas fueron giradas cumpliendo con todos los requisitos establecidos por el Código de Comercio, omitiéndose incluir expresamente en el endoso la frase "sin responsabilidad", conforme lo establece la cláusula séptima, punto 7.3 del contrato de cesión, e incluyéndose tan solo la firma del representante autorizado de CONCORDIA S.A., siendo por tanto dicho endoso, un endoso en blanco y con responsabilidad.

Dicha omisión fue enmendada en octubre/2009 mediante la inclusión de la frase "sin responsabilidad" en el endoso de las 36 letras de cambio no cobradas a esa fecha, de tal manera que el endoso de dichas letras refleje la voluntad y la intención común de las partes contratantes expresada en el punto 7.3 de la cláusula séptima del CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN no pudiendo en modo alguno ser considerada esta enmienda como una modificación o revocación de la cesión de cartera realizada mediante dicho contrato.

La evidencia normativa fehaciente respecto de que la cesión irrevocable de cartera se realizó mediante la suscripción del CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN demuestra que el hecho de que NAFIBO ST hubiese permitido la enmienda del endoso de las 36 letras de cambio no cobradas y cedidas al patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 no infringe en absoluto lo establecido por el artículo 15 del Decreto Supremo N° 25514 de 17.09.99.

***2.** Respecto a la infracción de lo establecido por el artículo 26 inciso a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000, reiteramos los argumentos ya expuestos a momento de desvirtuar la primera infracción.*

***3.** La afirmación de que NAFIBO ST infringió lo establecido por los artículos 14 y 15 numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000, es una muestra más del erróneo y ligero análisis realizado por la ASFI a momento de emitir la Resolución ASFI 531/2010.*

En efecto, el referido artículo 14 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización establece que en el contrato o en el acto unilateral irrevocable de cesión de bienes o activos para la titularización debe preverse la existencia de una asamblea de tenedores de valores. Si en la cláusula trigésimo sexta del CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN suscrito por NAFIBO ST y Concordia S.A., se prevé expresamente la existencia y competencias de una asamblea de tenedores de valores, como pudo NAFIBO ST infringir el transcrito artículo 14 del Reglamento de

Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización?.

Respecto de la infracción del artículo 15 numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, podemos señalar que en ninguna cláusula del CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN suscrito por NAFIBO ST y Concordia S.A., cuya copia se encuentra en los archivos de la ASFI, se prevé como facultad de la Asamblea de Tenedores de Valores el aprobar la corrección de posibles errores existentes en la cartera cedida con la finalidad de lograr el efectivo cumplimiento del contrato de cesión. No tendría sentido alguno otorgar a la Asamblea de Tenedores de Valores la facultad de enmendar errores materiales orientados a hacer cumplir la voluntad expresada en el contrato de cesión porque esta no es una función propia que le competa a dicha instancia, sino más bien es una responsabilidad propia del Administrador del patrimonio autónomo, vale decir, de NAFIBO ST, que actuó en consecuencia una vez que detecto dicho error. Por tanto, NAFIBO ST tampoco pudo infringir una disposición inexistente en el contrato de cesión de cartera.

Por otro lado, el hecho de que las letras estuvieran endosadas con responsabilidad, es un aspecto que mejora los derechos y la seguridad de los inversionistas y que va mas allá de lo determinado en el contrato de cesión, el prospecto de emisión y la propia calificación de riesgo, por ende nos preguntamos ¿qué pasaría si se hubiera celebrado la Asamblea de Tenedores tal como lo propone la ASFI y al percibir los inversionistas que cuentan con más derechos y seguridades hubiesen decido que el activo cedido se mantenga con responsabilidad?, vale decir, que hubiera sucedido si la Asamblea de Tenedores no hubieran aprobado la enmienda que NAFIBO ST debía realizar en el endoso de las letras de cambio en cumplimiento de lo establecido por el punto 7.3 de la cláusula séptima del contrato?. Claramente hubiera existido un incumplimiento expreso al contrato de cesión, aspecto que hubiera generado un verdadero conflicto y daño económico al originador y una ganancia ilegítima para los inversionistas, no prevista en el prospecto de emisión en base al cual los inversionistas tomaron su decisión de inversión. Adicionalmente, esta situación, de haberse producido, hubiera constituido un funesto antecedente para los procesos de titularización porque implicaría que la Asamblea de Tenedores puede reunirse y cambiar unilateralmente los aspectos establecidos en el contrato de cesión y administración del que los tenedores no son parte, en franca violación de lo establecido por el artículo 450 del Código Civil que establece que solo las partes contratantes pueden modificar o extinguir entre sí una relación jurídica.

En previsión de dicha situación y dado que NAFIBO ST, en su calidad de administrador del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004, no requiere autorización previa de la Asamblea de Tenedores para realizar actos encaminados al cumplimiento del CONTRATO DE CESION IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACION Y DE ADMINISTRACION, procedió a enmendar de oficio y previa información de este hecho a la ASFI el endoso de las letras de cambio no cobradas. Realizada la corrección, mediante nota con cite NFB-ST-1755/2009 de fecha 21 de octubre del 2009, NAFIBO ST comunico dicha situación al Representante Común de Tenedores de Valores.

4. *Asimismo, en la Resolución ASFI N° 531/2010 la ASFI señala que NAFIBO ST "incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse); considerando su conducta negligente al no tomar en cuenta la voluntad de los Tenedores de Valores para modificar las condiciones en las que efectivamente se constituyó el Patrimonio Autónomo;* ***podría*** *haber causado perjuicio a los Tenedores de Valores pues el patrimonio autónomo cuenta con una garantía adicional como efecto de la transmisión de las Letras de cambio, las consecuencias o repercusiones de este actuar podrían desvirtuar la finalidad de un mercado de valores transparente".* ***(textual pág. 17, segundo párrafo).*** *En este caso, como en el de la tercera infracción, la ASFI hace referencia a que NAFIBO ST "incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse" y que su conducta* ***"podría*** *haber causado perjuicio a los Tenedores de Valores ". Y también como en el caso de la tercera infracción, la ASFI señala que las supuestas infracciones normativas en las que incurrió NAFIBO ST fueron cometidas por culpa y entre paréntesis define lo que se supuestamente se entiende por culpa, cuando expresamente el artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores atribuye esta definición a la culpa grave, que no corresponde a la conducta de NAFIBO ST porque, al tenor de lo señalado por dicho artículo, la culpa grave implica utilizar en beneficio propio o permitir utilizar información privilegiada de un emisor o de sus valores con el objetivo de comprar, vender o efectuar cualquier operación en el Mercado sobre los valores emitidos por dicho emisor o comunicar esa información a terceros o recomendar a los mismos que compren, vendan o realicen operaciones sobre tales valores.*

Asimismo, al momento de determinar la sanción aplicable, en la Resolución ASFI N° 531/2010 se señala que ***"podría*** *haberse causado perjuicio a los Tenedores de Valores", considerando dicha posibilidad al momento de determinar la sanción aplicable y su cuantía, cuando -reiteramos- en ningún caso, la norma vigente que regula el Mercado de Valores hace referencia como conducta sancionable o como agravante de la conducta sancionable a un posible o potencial daño que se pueda hacer a algún participante del Mercado de Valores o terceros, ya que la norma regula hechos y situaciones concretas y la imposición de sanciones debe realizarse también a hechos y situaciones concretas realizadas y perfeccionadas y no solo a "posibilidades" no concretadas, en estricta sujeción a los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad que rigen el derecho administrativo sancionatorio.*

Adicionalmente, nos cumple señalar de manera enfática que en ningún caso la regularización en el endoso de las letras de cambio supuso un perjuicio o daño, potencial ni material para los inversionistas, porque -reiteramos- tanto el prospecto de emisión, en base al cual dichos inversionistas asumieron su decisión de inversión, como las diferentes calificaciones de riesgo otorgadas a la emisión consideraban que las letras de cambio del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 debieron haber sido cedidas sin responsabilidad.

En mérito a los fundamentos ampliamente expuestos, concluimos que el hecho de que NAFIBO ST no hubiera llamado a Asamblea de Tenedores de Valores con carácter

previo a realizar la corrección del endoso de las letras de cambio del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 para su adecuación a lo establecido en el contrato de cesión de cartera, no constituye infracción lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Supremo N° 25514 de 17 de septiembre de 1999, ni al artículo 26 a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14 de febrero de 2000 y menos aun a los artículos 14 y 15 numeral 6 del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, aprobado también mediante RA SPVS-IV N° 052, no pudiendo por tanto aplicarse sanción alguna por dicha conducta y menos aún una multa por la conducta establecida por el numeral 7 del inciso b) Primer Rango del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 de "No cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Autoridad de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas ".

TERCERA INFRACCIÓN: No cumplir con su deber de informar oportunamente a los inversionistas sobre las condiciones en que efectivamente fueron cedidas por Concordia S.A. las 74 letras de cambio y de la gestión de las mismas en el patrimonio, al haber asumido la empresa constructora la obligación autónoma de garantizarlas y pagar, en su caso, el importe de las 74 letras frente a todos los tenedores posteriores a él, abriéndose la posibilidad de que se le inicien acciones directas y en retorno en caso de que sean impagas.

Dicha conducta habría incumplido lo dispuesto en los artículos 26 inc. g) y 30 inc. a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000.

Con la finalidad de realizar un adecuado análisis de lo señalado por las señaladas normas supuestamente infringidas, las transcribimos textualmente:

- *Artículo 26 inciso g) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000:*

"Además de las obligaciones contempladas en este reglamento y demás disposiciones aplicables, la sociedad de titularización tendrá en especial las siguientes: g) Rendir cuentas de su gestión a los inversionistas y al originador, cuando corresponda, conforme a lo previsto en el presente Reglamento".

- *Artículo 30 inciso a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000:*

"Con el propósito de mantener informados a los inversionistas y a los originadores, cuando corresponda, de la suerte de los respectivos procesos de titularización, así como del desarrollo de la gestión que está desempeñando, la sociedad de titularización debe rendir cuentas conforme con las siguientes instrucciones: a) Concepto: Es deber indelegable de la sociedad de titularización rendir cuentas de su gestión a los inversionistas y a los originadores, cuando corresponda. Para tales efectos, la rendición de cuentas se entenderá como aquel informe detallado y

pormenorizado de la gestión de los activos o bienes que conforman el patrimonio autónomo en un proceso de titularización, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada. Lo anterior se aplicará sin perjuicio de las normas sobre hechos relevantes previstas en el Reglamento del Registro del Mercado de Valores ".

Respecto de esta supuesta tercera infracción acusada, la Resolución ASFI N° 749/2010 si bien confirma el monto de la sanción de multa calculada en Bolivianos equivalente a $US 2,000 (Dos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) impuesta por la Resolución ASFI N° 531/2010, como en el caso de la segunda infracción acusada, tampoco realiza una adecuada fundamentación, analiza ni desvirtúa los argumentos expresados por NAFIBO ST en el recurso de revocatoria, sino que simplemente hace una escueta referencia a alguno de ellos.

Por ello, y con la finalidad de que la autoridad jerárquica considere y valore adecuadamente los argumentos expuestos en nuestro memorial de revocatoria, los reiteramos a continuación como sigue:

***1.** Al no haber sido detectada la omisión de inclusión expresa de la frase "sin responsabilidad" en el endoso de las letras de cambio ni por NAFIBO ST, ni por la ASFI, ni por las auditorías externas realizadas al patrimonio autónomo durante 5 años, era materialmente imposible que NAFIBO ST informara a los inversionistas de una situación de la que no tenía conocimiento. Sin embargo, demostrando una conducta trasparente, responsable y eficiente, una vez que NAFIBO ST se percató de la existencia de la citada omisión, procedió a enmendar el error inmediatamente y, de oficio, comunico estos hechos tanto al Representante Común de los Tenedores de Valores como a la ASFI, conforme se evidencia por las notas con cites NFB-ST-1755/2009 de fecha 21 de octubre del 2009 y NFB-ST-1550/2009 de fecha 22 de septiembre del 2009, que se adjuntaron al recurso de revocatoria.*

***2.** No obstante lo señalado, y por ser un elemento fundamental a ser considerado, reiteramos que NAFIBO ST no incumplió la normativa acusada por la ASFI, conforme se demuestra a continuación.*

Desde la constitución del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004, en cumplimiento de lo establecido por el CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE CARTERA PARA FINES DE TITULARIZACION Y DE ADMINISTRACION, mensualmente y en todos los casos que correspondía, NAFIBO ST rindió cuentas a los inversionistas y al originador de su gestión como administrador del patrimonio autónomo CONCORDIA-NAFIBO 004 en todos los casos que correspondía, (sic) tanto de la suerte de los respectivos procesos de titularización como del desarrollo de la gestión que estaba desempeñando, conforme se evidencia de lo establecido en los informes detallados en el cuadro 1 del memorial del recurso de revocatoria. Estos informes son detallados y pormenorizados, conforme lo establece el inciso a) del artículo 30 Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14.02.2000.

Por lo que podemos concluir que NAFIBO ST no infringió lo dispuesto por los artículos 26 inc. g) y 30 inc. .a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado mediante RA SPVS-IV N° 052 de 14 de febrero de 2000, por lo que no corresponde aplicarle ninguna sanción.

V. PETITORIO.

En cumplimiento de lo establecido por el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo y por los artículos 52 y siguientes del REGLAMENTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL SISTEMA DE REGULACION FINANCIERA, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, interponemos el presente recurso jerárquico y solicitamos a su Autoridad que, una vez cumplidos los trámites de rigor, lo eleve junto a los demás obrados del presente proceso a conocimiento del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas para que dicha autoridad, en mérito a los argumentos de hecho y de derecho señalados pronuncie Resolución revocando en su totalidad la Resolución Administrativa ASFI N° 749/2010 de 25 de agosto del año en curso, dejando sin efecto, en consecuencia, la imposición de la sanción de multa impuesta por dicha resolución.(...)"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

1. LAS INFRACCIONES IMPUTADAS Y SANCIONADAS.-

A efectos de la compulsa que debe realizarse y consiguiente control de legalidad, a continuación se revisarán cada una de las infracciones imputadas, que merecieron una sanción a BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

1.1. PRIMERA INFRACCIÓN.- El cargo imputado corresponde a que BDP S.A. (ex NAFIBO ST), no habría cumplido con la obligación de administrar las 74 letras de cambio que conforman el patrimonio autónomo CONCORDIA –NAFIBO 004, en los términos y condiciones previstos en el punto 7.3 de la Cláusula Séptima del Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración suscrito con Concordia S.A Empresa Constructora.

La infracción se habría materializado, al haberse transferido las letras de cambio al patrimonio autónomo mediante endoso en blanco, cuando el contrato determinaba que la transferencia correspondía a un endoso "sin responsabilidad" por parte de la citada empresa.

Al proceder de esta manera habría incumplido los artículos 25 y 26 inciso c) del Reglamento de las Normas Prudenciales de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV- Nº 052 de 14 de febrero de 2000, que a la letra determina:

> "***ARTICULO 25.- Responsabilidad.*** *La Sociedad de Titularización propenderá por el manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde o procedentes de flujos generados por los activos,* ***en los términos y condiciones previstos en el Contrato*** *o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos. En concordancia con lo anterior, la Sociedad de titularización no será responsable por el éxito financiero de los procesos de titularización, pero responderá civilmente hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Esto significa que la responsabilidad de la Sociedad de Titularización ante los procesos de titularización administrados por ella, es de medio y no de resultado…"* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> ***"ARTÍCULO 26.- Obligaciones.*** *Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, las Sociedades de Titularización tendrán en especial las siguientes:*
>
> ***…c)*** *Administrar los bienes provenientes de la titularización* ***en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato*** *o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos…"* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Compulsado el expediente, tenemos que mediante Contrato de Cesión Irrevocable de Cartera para fines de Titularización y de Administración, que suscribieron NAFIBO Sociedad de Titularización S.A. y Concordia S.A. Empresa Constructora, el Patrimonio Autónomo está constituido por setenta y cuatro (74) letras de cambio, donde la cesión definitiva de las Letras de Cambio que constituyen la cartera, (conforme prevé el punto 7.3 de la cláusula séptima de dicho contrato) debió haber sido efectuada **mediante endoso sin responsabilidad.**

Siendo un hecho fáctico e indiscutible, que la cesión definitiva, debió efectuarse conforme lo previsto en el Contrato de Cesión, se evidencia que las setenta y cuatro (74) Letras de Cambio, fueron cedidas **mediante endoso en blanco**, situación que conforme la previsión normativa dada por el Artículo 526 del Código de Comercio, el endosante y originador (Concordia S.A. Empresa Constructora), contrae la obligación autónoma de pagar, en su caso, el importe del título frente a todos los tenedores posteriores, por lo tanto transmite el derecho de propiedad del título y lo garantiza. Es decir el endosante asume la responsabilidad por incumplimiento del principal obligado.

Consecuentemente, el hecho de haber recibido el patrimonio autónomo sin el endoso correspondiente que determine "sin responsabilidad", como lo establecía el contrato y permitido su cesión al patrimonio autónomo, evidencia que dicha conducta se adecúa al tipo imputado, es decir a los artículos 25 y 26 inciso c) del Reglamento de las Normas

Prudenciales de Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa 052/2000 de 14 de febrero de 2000.

Ahora bien, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** a lo largo del proceso administrativo sancionatorio y en especial en su memorial de Recurso Jerárquico, reconoce que la transferencia de dichos títulos emergentes del Contrato de Cesión, fueron realizados "con responsabilidad" y "garantía" por parte de Concordia S.A. en su calidad de endosante y originador, es decir acepta el incumplimiento al señalado Contrato de Cesión irrevocable.

Sin embargo, BDP S.A. (ex NAFIBO ST), pese al reconocimiento expreso e innegable de la cesión realizada sin considerar las cláusulas del contrato, (que son de cumplimiento obligatorio), pretende liberar su responsabilidad bajo el argumento de que hubiere realizado una manejo o administración correcta, aseverando que a lo largo de seis años no existió ningún tipo de observaciones, objeciones, o reclamos de los inversionistas, ni del originador, ni de la Ex SPVS, olvidando la Sociedad Titularizadora, que el proceso sancionatorio versa sobre el incumplimiento del contrato que taxativamente determinaba la forma de endoso y que dicha estipulación ha sido incumplida, cual fue reconocida por la propia Sociedad Titularizadora BDP S.A., por lo que, mal podría considerar esta instancia jerárquica, argumentos distintos a la imputación del cargo que se le practicó.

Sin embargo, y fundamentalmente, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** impugna la aplicación de la sanción que le ha impuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en sujeción al artículo 20 inciso b) de la multa de primer rango numeral 7 del Decreto Supremo No. 26156, argumento que será analizado en el numeral 3 del presente Considerando.

1.2 SEGUNDA INFRACCIÓN.- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sanciona a BDP Sociedad de Titularización S.A. ex NAFIBO ST, por permitir que 36 letras de cambio no cobradas, que fueron cedidas al patrimonio autónomo con responsabilidad, pierda dichos efectos y características después de cinco años, al consentir que CONCORDIA S.A., en octubre de 2009 añada en el endoso de las letras la frase "sin responsabilidad", sin considerar que la cesión al patrimonio autónomo es irrevocable, es decir que no puede ser modificado o dejado sin efecto y que cualquier decisión al respecto debió ser consultada y aprobada previamente por la Asamblea de Tenedores de Valores, omitiendo consagrar su actividad de administración exclusivamente a favor de los intereses de los tenedores de valores.

Que, al proceder de esta manera habría incumplido el artículo 15 del Decreto Supremo N° 25514 de 17 de septiembre de 1999, el artículo 26 inciso a) y 30 inciso a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado a través de Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 052, artículos 14 y 15 numeral 6) del Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización.

Para una correcta valoración, se transcribe la normativa imputada:

- **Decreto Supremo Nº 25514 de 17 de septiembre de 1999**

Artículo 15. Irrevocabilidad.- La cesión *de bienes o activos sujeta a la condición de emisión y colocación de valores de titularización* ***es irrevocable****, siendo nula cualquier cláusula del contrato de cesión o de la declaración unilateral de cesión que reserve esta facultad en favor del cedente de los bienes o activos para la constitución del patrimonio autónomo para titularización.*

Únicamente cuando no se cumpla la condición de emisión de valores de titularización, los bienes o activos serán restituidos al cedente, en los términos previstos en el correspondiente instrumento."

(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización**

"ARTICULO 26.- Obligaciones. *Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, la Sociedades de Titularización tendrán en especial las siguientes:*

a) *Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la titularización y consagrar su actividad de administración exclusivamente a favor de los intereses de los tenedores de los valores emitidos por los patrimonios autónomos administrados por la Sociedad de Titularización..."*

"ARTÍCULO 30.- Rendición de cuentas. *Con el propósito de mantener informados a los inversionistas y a los originadores, cuando corresponda, de la suerte de los respectivos procesos de titularización, así como del desarrollo de la gestión que está desempeñando, la Sociedad de Titularización debe rendir cuentas conforme con las siguientes instrucciones:*

a) *Concepto: Es deber indelegable de la Sociedad de Titularización rendir cuentas de su gestión a los inversionistas y a los originadores, cuando corresponda. Para tales efectos, la rendición de cuentas se entenderá como aquel informe detallado y pormenorizado de la gestión de los activos o bienes que conforman el patrimonio autónomo en un proceso de titularización, particularmente en aquello que tenga relevancia con la lado ejecutada."*

- **Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización**

"ARTICULO 14.- Asamblea de Tenedores de Valores. *En el contrato o en el* ***acto unilateral irrevocable*** *de cesión de bienes o activos para la Titularización, debe preverse la existencia de una asamblea de tenedores de valores. La asamblea de tenedores de valores es el máximo órgano de decisión del patrimonio autónomo, a*

través del cual los tenedores de los valores emitidos en procesos de titularización expresan su voluntad."

"ARTICULO 15.- Funciones. *Le compete a la asamblea de tenedores de valores las siguientes funciones:*

…Inc. 6). *Las demás previstas en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos para titularización..."*

Subsumiendo al caso de autos, tenemos que el Decreto Supremo Nº 25514 de 17 de septiembre de 1999, artículo 15 determina que la **cesión de bienes o activos** debe estar sujeta a la **condición de emisión** y **colocación de valores de titularización,** siendo **esta irrevocable**, por lo que la conducta de BDP Sociedad de Titularización S.A. se adecúa este tipo, debido a que la cesión las letras de cambio fue efectuada con endoso en blanco (en contradicción a lo previsto en el contrato de cesión que establecía que el endoso deberá ser sin responsabilidad), es decir, el endoso fue defectuoso por omisión, sin embargo la cesión fue efectuada de dicha manera, por lo tanto la misma debe estar sujeta a la **condición de emisión, situación que no puede ser modificada unilateralmente** por el BDP S.A. (ex NAFIBO ST), más allá de la existencia del error, debido fundamentalmente a la condición irrevocable que contempla dicha cesión.

Que, el hecho de que el recurrente haga referencia a que existirían dos momentos uno que fue la cesión irrevocable de cartera para titularización, misma que fue realizada mediante el contrato de cesión irrevocable de cartera para titularización y de administración y que no hubiera sido modificado y el segundo acto correspondería a la entrega material de la cartera cedida, consistente en 74 letras de cambio y que ésta segunda, no tendría nada que ver con la cesión, no cuenta con el respaldo legal requerido, ya que específicamente la norma señala que la **cesión de bienes o activos** debe estar sujeta a la **condición de emisión** y **colocación de valores de titularización,** y esta se materializa con la entrega de las 34 Letras de Cambio.

Con relación al artículo 26 inc. a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, se tiene que es obligación de las Sociedades de Titularización, realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la titularización y consagrar su actividad de administración exclusivamente a favor de los intereses de los tenedores de los valores emitidos por los patrimonios autónomos administrados por la Sociedad de Titularización. En el presente caso se puede evidenciar que el recurrente no ha actuado diligentemente, toda vez que luego de cuatro años, recién se percató que el endoso de las letras de cambio no se encontraba acorde con las determinaciones del contrato.

En cuanto a los artículos 14 y 15 del **Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización, no corresponde al tipo imputado,** los artículos referidos señalan que el contrato o el acto unilateral irrevocable de cesión de bienes activos para la titularización, debe preverse la **existencia de una asamblea de tenedores de valores,** efectivamente en el contrato se estipula la existencia de la Asamblea de Tenedores y el artículo 15 inc. 6 hace referencia a las funciones de la Asamblea de Tenedores, donde se

verifica que la Sociedad Titularizadora no es parte de la Asamblea de Tenedores, por lo tanto la infracción a este tipo carece de sustento legal.

La ASFI hace un incorrecto análisis en este punto y señala que el recurrente habría incurrido en infracción a estas normas debido a que este debió **informar y comunicar a los miembros de la Asamblea de Tenedores,** las condiciones reales de la cesión, es decir haberse entregado las 34 letras de cambio sin endoso, que a su vez esta **debió ser informada antes de añadir** al endoso de la frase "sin responsabilidad" a las Letras de Cambio.

Corresponde precisar que la sanción se restringe a la **obligación que tendría BDP Sociedad de Titularización de informar** a la Asamblea de Tenedores todo lo relacionado a su gestión, conducta que a su vez, ya fue sancionada por la imputación tercera que determinaba el incumplimiento al artículo 26 inc. g) y 30 inc. a).

Dicho esto tenemos que no corresponde sancionar a BDP Sociedad de Titularización S.A. debido a que su conducta no se adecua a este tipo y el mismo hecho ya habría sido sujeto de sanción.

1.3. TERCERA INFRACCIÓN.- La infracción se refiere que BDP Sociedad de titularización S.A., no habría cumplido con su deber de informar oportunamente a los inversionistas, sobre las condiciones en que efectivamente fueron cedidas las 74 Letras de Cambio, así como sobre la gestión de las mismas en el patrimonio, al haber asumido la empresa constructora la obligación autónoma de garantizarlas y pagar, frente a todos los tenedores posteriores a él, abriéndose la posibilidad de que se le inicie acciones directas y en retorno en caso de que sean impagadas.

Dicha conducta habría incumplido lo dispuesto en el artículo 26 inc. g) y 30 inc. a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, que a la letra determina:

> "***Artículo 26.- Obligaciones.*** *Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, las Sociedades de Titularización tendrán en especial las siguientes:*
>
> ***…g)*** *Rendir cuentas de su gestión a los inversionistas y al originador, cuando, cuando corresponda, conforme a lo previsto por este Reglamento"*
>
> ***Artículo 30.- Rendición de cuentas.*** *Con el propósito de mantener informados a los inversionistas y a los originadores, cuando corresponda, de la suerte de los respectivos procesos de titularización, así como del desarrollo de la gestión que está desempeñando, la Sociedad de Titularización debe rendir cuentas conforme con las siguientes instrucciones:*
>
> ***Inc. a) Concepto:*** *Es deber indelegable de la Sociedad de Titularización rendir cuentas de su gestión a los inversionistas y a los originadores, cuando corresponda. Para tales efectos, la rendición de cuentas se entenderá como aquel informe detallado y pormenorizado de la gestión de los activos o bienes que conforman el*

patrimonio autónomo en un proceso de titularización, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada."

Las normas anteriormente transcritas, nos remiten a la **obligación y el deber** que tienen las Sociedades de Titularización de informar de la gestión de activos y bienes que conforman el Patrimonio Autónomo, especialmente de la labor ejecutada. El hecho de que el recurrente no cumplió con su obligación y deber de comunicar la omisión de la frase sin responsabilidad de las 74 Letras de Cambio, durante más de 5 años, ha dado lugar a que su conducta se adecue a estos tipos, no siendo válido y eximente de responsabilidad el hecho de que el recurrente arguya de que no pudo dar aviso debido a que estos mismos no conocían de esta omisión, que sólo denota la irresponsable e ineficiente gestión realizada por BDP Sociedad de Titularización en el caso en análisis.

En cuanto a que estos, una vez percatados de su error hubieran dado aviso tanto al representante común de los tenedores de valores, así como a la ASFI se tiene que este hecho no los exime de responsabilidad, ya que tanto el aviso a la ASFI como a la asamblea de tenedores fue posterior a la subsanación del error sin conocimiento de la Asamblea de Tenedores, lo que ha hecho que su conducta se adecue al tipo imputado.

Sin embargo en este punto hay que hacer énfasis a que si bien existe un cumplimiento al artículo 26 inc. g) y artículo 30, no así al inc. a) del precipitado artículo ya que este solo da un concepto de lo que se debe entender por el artículo 30 no siendo este inc. a) una norma categórica de cumplimiento por la cual se pueda sancionar.

2.- DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, MOTIVACIÓN, SEGURIDAD JURÍDICA Y DEBIDO PROCESO.-

BDP Sociedad de Titularización S.A. argumenta que la ASFI no ha dado cumplimiento al principio de congruencia, en cuanto a la tipificación y sanción a lo largo del proceso administrativo, por lo que corresponde la compulsa respectiva.

Es así que se revisará el principio de congruencia, para luego analizar la motivación, seguridad jurídica y el debido proceso, conforme se procede a continuación:

2.1. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.-

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

> "… ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición,* ***debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final***". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

"…La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, ***la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión****.* ***La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa****".* (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, el Profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la circunstanciada motivación de la sentencia, donde se expresa y justifica los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha.

Por lo que, la motivación expresada por la administración, en sujeción al principio de congruencia, debe estar íntimamente ligada a la decisión adoptada.

2.2. MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La motivación de los actos según señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, es:

"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el un punto de vista a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se fundamenta "

Por su parte la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 28/2006 de 26 de mayo expresó que:

"La motivación, a su vez, adquiere mayor relevancia en el ámbito sancionatorio por cuanto las razones que inducen a la Administración Pública a emitir un acto administrativo por medio del cual se sanciona a una persona natural o jurídica debe encontrarse bajo los lineamientos de un nexo de casualidad, por medio del cual toda conducta que a criterio del regulador origine una infracción debe estar claramente identificada , es decir se debe buscar efectivizar la conjunción de los hechos acontecidos y la normativa presuntamente vulnerada, no bastando para ello

efectuar meras referencias normativas sin identificar en qué medida que tipo de conducta contravino que norma jurídica.

Entonces, las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan deben aplicarse en su plenitud"

2.3. SEGURIDAD JURÍDICA.-

Conforme se tiene del precedente administrativo anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, referente a la Seguridad Jurídica tenemos que:

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

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

Por lo tanto, la seguridad jurídica en todo proceso administrativo, es la garantía que cuenta el administrado de que se siga un proceso justo y conforme a la normativa.

2.4. DEBIDO PROCESO.-

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

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

3.- DE LA VERIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS APLICABLES.-

3.1. DE LA TIPIFICACIÓN.-

3.1.1. EN CUANTO A LA PRIMERA INFRACCIÓN.-

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

3.1.2. EN CUANTO A LA SEGUNDA INFRACCIÓN.-

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

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

Sin embargo de la revisión de la Resolución Administrativa 749/2010 de 25 de agosto de 2010 a Fs. 591, en el considerando se establece que: "*(...)* ***correspondía aplicar la sanción a una infracción especifica sancionable con multa de Primer Rango,*** *en el artículo 20, inc. b) Primer Rango numeral 7 del Reglamento de aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores con sanción de multa, calculada en bolivianos equivalente a $us 2000.- (Dos mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)* ***por incumplimiento*** *al artículo 26 incisos a)* ***y 30 a) del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización*** *aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/Nº 052 de 14 de febrero de 2000, artículos 14, 15 numeral 6) de Reglamento de Disposiciones Complementarias Específicas sobre Titularización aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IV/Nº 052 de 14 de febrero de 2000.*" (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

3.2.- DE LA APLICACIÓN DE SANCIONES.-

Corresponde verificar si la aplicación de sanciones es correcta, por lo que se realizará una revisión de la fundamentación y aplicación de la sanción:

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

En cuanto a la sanción impuesta para la primera y segunda infracción, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, habría aplicado lo dispuesto en el artículo 20, inc. b, Multa de Primer Rango, numeral 7, del Reglamento de Sanciones de la Ley del Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo Nº 26156 de fecha 30 de abril de 2001, que determina:

> ***"Artículo 20.-*** *Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior y en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12º del presente Decreto Supremo, y en el marco de lo dispuesto por los artículos 3º y 11º de este mismo Decreto Supremo, la Superintendencia podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes(..)*
>
> ***inc. b)*** *Multas por las siguientes, causales conforme a los rangos de multa correspondientes*
>
> ***(...).7. <u>No cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas</u>*** *por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas."* (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

i. La existencia de incumplimiento en la forma y plazos.

ii. Esta forma y plazos debió estar establecida con anterioridad por la Autoridad de Supervisión.

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

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

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

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

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

> "… *la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.*
>
> *En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera* ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase.*" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

> "*El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de* ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de***

las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas (*...)"*
No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa (...)" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

> *" … la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *" nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.*

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

3.2.2. EN CUANTO A LA SANCIÓN IMPUESTA PARA LA TERCERA INFRACCIÓN.-

Ahora ya en cuanto a la sanción por este cargo, la Resolución ASFI/N° 531/2010 de 28 de junio de 2010 a Fs. 237 señala:

> *"(…) que a los fines de modular la sanción aplicable a esta conducta, se debe considerar los artículos 3 y 11 del Decreto Supremo N° 26156 ya que NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), estando determinada como infracción específica sancionable con una multa de primer Rango, en el artículo 20 inc. b) Primer rango numeral 7 del reglamento de aplicación de sanciones correspondiendo aplicar la sanción de multa, calculada en bolivianos equivalente a $us 2000 (Dólares de los Estados Unidos de América)"*

Por lo que corresponde, la transcripción de la norma citada:

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

b) *Multas por las siguientes, causales conforme a los rangos de multa correspondientes: Segundo rango*

(...)Inc. 8. Llevar por parte de las entidades fiscalizadas por la Superintendencia, controles internos deficientes **(el subrayado y las negrillas son nuestras)**

Que la sanción de **BDP Sociedad de Titularización S.A.,** fue justamente dada por haberse verificado que la administración de recursos de terceros fue administrada sin la correcta aplicación de sus los controles internos por lo que la sanción corresponde al tipo sancionado.

3.3.- EL CONCURSO DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS.-

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

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

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

b) *Cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, se deberá aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave. Si ésta fuere sancionada con multa, se incrementará hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción."*

Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó en su Resolución Administrativa ASFI/N° 749/2010 de 25 de agosto de 2010 a fs. 587 que:

" (...) b) los hechos imputados se encuentran plenamente probados y calificados como infracciones relacionadas, entre sí por lo que, en cumplimiento del artículo 7 inciso b) del Decreto Supremo N° 26156 (concurso de infracciones) corresponde aplicar la sanción que corresponda a la sanción más grave, detectada en esta Resolución en el primer cargo hasta el veinticinco por ciento (25%) a las infracciones imputadas y analizadas en el texto de la presente Resolución; c) a las infracciones o contravenciones se aplican las disposiciones legales de cada sector, es decir, que para el caso en particular deberá aplicarse el Decreto Supremo N° 26156 que

aprueba Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley de Mercado de Valores"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b****) naturaleza de los perjuicios causados* ***c)*** *la reincidencia en la comisión."*

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha llevado el presente caso afectando el debido proceso dando lugar a la indefensión del recurrente, como se ha podido observar y verificar en los argumentos expuestos en el Considerando anterior, evidenciándose que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha sometido su actuar a lo establecido por norma, imponiendo sanciones sin que las mismas se adecuen a las conductas imputadas, vulnerando así los principios de congruencia de legalidad, tipicidad , principios de sometimiento pleno a la ley, etc.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, La doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto siendo sus causales las establecidas por ley.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fino **de lugar a la indefensión de los interesados.**

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con los Artículos 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 749/2010 de 25 de agosto de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de resolver los Recursos si estos se presentaren, considerar los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
AP/DJ/DPC/Nº 244-2010 DE 13 DE OCTUBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 004/2011 DE 24 DE ENERO DE 2011

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2011

La Paz, 24 de enero de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA,** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 244-2010 de 13 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2010 de 31 de diciembre de 2010, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el art. 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del art. 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores y seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicable.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 29 de octubre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA,** representada legalmente por René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como acredita el Testimonio Poder N° 627/2008 de 24 de noviembre de 2008, otorgado por ante Notaría de Fe Pública N° 97, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 244-2010 de 13 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución

Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/3215/2010, con fecha de recepción el 04 de noviembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Viceministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N^{0} 244-2010 de 13 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010; recurso que fue observado mediante providencia de fecha ocho de octubre de 2010 y fue subsanado mediante memorial presentado en fecha 12 de noviembre de 2010, en virtud del cual fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 16 de noviembre de 2010, notificado el 18 de noviembre de 2010.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 170-2010 DE 03 DE AGOSTO DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resuelve lo siguiente:

> "...***PRIMERO.***- *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el* ***Cargo N° 1,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 6 del Decreto Supremo N° 25293 de 30 de enero de 1999 y artículo 13 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474 de 25 de junio de 2007.*
>
> ***(...) TERCERO***.- *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el* Cargo N° 3, *con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 inciso s) de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, al evidenciar la presentación incompleta y con demora a las solicitudes efectuadas por esta Autoridad mediante notas AP/DPC/821/2009 de 11 de septiembre de 2009, AP/DPC/1639/2009 de 02 de diciembre de 2009, AP/DPC/1789/2009 de 17 de diciembre de 2009 y AP/DPC/154/2010 de 19 de enero de 2010...*"

2.- RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 15 de septiembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010, presentando la siguiente argumentación:

> "...***II.- OPORTUNIDAD PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA.***
>
> *Con la facultad conferida por el artículo 36 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 48 y con sujeción a las demás*

normas legales que rigen la materia, interpone RECURSO DE REVOCATORIA contra la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010, por la que dispone:

> ***"PRIMERO** - Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el Cargo N° 1, con una multa en Bolivianos equivalentes a $us 5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el art. 8 del Decreto Supremo N° 25299 de 30 de enero de 1999 y el artículo 13 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474 de 25 de junio de 2007.*
>
> ***TERCERO**.- Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el Cargo N° 3, con una multa en Bolivianos equivalentes a $us 4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, al evidenciar la presentación incompleta y con demora a las solicitudes efectuadas por esta Autoridad mediante notas AP/DPC/821/2009 de 11 de septiembre de 2009, AP/DPC/1639/2009 de 02 de diciembre de 2009, AP/DPC/1789/2009 de 17 de diciembre de 2009 y AP/DPC/154/2010 de 19 de enero de 2010".*

En mérito a los fundamentos de derecho que expone a continuación, solicita a su autoridad se sirva admitir el Recurso de Revocatoria presentado y emitir Resolución revocando totalmente la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 170/2010 de 03 de agosto de 2010 por afectar a los derechos subjetivos en intereses legítimos de BBVA Previsión AFP S.A.

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones tiene la obligación legal de actuar bajo los principios descritos en la Ley a fin de ejecutar su potestad imperativa o de mandato establecida en la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, que consiste en impartir órdenes y hacerlas cumplir y en aplicar sanciones a sus regulados, debe ante todo integrar sus actuaciones al ordenamiento jurídico establecido dando en consecuencia, estricto cumplimiento a los Principios Generales de la Actividad Administrativa que, reiteramos, se encuentran consagrados en el Artículo 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.

Dichos Principios Generales de la Actividad Administrativa sirven de criterios rectores en la aplicación de las diferentes etapas del procedimiento administrativo sancionador del Sistema de Regulación Financiera ("SIREFI"), tal como lo prescribe el Artículo 5 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI.

En este sentido, el Artículo 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341, dispone que la actividad administrativa se regirá, entre otros, por los siguientes principios:

1) *Principio de Sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.*
2) *Principio de Jerarquía Normativa: La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por la Ley N° 2341, observarán la jerarquía normativa establecida en la Constitución Política del Estado y las leyes.*

3) *Principio de Eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas.*

4) *Principio de Impulso de Oficio: La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público.*

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP para el cumplimiento de sus fines, debe toma (sic) decisiones y ejecutarlas en el marco de la Ley. Al decidir generalmente crea situaciones jurídicas que dan origen a los actos administrativos. El Artículo 27 de la Ley N° 2341 considera acto administrativo: "Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo". (El subrayado es nuestro)

La Resolución Sancionatoria impugnada, al tipificar la omisión de transferencia de la CCG y la demora en las respuesta (sic) a sus requerimientos como de "Gravedad leve", actúa sin correspondencia con los principios de: sometimiento pleno a la ley, a la verdad material y al de buena fe, todos ellos establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La omisión de la transferencia de la CCG a la Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable, del Afiliado Jorge Jesús Estívarez (sic) Birbuet y las respuestas con alguna demora a los requerimientos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensión (sic) A.P., no puede ser tipificada como de "Gravedad Leve", porque ninguna de ellas fue ocasionada de manera preterintencional y como resultado se hubiese obtenido beneficio a favor de la AFP, conforme prevé el Artículo 286 del Decreto Supremo 24469 en su inciso c).

Los cargos por los cuales se nos sanciona, tampoco ocasionaron daño al Fondo, no causó daño a los mercados en el que actúan las entidades operativas del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, ni perjudicó en el pago de las prestaciones a favor del afiliado ni de ningún otro conforme prevé el Artículo 286 del Decreto Supremo 24469 en su inciso d).

La sanción económica de ocho mil 00/100 Dólares Americanos (Sus. 8.000) (sic) por omisiones que no ocasionan daño a ninguno de los fondos, a ningún afiliado o beneficiario, a ninguno de las entidades operativas, la consideramos como por demás excesiva y lo que es peor, quebranta los principios legales establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DPC/N° 170/2010 de 03 de Agosto de 2010,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A..."*

3. - RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 244-2010 DE 13 DE OCTUBRE DE 2010. -

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 244-2010 de 13 de octubre de 2010, resuelve confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010, en todos sus términos, con los siguientes fundamentos:

"... CONSIDERANDO:

Que el Recurso de Revocatoria presentado por la AFP con relación a los cargos sancionados señala que, las omisiones en ambos casos no pueden ser tipificadas como Gravedad Leve, porque ninguna de ellas fue ocasionada de manera ***preterintencional*** *ni habría* ***existido beneficio*** *a favor de la AFP, conforme prevé el inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997. Asimismo señala que no se ha causado daño al Fondo, a los mercados ni se ha perjudicado el pago de las prestaciones a favor del Afiliado ni de ningún otro conforme prevé el inciso d) del artículo 286 del citado Decreto Supremo, por lo que considera excesiva la sanción económica determinada por esta Autoridad, la cual además, indica que debería estar enmarcada dentro de los* ***principios*** *administrativos establecidos en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo.*

Que en el Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S. A. no emite argumentos que justifiquen la omisión en la transferencia del Capital Acumulado en Cuenta Individual del Afiliado Jorge Jesús Estívariz Birbuet a la Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable ***(MVV),*** *ni la demora en la atención a las solicitudes efectuadas por esta Autoridad, limitándose a señalar únicamente argumentos legales respecto a la calificación de la gravedad de las sanciones; los cuales son objeto de análisis en adelante.*

Que es necesario dejar en claro que esta Autoridad al calificar la Infracción con gravedad leve, lo hizo dentro de los criterios legales previstos en el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el cual señala lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 286. (CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD).*** *Las sanciones se calificaran por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:...*
>
> *c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.... "*

Que de la transcripción del texto y en lo referente al presente caso de autos, se concluye que hubo preterintencionalidad en la conducta de la AFP; dado que se ha constatado que el regulado conociendo la obligación expresada en la imputación de cargos, no realizó la transferencia de 54, 4714 cuotas correspondientes al desembolso del Certificado de CC Global, a la Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable; las cuales fueron consideradas en el cálculo de la pensión de jubilación del Afiliado.

Con relación a que no habría causado daño a la Cuenta de MVV, es importante señalar que el Saldo Acumulado en Cuenta Individual de los Afiliados que acceden a la pensión de jubilación debe ser transferido a la cuenta MVV porque por una parte, con estos recursos se financian las

pensiones de jubilación y por otra parte, el valor de la Unidad Vitalicia de la Cuenta de MVV de cada Administradora de Fondos de Pensiones considera para su cálculo anual, las Cuotas transferidas y el valor de las mismas.

Que en lo referente a la calificación de la sanción impuesta por esta Autoridad con gravedad leve, la misma se adecúa a la norma sancionatoria vigente, toda vez que se ha comprobado la infracción incurrida por el regulado y las consecuencias generadas en la otorgación de la prestación de Jubilación correspondiente al trámite del Afiliado Jorge Jesús Estívariz Birbuet con NUA 7456554, expuestas en el párrafo anterior.

Que la AFP considera ***excesiva*** *la sanción económica impuesta mediante R.A.170-2010, sin embargo no toma en cuenta el incumplimiento de la obligación que tenía; ya que una vez firmado el Contrato de Jubilación el día viernes 15 de septiembre de 2006, la AFP debía realizar la transferencia el día lunes 18 de septiembre de 2006, sin embargo realizó dicha transferencia recién el 20 de julio de 2010, corroborando su falta de diligencia.*

Que con relación a la remisión de información de forma incompleta y con considerable demora por la AFP, a las solicitudes efectuadas por esta Autoridad, sancionada en el Cargo N° 3, es necesario recordar al regulado que por norma, tiene la obligación de entregar la información que requiere esta Autoridad por tratarse de interés público y orden administrativo, en los plazos otorgados en la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, con la posibilidad de solicitar ampliaciones justificadas técnicamente en su caso, pero de ninguna manera omitir la respuesta de forma pura y simple, siendo tal actitud negativa, sujeta a sanción prevista por leyes y reglamentos, por lo que el recurrente no aporta mayores elementos de convicción para revocarla R. A. 170-2010.

Que asimismo, es necesario dejar en claro que la sanción pecuniaria impuesta, corresponde a dos cargos; el Cargo N° 1, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5. 000,00 (CINCO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) y el Cargo N° 3, con una multa en Bolivianos equivalente a $us4. 000,00 (CUATRO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) y no como señala el regulado ($us8. 000, 00 OCHO MIL 00/100 DOLARES AMERICANOS).

Que asimismo, si hubiese existido **daño** *provocado como consecuencia de las infracciones, habría dado lugar a que esta Autoridad, adopte un análisis distinto al realizado y un calificación diferente a la impuesta, elevando el monto de la sanción al regulado y en caso de corresponder, la reposición del daño ocasionado.*

Que por tanto, la sanción económica impuesta en la R. A. 170-2010, correspondiente a los cargos, en los cuales no se advierte daño o perjuicio a los fondos o al Afiliado, no impide a esta Autoridad considerar los otros elementos jurídicos que hacen al tipo penal administrativo, los cuales luego de ser comprobados, merecieron la calificación con gravedad leve, decisión que fue plasmada en la citada Resolución Administrativa como acto administrativo, emitido dentro del procedimiento y plazos establecidos en normativa vigente.

Que BBVA Previsión AFP S. A. también expresa como fundamento de derecho, que esta Autoridad no habría regido su actividad administrativa en el proceso administrativo

*sancionador, en base a los **principios** que el regulado señala, contenidos en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, concordante con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

Que con el objeto de motivar el presente acto administrativo respecto al argumento del regulado, corresponde señalar lo siguiente:

a) Con relación al Principio de Sometimiento pleno a la Ley, esta Autoridad ha regido sus actos dentro del marco legal vigente, para lo cual, en el ahora proceso administrativo sancionatorio, se ha desenvuelto conforme al debido proceso emitiendo las citaciones con cargos, su notificación, la apertura del periodo de descargos, entre otros, hasta la emisión de la R. A. 170-2010 con su correspondiente notificación, por lo tanto no se advierte vulneración alguna al principio señalado.

b) Con respecto al Principio de jerarquía normativa, la R. A. 170-2010 y los actos emitidos por esta Autoridad en el presente proceso administrativo, son resultado de la aplicación normativa de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2001 (sic) de Procedimiento Administrativo, la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y demás normativa reglamentaria vigente.

c) En lo que concierne al Principio de eficacia, esta Autoridad viene imprimiendo en cada actuación procedimental la debida diligencia, dentro de los procedimientos y plazos legales, evitando dilaciones que impliquen un proceso indebido.

d) Con referencia al Principio de impulso de oficio, al considerarse el presente proceso administrativo que tiene como participe al Estado, se advierte más de un interés (Estado, Afiliado, AFP, etc.) entre ellos el público, por lo que esta Autoridad ha desarrollado los actos evitando dilaciones y actos innecesarios, promoviendo en el presente, una actividad procesal eficiente y eficaz.

e) En relación al Principio de la Verdad Material, se constituye en uno de los principales principios aplicados por esta Autoridad, toda vez que se ha tomado en cuenta la documentación existente al momento del inicio del presente proceso y la aportada por el regulado para formar convicción a momento de resolver el presente caso.

f) En cuanto al Principio de buena fe, se concluye que el procedimiento administrativo se basa en la aplicación de la confianza y lealtad de los intervinientes en el presente proceso sancionatorio, situación demostrada con la emisión de cada acto conforme a normativa, y en respeto a los términos y plazos establecidos.

Que en suma, los principios señalados por el regulado de forma enunciativa y sin mayor fundamento, no han sido vulnerados en absoluto por esta Autoridad, por lo que son insuficientes los argumentos expuestos a tiempo de solicitar la revocatoria de la R. A. 170-2010.

Que a mayor fundamento, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 33/2007 de 02 de abril de 2007, establece los criterios y razonamientos aplicables en sanciones respecto al Principio de Proporcionalidad, los cuales fueron adoptados a cabalidad por esta Autoridad, junto a los demás principios a los que hace referencia el regulado, previstos por el procedimiento sancionador.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S. A., esta Autoridad concluye que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que posibiliten cambiar la "ratio legis" de la R. A. 170-2010 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, en consecuencia, se confirma el referido acto administrativo, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida..."

4. - RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 29 de octubre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 244-2010 de 13 de octubre de 2010, expresando lo siguiente:

"...I.- I.- OPORTUNIDAD PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO JERÁRQUICO.-

*Con la facultad conferida por el artículo 36 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por los artículos 52 y 53 y con sujeción a las demás normas legales que rigen la materia, interpone **RECURSO JERÁRQUICO** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 244/2010 de 13 de octubre de 2010, notificada el 20 de octubre de 2010, por la que se dispone:*

***"ÚNICO.-** Confirmar totalmente la Resolución Administrtiva (sic) AP/DJ/DPC/N° 170/2010 de 03 de agosto de 2010 por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP".*

En mérito a los fundamentos de derecho que expone a continuación, solicita a su autoridad se sirva admitir el Recurso Jerárquico presentado y emitir Resolución revocando totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 244/2010 de 13 de octubre de 2010 que confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170/2010 de 03 de agosto de 2010, por afectar a los derechos subjetivos e intereses legítimos de BBVA Previsión AFP S.A.

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones tiene la obligación legal de actuar bajo los principios descritos en la Ley a fin de ejecutar su potestad imperativa o de mando establecida en la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, que consiste en impartir órdenes y hacerlas cumplir y en aplicar sanciones a sus regulados, debe ante todo integrar sus actuaciones al ordenamiento jurídico establecido dando en consecuencia, estricto cumplimiento a los Principios Generales de la Actividad Administrativa que, reiteramos, se encuentran consagrados en el Artículo 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.

Dichos Principios Generales de la Actividad Administrativa sirven de criterios rectores en la aplicación de las diferentes etapas del procedimiento administrativo sancionador del Sistema

de Regulación Financiera ("SIREFI"), tal como prescribe el Artículo 5 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI.

En este sentido, el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, dispone que la actividad administrativa se regirá, entre otros, por los siguientes principios:

1) *Principio de Sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.*
2) *Principio de Jerarquía Normativa: La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por la Ley N° 2341, observarán la jerarquía normativa establecida en la Constitución Política del Estado y las leyes.*
3) *Principio de Eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas.*
4) *Principio de Impulso de Oficio: La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público.*

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP para el cumplimiento de sus fines, debe toma (sic) decisiones y ejecutarlas en el marco de la Ley. Al decidir generalmente crea situaciones jurídicas que dan origen a los actos administrativos. El Artículo 27 de la Ley N° 2341 considera acto administrativo: "Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo". (El subrayado es nuestro)
La Resolución Sancionatoria confirmada, al tipificar la omisión de transferencia de la CCG y la demora en las respuesta (sic) a sus requerimientos como de "Gravedad leve", actúa sin correspondencia con los principios de: sometimiento pleno a la ley, a la verdad material y al de buena fe, todos ellos establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La omisión de la transferencia de la CCG a la Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable, del Afiliado Jorge Jesús Estívarez (sic) Birbuet y las respuestas con alguna demora a los requerimientos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensión (sic) A.P., no puede ser tipificada como de "Gravedad Leve", porque ninguna de ellas fue ocasionada de manera preterintencional y como resultado se hubiese obtenido beneficio a favor de la AFP, conforme prevé el Artículo 286 del Decreto Supremo 24469 en su inciso c).

Los cargos por los cuales se nos sancionó, tampoco ocasionaron daño al Fondo, no causo (sic) daño a los mercados en el que actúan las entidades operativas del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, ni perjudicó en el pago de las prestaciones a favor del afiliado ni de ningún otro conforme prevé el Artículo 286 del Decreto Supremo 24469 en su inciso d).

La sanción económica por omisiones que no ocasionan daño a ninguno de los fondos, a ningún afiliado o beneficiario, a ninguno (sic) de las entidades operativas, la consideramos como por demás excesiva y lo que es peor, quebranta los principios legales establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su

Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo *LA REVOCATORIA TOTAL DE AL RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/ N° 244/2010 de 13 octubre de 2010 que confirma la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 170/2010 de 03 de Agosto de 2010,* ***tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A..."***

CONSIDERANDO:

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

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

Que, dentro el presente contexto tenemos que el órgano de fiscalización impuso una sanción a BBVA Previsión AFP S. A., sobre la base de dos cargos imputados; el ***cargo N° 1,*** sobre la falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes en lo que respecta a la administración y otorgación debida de las prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, ya que AFP no efectuó la transferencia de 54,4714 cuotas correspondientes al desembolso del Certificado de CC Global, a la Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable (MVV), las cuales fueron consideradas en el cálculo de la pensión de jubilación del Afiliado; y el ***cargo N° 3***, sobre la presentación incompleta y con demora a las solicitudes efectuadas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social mediante notas.

En principio y de acuerdo a lo fundamentado por el recurrente; éste se ampara de manera categórica en que la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 244- 2010 de 13 de octubre de 2010, que confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010, afecta los derechos subjetivos e intereses legítimos de BBVA Previsión AFP S. A., sin embargo no señala específicamente qué derechos subjetivos e intereses legítimos habrían sido afectados, toda vez que es necesario citar los elementos de hecho y/o de derecho en los que se basa el recurso, debiendo fundamentar y señalar concretamente los agravios ocasionados, conforme lo establece el artículo 58 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 38 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aspecto que no se encuentra claro en la interposición del presente recurso.

Asimismo el recurrente en sus fundamentos de derecho refiere que la Autoridad de Pensiones en su Resolución Sancionatoria Impugnada, al tipificar como de "Gravedad leve" la omisión de transferencia de la CCG y la demora en las respuestas a sus requerimientos actúa sin correspondencia con los ***principios de: sometimiento pleno a la ley, a la verdad material y al de buena fe,*** todos ellos establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin embargo no expresa de qué manera tales principios han sido incumplidos o en qué medida no han sido aplicados en las diferentes etapas del procedimiento

administrativo, limitándose simplemente a enunciarlos.

Ahora bien, en consideración al derecho a la Acción Legitima del Administrado, realizaremos un análisis e interpretación de los principios referidos por el recurrente, tomando como base la jurisprudencia y doctrina administrativa, a objeto de valorar si hubo o no cumplimiento y aplicación de tales principios por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, durante el procedimiento administrativo y si al sancionar como de gravedad leve los dos cargos imputados, habría actuado sin correspondencia con los mismos.

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

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

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

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

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

Al respecto la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DJ/DPC/1568/2010 en fecha 06 de julio de 2010, ha notificado a BBVA Previsión AFP S.A., con la imputación de cargos, concediéndole el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, para que presente sus descargos, a lo que esta entidad mediante nota PREV PR 842/2010 en fecha 21 de julio de 2010 responde a los cargos, sin ofrecer respaldo alguno sobre los mismos y una vez cumplidos los actos y plazos administrativos preliminares se emite la respectiva Resolución Administrativa Sancionatoria AP/DJ/DPC/N^{0} 170-2010 de 03 de agosto de 2010, dentro del plazo establecido en el artículo 64 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Bajo estos parámetros, se evidencia que el presente ha sido tramitado por el ente fiscalizador de acuerdo al procedimiento administrativo establecido, cumpliendo con los

plazos administrativos en cada etapa, garantizando el debido proceso, conforme establecen los artículos 46 al 51 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

> *d)* ***Principio de Verdad Material:*** *La administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;*

El principio de verdad material indica que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

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

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

Ahora bien la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, con anterioridad a la iniciación del proceso administrativo, en fecha 01 de septiembre de 2009, por Intermedio del Afiliado Jorge Jesús Estívariz, toma conocimiento sobre las reiteradas notas de reclamo al Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR), recurriendo inclusive al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, donde le informaron que su solicitud de recálculo de su Certificado de Compensación de Cotizaciones (CC), ha precluído en todas sus instancias, que no amerita revisión y que el expediente debe ser remitido al archivo, bajo estas circunstancias el afiliado solicita a esta Autoridad, la revisión y recálculo de su Certificado de CC Global y que se le informe si éste fue incluido en su pensión de jubilación, considerando que debería recalcularse su pensión actual.

En respuesta a dicha solicitud y dando estricto cumplimiento al artículo 40 (Iniciación de Oficio) de la ley del Procedimiento Administrativo, la Autoridad fiscalizadora, mediante varias notas ha solicitado a BBVA Previsión AFP S. A. información y documentación sobre el caso en cuestión, otorgándole plazos administrativos legales, para la emisión y remisión de las mismas, sin embargo el regulado ha incumplido con los plazos y ha proporcionado información incompleta, conducta que más bien contraviene el presente principio analizado, toda vez que la documentación o información requerida, pueden llegar a constituir elementos de prueba que sirvan para el esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos.

> *e)* ***Principio de Buena Fe:*** *En la relación de los particulares con la Administración Pública se*

presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo;

La buena fe Implica la adopción de un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de las relaciones (diligencia in contraendo), así como en el desenvolvimiento de las mismas. A su vez se proyecta en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe. En consecuencia este principio se constituye en una guía del Intérprete en su labor doctrinal y jurisprudencial, y en una convicción razonablemente fundada de que con nuestra conducta no causamos daño a otro.

De la revisión del expediente, en ninguna fase del proceso administrativo se puede evidenciar que haya existido mala fe de parte de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, conforme la parte recurrente denuncia, sin embargo no aclara en qué momento se habría atentado contra este principio.

Durante la sustanciación del proceso sancionador, se puede advertir que la Autoridad, ha prestado la atención y colaboración debida, realizando la averiguación correspondiente a raíz de la denuncia y solicitud del afiliado, dentro de un marco de legalidad y lealtad en relación con el particular y el regulado, toda vez que ha solicitado la información y documentación pertinente en busca de la verdad de los hechos, y el regulado ha sido notificado con todos los actos administrativos adoptados por la Autoridad, estableciéndose que no se le ocultó nada, no se actuó a sus espaldas, ni se le negó ningún derecho, teniendo conocimiento y acceso en todo momento al proceso administrativo incoado en su contra.

Corresponde entonces realizar una compulsa adecuada sobre las Infracciones cometidas y la sanción impuesta por el ente fiscalizador.

1.- CARGO N° 1: SOBRE LA FALTA DE DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES EN LO QUE RESPECTA A LA ADMINISTRACIÓN Y OTORGACIÓN DEBIDA DE LAS PRESTACIONES DEL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO DE LARGO PLAZO.

Sobre el presente cargo en particular, el recurrente manifiesta que la omisión de la transferencia de la CCG a la Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable, del Afiliada, Jorge Jesús Estívariz Birbuet, no puede ser tipificada como de "Gravedad Leve", porque no fue ocasionada de manera preterintencional y como resultado se hubiese obtenido beneficio a favor de la AFP.

Conforme a lo establecido en la Ley N° 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996, la Compensación de Cotizaciones, se define como el reconocimiento que paga el Tesoro General de la Nación a los afiliados de las AFP que aportaron al Sistema de Reparto, Este reconocimiento es efectivo cuando la persona accede a la jubilación y se paga mensualmente o mediante un pago global, acreditándose a la cuenta individual, en función al cálculo establecido para el efecto, sin posibilidad de otro tipo de devolución.

Asimismo el artículo 63 de la Ley N° 1732 de Pensiones, en el que se incorpora el texto del artículo 27 de la Ley N° 2064 de Reactivación Económica de 03 de abril de 2000, prevé el

Procedimiento automático y manual para la compensación de cotizaciones.

El artículo 6 (DESTINO DEL CAPITAL ACUMULADO EN LA CUENTA INDIVIDUAL) del Decreto Supremo N° 25293 de 30 de enero de 1999, señala: *"Una vez convenido un contrato de MVV, el capital acumulado en la cuenta Individual del afiliado será transferido, por la AFP, directamente al patrimonio de la cuenta MVV en la AFP con la que el afiliado o sus derechohabientes hubieran firmado contrato. Si el afiliado o sus derechohabientes tuvieran derecho a la compensación de cotizaciones, este derecho deberá ser transferido a la AFP con la cual el afiliado o sus derechohabientes hubieran firmado contrato de MVV, para que esta última proceda a tramitar los desembolsos correspondientes, de conformidad con normativa vigente para compensación de cotizaciones... "*

La Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474 de 25 de junio de 2007, en su artículo 13, sobre la Transferencia de Fondos a la Aseguradora o Mensualidad Vitalicia Variable, dispone: *"Firmado el Contrato de Jubilación, la AFP procederá a efectuar la transferencia del Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado por concepto de aportes acreditados a la fecha de Solicitud de Jubilación. La transferencia deberá realizarse en la transferencia siguiente inmediata a la recepción por parte de la AFP, del contrato firmado por la entidad prestadora de servicios de jubilación. Las transferencias de Capital Acumulado a las entidades aseguradoras o Fondos de Mensualidad Vitalicia Variable se realizaran dos veces por semana, los días lunes y jueves de cada semana. La transferencia del Capital Acumulado deberá efectuarse en efectivo a valor de cuota vigente el día de firma de contrato, de acuerdo a especificaciones para cada caso, Mensualidad Vitalicia Variable o Seguro Vitalicio. "*

Bajo estos parámetros legales, se tiene que BBVA Previsión AFP S. A., no ha dado cumplimiento oportuno a las disposiciones legales administrativas que regulan la materia de Pensiones, específicamente a la Ley de Pensiones, su reglamento, Decretos Supremos y Resoluciones Administrativas, precedentemente señaladas, al no haber efectuado la transferencia de 54,4714 cuotas correspondientes al desembolso del Certificado de Compensación de Cotizaciones Global, a la Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable, las cuales si bien fueron consideradas en el cálculo de la pensión de jubilación del Afiliado, según informó la Autoridad, éstas no fueron transferidas una vez firmado el contrato de jubilación, conforme manda expresamente la norma, en consecuencia se establece que el recurrente, teniendo la obligación de conocer y aplicar correcta y oportunamente todas las normas referidas, ha obrado de manera contraria a las mismas, en lo que respecta al cumplimiento de sus deberes, referentes a la administración y otorgación debida de las prestaciones del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Por otro lado el recurrente, señala que: *"... la sanción económica por omisiones que no ocasionaron daño a ninguno de los fondos, a ningún afiliado o beneficiario, a ninguno de las entidades operativas, la consideramos por demás excesiva..."*, de lo que se deduce que el recurrente admite expresamente que ha cometido omisiones, las cuales de acuerdo al análisis legal realizado, infringen las disposiciones legales.

La omisión de transferencia de fondos a la MVV, también es corroborado en la respuesta a la notificación con los cargos imputados, de fecha 21 de julio de 2010, indicando: *"... el*

proceso de transferencia del capital de la cuenta individual a la Cuenta de Mensualidad Variable para los casos de los jubilados que tenían derecho a una Compensación de Cotizaciones Global, no se encontraba automatizado, motivo por el que no se transfirió, empero la citada transferencia se realizó en fecha 20 de julio de 2010. Asimismo informa que el valor de la pensión de jubilación es correcto, motivo por el que no se causó daño económico al afiliado..."

Consecuentemente se puede establecer que al existir omisión y demora en el cumplimiento de deberes, respecto a la administración y otorgación debida de las prestaciones del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, éstas se constituyen en infracciones y de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, se adecúan a las de gravedad leve.

El artículo 286, inciso c) del Decreto Supremo N° 24469, Reglamento a la Ley de Pensiones, señala que las sanciones se calificaran con gravedad leve cuando: *"la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor. "*

En el citado artículo, encontramos el término "preterintencional", al cual también hace referencia el recurrente, por lo que a efectos de tener una comprensión adecuada sobre los alcances de la sanción con gravedad leve, a las infracciones cometidas por la AFP, es necesario considerar la doctrina sobre el tema en particular.

La preterintención, se define como una acción que produce efectos de mayor gravedad que los que se pretendían causar. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente. La preterintención tiene lugar cuando la voluntad se ha dirigido a un determinado hecho pero se realiza uno más grave al previsto o deseado por el actor. En la acción preterintencional la intención del actuante es la de cometer un delito, es el resultado que espera (dolo), pero ese resultado en la realidad supera el esperado por el sujeto, va más allá de su intención ya que no previo todas las consecuencias de su acción u omisión (culpa).

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

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

Por lo anotado, se deduce que la omisión de la transferencia de las cuotas correspondientes al desembolso del Certificado de Compensación de Cotizaciones Global, del afiliado, Jorge Jesús Estívariz Birbuet, se constituye en un infracción provocada de manera preterintencional, esto quiere decir que, BBVA Previsión AFP S. A., ha actuado con negligencia en sus deberes, sobre los cuales tiene conocimiento, por lo que pudo o debió prever el resultado de su omisión, para evitar un proceso sancionatorio a futuro.

Asimismo el artículo 291. (Sanciones Pecuniarias) establece la aplicación de las multas por las infracciones cometidas a Ley de Pensiones y sus reglamentos por las AFP, según la calificación de la gravedad de la infracción, el inciso c) señala: *"Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses…",* y en aplicación a esta disposición se sancionó a la AFP, con la suma de Sus. 5.000.- sobre el presente cargo desarrollado, por lo que no puede ser considerada excesiva, al encontrarse dentro de los parámetros de la gravedad leve.

Al respecto si bien BBVA Previsión AFP S. A., en su condición de infractor, no ha obtenido beneficio propio ni las personas relacionadas con la entidad, no ha causado daño al afiliado, beneficiarios o entidades operativas, como menciona en su recurso, el hecho concreto es que ha Infringido normas que rigen sus deberes y obligaciones para el buen desempeño de sus funciones, las cuales son de orden público y de estricto cumplimiento.

La omisión de sus deberes ha producido en el afiliado una confusión, duda, desesperación y molestias al tener que pedir reiteradamente el recálculo de su pensión, al creer que las cuotas de compensación de cotización global no habrían sido incluidas en su pensión de jubilación, asimismo le hicieron creer que su solicitud de recálculo no ameritaba revisión por haber precluído, aspectos que si bien no le causaron daños concretos, le afectaron emocionalmente, le produjo pérdida de tiempo, sintiéndose perjudicado en sus intereses, conforme se puede deducir de sus reiteradas notas de reclamo, cuando podían atenderlo de manera diligente al primer reclamo efectuado, para evitarle todas las molestias referidas e incluso evitar el proceso sancionatorio.

Además es necesario que el recurrente tenga en cuenta que de evidenciarse la existencia de daño, correspondería la calificación de una infracción con mayor gravedad y por ende una sanción superior a la impuesta.

2.- CARGO N° 3: SOBRE LA PRESENTACIÓN INCOMPLETA Y CON DEMORA A LAS SOLICITUDES EFECTUADAS MEDIANTE NOTAS POR LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES.

Con relación a este Cargo, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, sanciona a BBVA Previsión AFP S. A., con la suma de $us. 4.000. - al evidenciar la presentación incompleta y con demora a las solicitudes efectuadas por esta Autoridad mediante notas AP/DPC/821/2009 de 11 de septiembre de 2009, AP/DPC/1639/2009 de 02 de diciembre de 2009, AP/DPC/1789/2009 de 17 de diciembre de 2009 y AP/DPC/154/2010 de 19 de enero de 2010.

Al respecto el recurrente al igual que en el anterior cargo hace alusión a que la demora en las respuestas a los requerimientos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no puede ser tipificada como de *"Gravedad Leve",* porque no fue ocasionada de manera preterintencional ni como resultado se obtuvo beneficio a favor de la AFP, ni causó ningún daño, sin embargo tampoco fundamenta estos extremos.

Asimismo, BBVA Previsión AFP S.A., en su respuesta a los cargos imputados, de fecha 21 de julio de 2010, señala que: "... *Los retrasos en las respuestas se deben a los análisis efectuados*

sobre el caso del señor Estivariz...", de ambos argumentos se puede evidenciar una aceptación expresa sobre el cargo Imputado, sin justificar legalmente la demora en las respuestas ni la presentación incompleta de la documentación requerida, toda vez que omite la diligencia con la que debe actuar ante los requerimientos de la Autoridad fiscalizadora.

La facultad de abrir un periodo de información previa con el fin de conocer y determinar las circunstancias del caso está autorizada por el artículo 40 (Iniciación de Oficio) parágrafo II de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala: "*... Antes de adoptar la decisión de iniciar el procedimiento, el órgano administrativo competente podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer y determinar las circunstancias del caso*". En virtud a esta disposición la parte recurrente, tenía la obligación de cumplir con todos los requerimientos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en los plazos administrativos otorgados, a objeto de establecer la verdad de los hechos.

El artículo 31 (Obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones) inciso s) de la Ley de Pensiones N° 1732, dispone: "*Cumplir con otras actividades y obligaciones establecidas por ley, reglamentos o contratos suscritos con la Superintendencia de Pensiones*".

Asimismo el artículo 19 (Otros Actos Administrativos) del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala: *"Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, ordenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o públicos*".

Bajo estos preceptos legales BBVA Previsión AFP S. A. estaba obligada a cumplir con los plazos administrativos, conforme lo señala el artículo 21 (Términos y Plazos) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo: *"Los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los* ***interesados...",*** concordante con el artículo 32 (Plazos) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, que señala: *"Los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para los Superintendentes del SIREFI, así como para los sujetos regulados y personas interesadas...",* sin embargo la parte recurrente ha hecho caso omiso de estas disposiciones legales administrativas, denotándose una conducta preterintenclonal, cuyos efectos pudieron preverse.

La gravedad leve como se indicó en el cargo N° 1, se la impone a las infracciones, actos u omisiones, que hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor, en presente cargo se puede establecer que al existir presentación incompleta de la documentación requerida por la Autoridad y demora en el cumplimiento de deberes, en forma reiterativa, éstas se constituyen en infracciones, conforme lo establece el Inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

CONSIDERANDO:

Consecuentemente lo aseverado por el recurrente en el presente recurso, con relación a que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, habría calificado los cargos

con Gravedad Leve, sin correspondencia con los principios generales de la actividad administrativa, porque ninguno fue ocasionado de manera preterintencional, no es congruente con la documentación cursante, ya que el recurrente en todos sus actos realizados en el procedimiento administrativo, admite que hubo omisión en sus deberes y demora en los requerimientos, conducta que no se ajusta al cuidado y diligencia exigible a un buen padre de familia, por el contrario tales argumentos contradictorios evidencian las infracciones cometidas por el administrado, que se adecúan a la calificación de una conducta preterintencional y está acorde con lo establecido en el inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469.

En este entendido, se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en su Resolución Sancionatoria, ha aplicado adecuadamente las normas infringidas en el Cargo N° 1, como el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25299 de 30 de enero de 1999 y el artículo 13 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474 de 25 de junio de 2007, las cuales evidentemente han sido incumplidas por BBVA Previsión AFP S. A.

Asimismo por los extremos indicados en el Cargo N° 3, se deduce que si bien no hubo beneficio de la AFP, ni daño a los intereses públicos, se evidencia nuevamente el hecho de que hubo incumplimiento e infracción a las disposiciones legales, como al artículo 31 inciso s) de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, conforme sancionó la Autoridad recurrida.

Bajo estos términos, se tiene que los argumentos presentados por el recurrente no son legalmente sustentables para desvirtuar ninguno de los dos cargos imputados.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) y 44 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá confirmar la Resolución Impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ÚNICO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 244-2010 de 13 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmo la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 170-2010 de 03 de agosto de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DPC/Nº 198-2010 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 005/2011 DE 28 DE ENERO DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2011

La Paz, 28 de enero de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, contra la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 198-2010 de 3 de septiembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 159-2010 de 13 de julio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 008/2011 de 25 de enero de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 23 de septiembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito

Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/Nº 198-2010 de 03 de septiembre de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 159-2010 de 13 de julio de 2010.

Que, mediante nota AP/DJ/2810/2010 con fecha de recepción de 28 de septiembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/Nº 198-2010 de 03 de septiembre de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 01 de octubre de 2010, notificado en fecha 07 de octubre.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCION ADMINISTRATIVA AP/DCP/Nº 159-2010 DE 13 DE JULIO DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 159-2010 de 13 de julio de 2010 la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió lo siguiente:

> ***"PRIMERO. (COBRO DE LA COMISIÓN POR SERVICIO DE PAGO). I.*** *El monto correspondiente a la comisión por servicio de pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual, será cobrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras, cuando el pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual sea recibido por el Afiliado o Derechohabiente.*
>
> *II. Las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras, no cobrarán la comisión por servicio de pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual de aquellos casos que hubieran sido suspendidos o revertidos al Tesoro General de la Nación por no cobro.*
>
> *III. Los montos correspondientes a comisiones que hubieran sido cobradas por desembolsos de Compensación de Cotizaciones Mensual, cuyo pago no se hubiera efectivizado a la fecha de notificación de la presente Resolución Administrativa, deberán ser revertidos al Tesoro General de la Nación en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa.*
>
> *SEGUNDO. (ABROGATORIA). Se abroga la Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 193.2009 de 19 de noviembre de 2009…"*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.

En fechas 4 y 5 de agosto de 2010 respectivamente, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (BBVA PREVISION AFP S.A.) y FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presentan Recurso de Revocatoria contra la

Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 159-2010 de 13 de julio de 2010, con los siguientes argumentos:

2.1. Recurso de Revocatoria BBVA Previsión AFP S.A.

"(…) IV. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.

La Resolución Administrativa que se impugna se sustenta en la afirmación de:

> *'Durante el proceso de Conciliación de Compensación de Cotizaciones realizado entre las Administradoras de Fondos de Pensiones, Entidades Aseguradoras y el Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR), se han realizado observaciones al tratamiento de las comisiones, referidas al momento de cobro de comisión'.*

Asimismo manifiesta:

> *'...en el marco de lo establecido en norma vigente, a fin de facilitar la conciliación y el control del uso de recursos fiscales es necesario dejar sin efecto la R.A. 193.2009 y emitir nueva normativa que establezca que la comisión por el servicio de pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual se cobre cuando el Afiliado o Derechohabiente reciba el pago'.*

Al respecto cabe precisar que las disposiciones legales y administrativas citadas establecen el derecho al cobro de la comisión por concepto de pago de pensiones del SSO incluida la Compensación de Cotizaciones, comisión que tiene sus (sic) sustento en las gestiones que las entidades operativas del SSO realizan para habilitar el pago en las entidades financieras, conforme reconoce la propia Resolución Administrativa impugnada en el último párrafo del segundo considerando.

El derecho al cobro de comisión por gestiones realizadas tiene concordancia con el mandato legal contenido en la Ley No. 1732 de 29 de noviembre de 1996, el Decreto Supremo 26069, disposiciones legales que de conformidad a la jerarquía establecida por la Constitución Política del Estado son normas que deben aplicarse con preferencia a las Resoluciones Administrativas, es más, todas ellas guardan correspondencia con el precepto constitucional establecido en el Artículo 306 numeral III que manda y ordena que las actividades están bajo los principios de de (sic) complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.

La Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 159/2010 de 13 de julio de 2010, justificada en un supuesto conflicto en el proceso de conciliación entre las entidades operativas del SSO y el SENASIR sin explicar cuales, vulnera los derechos constitucionales de BBVA Previsión AFP S.A. como ser a la seguridad jurídica y al trabajo.

La Resolución Administrativa AP/DPC/N° 159/2010 violenta el derecho a la Seguridad Jurídica, toda vez que la AFP fue convocada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a varias reuniones para tratar el tema de las comisiones y al haber acordado en las mismas bajo criterios técnicos que las entidades operativas seguirían cobrando la comisión por pago de pensiones y compensación de cotizaciones en la forma y manera establecida en la Resolución Administrativa SPVS-IP 193/2002. Resulta que el 14 de julio de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social notifica a BBVA Previsión AFP S.A. con la RA AP/DPC/ N° 159/2010 de 13 de julio de 2010, disposición que revoca la RA AP/DPC/N° 193.2009 de 19 de noviembre de 2009, modificando la normativa y con ello la estabilidad normativa que debe existir en el derecho oportuno al cobro de comisiones por el pago de pensiones y compensación de cotizaciones realizadas por la AFP.

La Constitución Política del Estado ha prescrito el derecho a la seguridad jurídica como un derecho fundamental, entendiéndose aquél como exención de peligro o daño, certeza plena, firme convicción, de manera que cuando se trata de derechos otorgados por ley, el mismo que debe cumplirse y sólo debe ser modificado cuando la ley lo así lo prevé.

La Resolución Administrativa RA AP/DPC/N° 159/2010 de 13 de julio de 2010, al cambiar el momento de cobro de la comisión por pago de Pensiones y Compensación de Cotizaciones, conculca el derecho que tiene la AFP a una retribución oportuna, pues su condición de entidad operativa le obliga ha realizar gestiones y actos operativos que se traducen en gastos económicos para la habilitación del pago y que si no se las realiza está sujeta a una sanción previo proceso administrativo.

El argumento de supuestos conflictos en la conciliación entre el SENASIR y las entidades operativas del SSO, no justifica que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones incumplida (sic) los acuerdos técnicos arribados en las reuniones convocadas por la (sic) ella con participación de todas las entidades operativas del SSO, extremo que atenta el derecho a la seguridad jurídica establecido en el ordenamiento jurídico vigente y constitucional.

La Resolución Administrativa impugnada ha acarreado la indefensión de esta Administradora, pues los criterios técnicos acordados no han sido cumplidos y se ha promulgado una disposición administrativa contraria a los mismos, afectando a sus intereses, conculcando su derecho a la seguridad jurídica. El manual de procedimientos definido mediante Resoluciones Administrativas 122/2009 y 200/2009 emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP, especifica los procedimientos, así como las estructuras y formatos de intercambio de información con los que debe llevarse a cabo el proceso de conciliación. Todos estos criterios técnicos fueron considerados de forma previa a la definición establecida en la R.A. 193 de 2009.

Los procesos establecidos con la R.A. 193 de 2009 ahora modificados por la Resolución impugnada, han considerado los criterios para determinar la información y montos a conciliar en base a esta R.A.

La RA AP/DPC/N° 159/2010 de 13 de julio de 2010, distorsiona lo establecido en los manuales de procedimiento, así como el proceso que actualmente se lleva adelante juntamente con el SENASIR, porque establece que la gestión de reversiones sea en forma paralela al proceso de conciliación que se lleva actualmente.

Es importante manifestar que cualquier nueva disposición debe establecer los cambios o mecanismos que se aplicaran para el proceso de conciliación suponiendo que se efectuaran reversiones al TGN (devoluciones), mismas que están sujetas a los plazos y contenido de los medios magnéticos de intercambio para da (sic) cumplimiento con el manual de procedimiento de conciliación.

La Resolución Administrativa RA AP/DPC/N° 159/2010 de 13 de julio de 2010, emitida por su autoridad desconoce el marco normativo y criterios técnicos analizados, la Resolución Administrativa impugnada los modifica, y establece una serie de nuevas condiciones técnicas y materiales, así como nuevos requisitos excesivos carentes además de criterios técnicos apropiados y sustentables, generando para esta AFP una inaceptable obligación de incurrir en costos significativos sin percibir la comisión que por derecho le corresponde.

Por lo expuesto se evidencia así el desconocimiento por el regulador del marco normativo y criterio técnico que antecede a este acto administrativo y conlleva y representa una pretendida e inaceptable modificación unilateral asumidos por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones…"

2.2. Recurso de Revocatoria Futuro de Bolivia AFP S.A.

"… en base a los siguientes fundamentos:

1. *Los aspectos de la RA 159/2010 que vulneran nuestros derechos son:*

- *Dentro de la parte resolutiva, Punto I del Artículo 1°, relativo al Cobro de la Comisión por Servicio de Pago, se dispone en forma arbitraria, irregular e ilegal, que el monto de la comisión por servicio de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, sería cobrado por las AFP's, cuando el pago de la CC Mensual sea recibido por el afiliado o su derechohabiente.*

- *Asimismo, y en flagrante violación a nuestros derechos constitucionales, se dispone en el punto II. Del mismo Artículo 1° que las AFP's no cobrarán la comisión por servicio de pago de CC Mensual de los casos que se hubieran suspendido o revertido al TGN por no cobro.*

2. *Estas determinaciones, no contemplaron en ningún momento que la razón fundamental por la cual la normativa anterior a la R.A. 159/2010 establecía la reversión del "Liquido Pagable" de los pagos no cobrados por tres (3) meses, es debido a que precisamente la AFP genera los pagos conforme establece la norma de pensiones, no teniendo ningún elemento que permita saber, a priori, que el Afiliado o Derechohabiente no va a cobrar.*

3. *La generación del pago implica un trabajo que abarca aproximadamente 10 a 12 días de una persona (entre el 16 y 28 de cada mes), que comprende los siguientes procesos informáticos:*

   a) Etapa de generación de información.- *Realización del proceso de elaboración de la planilla mensual con todos los casos nuevos que firmaron un contrato y los casos antiguos que están recibiendo el pago por la prestación, mismo que se encuentra sujeto a un cronograma mensual.*

   b) Etapa de intercambio de información.- *Se inicia el intercambio de información con el SENASIR para obtener la aprobación por parte de esta entidad. Durante esta etapa se van revisando casos nuevos, casos especiales, realizándose hasta cuatro procesos de intercambio.*

   c) Etapa de carga de información.- *Una vez validada y aprobada la información de las planillas, esta es transferida al sistema de tesorería. Posteriormente se realizan los procesos de provisión de fondos para las diferentes entidades, fusión de pagos para un mismo beneficiario, preparación de archivos para envío a SÍNTESIS. Finalmente, se envía archivos encriptados a SÍNTESIS para que cada primer día hábil de cada mes se encuentren habilitados los pagos en las diferentes entidades financieras. Es importante hacer notar que la habilitación de cada pago tiene un costo individual.*

4. *Adicionalmente la generación de pagos implica las siguientes actividades:*

   i. *Revisión de parámetros (vigencia de derechos para Derechohabientes, que el Afiliado no tenga un registro de fallecimiento, que no existan pagos suspendidos, nuevos ingresos, suspensiones de no descuento para el ente gestor de salud; suspensiones y rehabilitaciones por doble percepción por la fracción de CC; cambio de estructura en el grupo familiar, etc.) para determinar a quienes corresponde se pague.*

   ii. *Generación de planillas de solicitud de desembolso de CC que se remite al SENASIR y se concilia con dicha entidad (toma 2 o 3 intercambios cada mes).*

   iii. *Generación de planillas de pago incorporando la fracción de pago con recursos del FCI (cuenta de MVV, cuenta de RC o RP, FBP) y la fracción de CC.*

   iv. *Remisión de planillas a SÍNTESIS.*

v. *Desembolso de recursos.*

5. *Independientemente y más allá de que el Afiliado o Derechohabientes no se apersone a cobrar sus pagos por tres meses y, por ende tenga que ser revertido, la cantidad de trabajo involucrado en el procesos de generación de los pagos es exactamente igual a la de los cobrados, y la comisión que se cobra es justamente una comisión por "servicio de pago".*

6. *Si el Afiliado no cobra su beneficio, no es culpa o responsabilidad de la AFP, por lo que mal se puede pretender desconocer el trabajo que se desarrolla para su generación.*

7. *Por lo ampliamente expuesto, y por todo el proceso que se realiza conforme a normativa legal vigente, se fijó obviamente una comisión y en ningún momento se definió su onerosidad.*

8. *Finalmente, además que la Resolución Administrativa recurrida N° 159/2010 cambia la forma de cobro de devengado a efectivo, este hecho contraviene disposiciones tributarias y la aplicabilidad de las Normas Técnicas Contables, ya que la normativa tributaria vigente en nuestro país define lo siguiente:*

   Del Hecho Imponible: (Impuesto al Valor Agregado) *La Ley 843 en el inciso b) del art.4° señala textualmente: b) En el caso de contrato de obras o de prestación de servicios y de otras prestaciones, cualquiera fuere su naturaleza, desde el momento en que se finalice la ejecución o prestación, o desde la percepción total o parcial del precio, el que fuere anterior.* ***Del Registro y Operaciones Contables (Impuesto a las Utilidades de las Empresas)*** *El Decreto Supremo N° 24051 que reglamenta el Impuesto a las Utilidades de las Empresas, en su art. 35° relativo a las Normas Generales señala que los sujetos obligados a llevar registros contables, definidos en el inciso a) del art. 3° del presente reglamento, deberán llevarlos cumpliendo, en cuanto a su número y a los requisitos que deben observarse para su llenado, las disposiciones contenidas sobre la materia en el Código de Comercio para determinar los resultados de su movimiento financiero-contable imputables al año fiscal. Los estados financieros deben ser elaborados* ***de acuerdo a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y convalidados para efectos tributarios de acuerdo a lo establecido en el Artículo 48° de este reglamento****.*

   Asimismo, el Art. 48° del Decreto Supremo 24051 señala textualmente: "Previa autorización de la Secretaría Nacional de Hacienda, la Administración Tributaria pondrá en vigencia con carácter general, mediante normas administrativas pertinentes, la aplicación de las Normas Técnicas que emita el Consejo Técnico Nacional de Auditoría y Contabilidad del Colegio de Auditores de Bolivia que este eleve a su consideración ***respecto a los Principios de Contabilidad***

***Generalmente Aceptados relativos a la determinación de la base imponible de este impuesto.*"**

9. *Adicionalmente, me permito poner en su conocimiento los dos Principios de Contabilidad que están siendo infringidos con lo dispuesto por la Resolución recurrida:*

   ***a) <u>Devengado:</u>** Las variaciones patrimoniales (ingresos o egresos) que se consideran para establecer el resultado económico competen a un ejercicio (período) sin considerar si ya se han cobrado o pagado.*

   ***b) <u>Realización:</u>** Los resultados económicos sólo deben contabilizarse cuando queden realizados a través de medios legales o comerciales (actas, documentos, etc.) donde se toman en cuenta los riesgos inherentes de todo negocio.*

   Como se puede apreciar, no se encuentran en este grupo las "Promesas o Supuestos" ya que no toman en cuenta los riesgos y no se sabe si los términos del negocio se van a realizar o no.

   El concepto "realizado" participa del concepto de "devengado".

Por lo expuesto, su autoridad podrá verificar que esta disposición contraviene lo dispuesto por la Ley 843, los principios contables, y atenta nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/Nº 198-2010 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2010

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante Resolución Administrativa AP/Nº 198-2010 de 3 de septiembre de 2010, resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 159/2010 de 13 de julio de 2010 con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

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

Que BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria, indica que las disposiciones legales y administrativas como la Ley de Pensiones, el Decreto Supremo Nº 26069 de 09 de febrero de 2001 y la misma Constitución Política del Estado, son de aplicación preferente respecto a las Resoluciones Administrativas, las cuales deberían guardar correspondencia con las normas supralegales.

Que para dar respuesta a este punto, es necesario establecer que bajo el "Principio de Especialidad Normativa" se destaca que, entre la norma que representa el género y la que regula la especie deben poseer elementos comunes, pero la norma especial añade un dato ulterior a la que representa el género.

Que en ese entendido, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha emitido normativa regulatoria relativa al SSO, entre ellas la R.A. 159-2010, la cual reglamenta con meridiana claridad que el monto correspondiente a la comisión por el servicio de pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual ***(CCM),*** *es efectivo a favor de las entidades reguladas cuando el pago de la CCM sea percibido por el Afiliado o Derechohabientes, no disponiendo otras erogaciones por servicios más que los previstos expresamente por norma, determinación que es explicada en el Parágrafo II de la Disposición Primera de la señalada Resolución Administrativa.*

Que bajo el razonamiento legal anterior, corresponde señalar que de acuerdo al inciso b) del artículo 39 del Decreto Supremo N° 26069 de 09 de febrero de 2001 se determina que la comisión del servicio de pago que cobre la AFP o la EA al que se refiere el inciso c) del artículo 32 de la Ley de Pensiones, se encuentra bajo regulación y control de la Entidad Reguladora; por lo que queda claro que la R.A. 159-2010, como norma especial, añade el elemento ulterior para normar el cobro de la comisión por el servicio de pago.

Que sobre las atribuciones de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones -AP, el Decreto Supremo N° 0071 de 09 de abril de 2009, señala que la AP, fiscaliza, controla, supervisa y regula la Seguridad Social de Largo Plazo, considerando la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y normativa reglamentaria, en todo lo que no contravenga la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Que asimismo, corresponde señalar que la Resolución Administrativa recurrida no vulnera ni contradice ningún precepto legal general, pues más al contrario regula a detalle la ejecución objetiva de la norma superior ofreciendo mayor seguridad jurídica en cuanto a las operaciones que deben realizar los regulados para la percepción de la comisión por el servicio de pago de la CCM.

Que en otra parte del análisis del recurso, doctrinalmente se tiene que la ***seguridad jurídica*** *es un principio universalmente reconocido, que se entiende y se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el Estado respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. En ese sentido, el Estado como máximo exponente del poder y regulador de las relaciones en sociedad no sólo establece las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder jurídico y legislativo. En resumen, la seguridad jurídica es la certeza del derecho que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada* ***más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos.***

Que en ese sentido, la norma recurrida viene a ofrecer la seguridad jurídica necesaria para que el regulado tenga noción de que la comisión por el pago de CCM será percibida una vez que el Afiliado o Derechohabientes reciban el pago de la CCM, como reconocimiento por el servicio prestado de pago.

Que BBVA Previsión AFP S.A. señala también que: la Resolución Administrativa AP/DPC/ N° 159/2010 de 13 de julio de 2010, violenta el derecho a la Seguridad Jurídica, toda vez que la AFP fue convocada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a varias reuniones para tratar el tema de las comisiones y al haber acordado en las mismas bajo criterios técnicos que las entidades operativas seguirían cobrando la comisión por pago de pensiones y compensación de cotizaciones en la forma y manera establecida en la Resolución Administrativa SPVS-IP 193/2002 (sic). Al respecto, es necesario establecer que las reuniones señaladas por la AFP, no tienen relación alguna con la seguridad jurídica que se pretende hacer ver, toda vez que éstas fueron realizadas con el objeto de coordinar y poner en conocimiento de los regulados la nueva operativa para la percepción de la comisión; por tanto las actividades desarrolladas entre la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP y la AFP de ninguna manera pueden plasmarse necesariamente en norma, como criterios definitivos para su cumplimiento.

Que asimismo, es importante dejar en claro que las reuniones a las que hace referencia el regulado, la AP en ningún momento consensuó o dio su aquiescencia para que los temas conversados sean necesariamente introducidos en la R.A. 193.2009 y otras posteriores. Por lo que la seguridad jurídica que otorga esta Autoridad no se da en virtud de acuerdos o consensos, sino por la norma que emite. Por tanto, las determinaciones expresadas en la R.A.159-2010, responden al amparo legal vigente y como producto de la necesidad de contar con una norma que viabilice la conciliación y el control del uso de recursos fiscales; consideraciones que en ningún momento fueron ni serán objeto de coordinación o consenso con los regulados.

Que considerar que con la abrogatoria de la R.A. 193.2009 la estabilidad normativa fue vulnerada, no resulta ser un razonamiento acertado, toda vez que con la emisión de la R.A. 159-2010 se fija el lineamiento legal al que se encuentran obligados los regulados, que responde de manera expresa al derecho que tiene el regulado de percibir la comisión correspondiente por el servicio prestado en los términos que señala la norma, por lo que la señalada estabilidad está garantizada con la emisión de la nueva normativa.

Que BBVA Previsión AFP S.A. también señala lo siguiente: "La Resolución Administrativa RA AP/DPC/ N°159/2010 de 13 de julio de 2010, al cambiar el momento de cobro de la comisión por pago de Pensiones y Compensación de Cotizaciones, conculca el derecho que tiene la AFP de una retribución oportuna, pues su condición de entidad operativa le obliga ha (sic) realizar gestiones y actos operativos que se traducen en gastos económicos para la habilitación del pago y que si no se las realiza está sujeta a una sanción previo proceso administrativo. Al respecto, la resolución señalada al determinar que la comisión sea cobrada cuando el pago de la CCM sea recibida, no

hace más que dejar en claro que la retribución por el servicio se da una vez que éste haya sido pagado al Afiliado o Derechohabientes. En ese entendido, la retribución por el servicio resulta ser oportuna ya que la misma opera una vez efectivizado el pago al Afiliado o Derechohabientes; por lo que no debe entenderse que la actual norma cambia el momento de pago de la comisión, sino que más al contrario fija el momento en que el servicio se tiene por concluido, para su correspondiente retribución.

Que con respecto a las gestiones previas al pago efectivo, éstas se constituyen en obligaciones que las AFP y EA deben cumplir como administradores de los fondos y representantes de los Afiliados, previstas en la normativa vigente de pensiones; y que ante su incumplimiento se genera el proceso administrativo sancionatorio. Se aclara que la sanción por incumplimiento a la R.A. 159-2010 se aplica cuando la infracción vulnere los términos de la señalada norma, y no así las gestiones para efectivizar el pago de la CCM, las cuales están sujetas a otra normativa.

Que cuando la AFP señala que con la emisión de la R.A. 159-2010 se le ha ocasionado indefensión y conculcado la seguridad jurídica porque los criterios técnicos que habrían sido acordados no fueron cumplidos; estos razonamientos resultan ser desacertados debido a que como se dijo anteriormente, los acuerdos no son norma, por lo que si a criterio del regulado la norma emitida afecta, lesiona o causa perjuicio a derechos subjetivos o intereses legítimos, cuenta con el mecanismo procesal impugnatorio para pretender revocar las decisiones de la Administración, por lo dicho, la resolución emitida no causa necesariamente indefensión al regulado, cuando éste tiene los recursos que le franquea la ley para hacer ver su desacuerdo con las determinaciones asumidas por esta Autoridad.

Que BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria, refiere que los manuales de procedimiento señalados en las Resoluciones Administrativas AP/DJ/N° 122.2009 de 09 de octubre de 2009 ***(R.A. 122.2009)*** *y Resolución Administrativa AP/DJ/N° 200.2009 de 27 de noviembre de 2009* ***(R.A. 200.2009),*** *determinan los procedimientos, estructuras y formatos de intercambio de información, con los que debería llevarse a cabo el proceso de conciliación, establecidos en forma previa a la R.A. 193.2009. Asimismo, el regulado menciona que los procesos previstos en la R.A. 193.2009 habrían considerado los criterios para determinar la información y montos a conciliar; y que la norma recurrida distorsionaría lo establecido por los manuales de procedimiento señalados, así como el proceso que actualmente se lleva con el Servicio Nacional del Sistema de Reparto* ***(SENASIR),*** *al establecer que la gestión de reversiones sea en forma paralela al proceso de conciliación que se lleva actualmente.*

Que es importante aclarar que, esta Autoridad mediante R.A. 122.2009 y R.A. 200.2009, homologa las Resoluciones Administrativas SENASIR No.188.09, SENASIR No.189.09, SENASIR No.225.09 y SENASIR No.226.09, que aprueban los Manuales de Procedimientos de Conciliación y Reposición de Pago de Compensación de Cotizaciones emitidos por el SENASIR.

Que en ese sentido, corresponde señalar que la R.A. 159-2010 no modifica los procedimientos, estructuras y formatos de intercambio de información para el proceso de conciliación y reversión; sino que establece el momento en que se hará efectivo el pago de la comisión a favor de la AFP, el cual deberá ser considerado por la AFP y el SENASIR en los procesos de conciliación.

Que asimismo, dentro de las estructuras de conciliación de pago de CCM, en el campo 'monto pagado comisión AFP' de la Planilla de Conciliación y Devolución de Montos o Pagos de CC, correspondiente al Anexo 1 del Manual de Procedimientos de Conciliación de Pagos de CC, de la Resolución Administrativa SENASIR No.188.09, se determina lo siguiente:

> ***"Campo monto_pag_com***
> *El campo monto_pag_com, es el monto efectivamente pagado a la AFP como comisión, esta comisión es cobrada por las AFP's por aquellos pagos efectivamente pagados a los beneficiarios."*

Que por lo expresado anteriormente, se llega a colegir que el criterio adoptado por el SENASIR y esta Autoridad, siguen un mismo razonamiento legal, toda vez que coinciden que la comisión será cobrada por las AFP una vez que el Afiliado o Derechohabientes reciban el pago de CCM; por lo que el proceso llevado actualmente con el SENASIR de ninguna manera afecta la gestión para la realización de reversiones.

Que BBVA Previsión AFP S.A. señala que: '...cualquier nueva disposición debe establecer los cambios o mecanismos que se aplicaran (sic) para el proceso de conciliación suponiendo que se efectuaran(sic) reversiones al TGN (devoluciones), mismas que están sujetas a los plazos y contenido de los medios magnéticos de intercambio para da (sic) cumplimiento con el manual de procedimiento de conciliación.'

Que tal como se señaló anteriormente, con la emisión de la R.A. 159-2010 no se modificaron los criterios para el proceso de conciliación con el SENASIR, pudiendo el regulado dar cumplimiento a los plazos y envío de la información, tal como lo establecen los manuales de procedimientos aprobados por el SENASIR.

Que asimismo, BBVA Previsión AFP S.A. menciona lo siguiente: "La RA 159/2010 desconoce el marco normativo y criterios técnicos analizados, la Resolución Administrativa impugnada los modifica, y establece una serie de nuevas condiciones técnicas y materiales, así como nuevos requisitos excesivos carentes además de criterios técnicos apropiados y sustentables, generando para esta AFP una inaceptable obligación de incurrir en costos significativos sin percibir la comisión que por derecho le corresponde. Por lo expuesto se evidencia así el desconocimiento por el regulador del marco normativo y criterio técnico que antecede a este acto administrativo y conlleva y representa una pretendida e inaceptable modificación unilateral asumidos por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.'. Al respecto, corresponde

señalar que lo aseverado por la AFP no tiene asidero legal, ni técnico, para poder cuestionar la decisión asumida por esta Autoridad, toda vez que la misma ha sido resuelta en virtud a la norma jurídica vigente de pensiones que la respalda, y no en virtud a una decisión unilateral, como lo entiende el regulado.

Que asimismo, la R.A. 159-2010 no establece nuevas condiciones técnicas y materiales, ni nuevos requisitos, simplemente determina el momento en el que se efectivizará el cobro de la comisión; asimismo, la AFP debe tomar en cuenta que la comisión de la CCM se percibe por el servicio de pago, es decir, una vez que el Afiliado o Derechohabiente realice el cobro de la CCM.

CONSIDERANDO:

Que con relación al Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde señalar lo siguiente:

Que la AFP en su Recurso de Revocatoria establece que se habrían vulnerado sus derechos con la emisión de la R.A. 159-2010, al disponer que la comisión será únicamente cobrada al momento en que el pago de la CCM, sea recibido por el Afiliado o Derechohabiente; asimismo, indica que la razón fundamental de la normativa anterior establecía que la reversión de pagos no cobrados se realice al Líquido Pagable, ya que la AFP al generar los pagos, realizando varios procesos y etapas, no tiene ningún elemento que permita saber que el Afiliado o Derechohabiente no va a cobrar.

Que al respecto, el razonamiento de la AFP resulta contradictorio con la normativa legal señalada precedentemente, toda vez que el cobro de comisión debe ser deducido sólo por el servicio de pago, es decir, cuando éste sea efectivizado; por lo que cualquier otra actividad anterior al pago no puede ser deducida del monto de renta mensual de CC por concepto de comisión.

Que en ese sentido, los procesos y actividades consideradas por la AFP con carácter previo a que el Afiliado o Derechohabientes reciba el pago de la CCM, se encuentran dentro de las gestiones necesarias para posibilitar el pago de la Pensión, teniendo en cuenta que la AFP es responsable por la administración y otorgación de las prestaciones previstas en la Ley de Pensiones.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP señala también lo siguiente: '5. Independientemente y más allá de que el Afiliado o Derechohabientes no se apersone (sic) a cobrar sus pagos por tres meses y, por ende tenga que ser revertido, la cantidad de trabajo involucrado en el procesos (sic) de generación de los pagos es exactamente igual a la de los cobrados, y a comisión que se cobra es justamente una comisión por 'servicio de pago'."

Que con respecto al criterio de comparación expuesto por la AFP, corresponde señalar que la R.A. 159-2010 así como la norma que fue abrogada, no disponen la retribución

por las gestiones realizadas por la AFP para la efectivización del pago de CCM, teniendo en cuenta que la remuneración por el servició de pago será una vez que el Afiliado o Derechohabiente haya percibido el pago de la CCM.

Que otro argumento señalado por la AFP en su Recurso de Revocatoria, indica que no es culpa o responsabilidad de la AFP, por lo que mal se puede pretender desconocer el trabajo que se desarrolla para su generación.

Que es evidente que no es culpa de la AFP si el Afiliado o Derechohabientes, realizan o no el cobro de la pensión, así como tampoco se desconoce el trabajo que desarrolla la AFP para la generación del mismo, las que se constituyen en gestiones de carácter administrativo, sin embargo, de acuerdo a norma el cobro de comisión debe ser realizado por el servicio de pago de CCM, entendiéndose como servicio de pago, el momento en el cual el Afiliado o Derechohabiente recibe el mismo. Por lo expuesto, lo señalado por el regulado, no tiene relación con lo determinado por la norma impugnada, al no prever la misma este tipo de situaciones.

Que asimismo, la AFP indica que por todo lo expuesto en su Recurso de Revocatoria y por todo el proceso que implica, se fijó obviamente una comisión y en ningún momento se definió su onerosidad.

Que lo mencionado por la AFP no corresponde, debido a que la R.A. 159-2010, sí establece la onerosidad del servicio del pago, el cual es reconocido a través del cobro de comisión una vez que el Afiliado o Derechohabiente realice el cobro del monto de la CCM.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que la R.A. 159-2010 cambia la forma de cobro de devengado a efectivo, contraviniendo disposiciones tributarias y la aplicabilidad de normas técnicas contables, refiriéndose al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto a las Utilidades de las Empresas, teniendo en cuenta que los Estados Financieros deben ser elaborados de acuerdo a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, mencionando dos principios de contabilidad infringidos: Devengado y Realización.

Que tal como se establece en el inciso b) del artículo 4 de la Ley N° 843 de 20 de mayo de 1986, el hecho imponible del Impuesto al Valor Agregado, se perfeccionará: "b) En el caso de contratos de obras o de prestación de servicios y de otras prestaciones, cualquiera fuere su naturaleza, desde el momento en que se finalice la ejecución o prestación, o desde la percepción total o parcial del precio, el que fuere anterior.". En este sentido dentro de la norma citada, la tributación del Impuesto al Valor Agregado en las comisiones percibidas por la AFP, puede realizarse una vez que el Afiliado o Derechohabiente realice el cobro del pago de CCM, cuando la AFP perciba el monto de comisión.

Que en relación a la aplicación de las normas técnicas contables y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados a los que hace referencia el regulado y al

tratarse de recursos fiscales, la AFP puede ajustar sus registros contables como corresponda, dentro de lo establecido en normativa vigente.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa de los Recursos de Revocatoria interpuestos por BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP se llega a la conclusión que las entidades recurrentes no han presentado fundamentos que permitan modificar la ratio legis de la R.A. 159/2010, respecto a la Comisión por Servicio de Pago de Compensación de Cotizaciones. En consecuencia, debe confirmarse la misma, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica 'I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 23 de septiembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/N° 198-2010 de 5 de septiembre de 2010, expresando lo siguiente:

"… por lo que nos permitimos impugnar en los siguientes términos:

1. *Los aspectos de la RA 159/2010, ratificada con R.A. AP/N° 198/2010, que vulneran nuestros derechos son:*

   - *Dentro de la parte resolutiva, Punto I del Artículo 1° relativo al Cobro de la Comisión por Servicio de Pago, se dispone en forma arbitraria, irregular e ilegal, que el monto de la comisión por servicio de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, sería cobrado por las AFP's, cuando el pago de la CC Mensual sea recibido por el afiliado o su derechohabiente.*

   - *Asimismo, y en flagrante violación a nuestros derechos constitucionales, se dispone en el punto II del mismo Artículo 1ro. que las AFP's no cobrarán la comisión por servicio de pago de CC Mensual, de los casos que se hubieran suspendido o revertido al TGN por no cobro.*

2. *Estas determinaciones, no contemplaron en ningún momento que la razón fundamental por la cual la normativa anterior a la R.A. 159/2010 establecía la reversión del "Liquido Pagable" de los pagos no cobrados por tres (3) meses, era debido a que precisamente la AFP genera los pagos conforme establece la norma de pensiones, no teniendo ningún elemento que permita saber, a priori, que el Afiliado o Derechohabiente no va a cobrar.*

3. *La generación del pago implica un trabajo que abarca aproximadamente 10 a 12 días de una persona (entre el 16 y 28 de cada mes).*

4. *La generación de pagos implica las siguientes actividades:*

   i. *Revisión de parámetros (vigencia de derechos para Derechohabientes, que el Afiliado no tenga un registro de fallecimiento, que no existan pagos suspendidos, nuevos ingresos, suspensiones de no descuento para el ente gestor de salud, suspensiones y rehabilitaciones por doble percepción por la fracción de CC, cambio de estructura en el grupo familiar) para determinar a quienes corresponde se pague,*

   ii. *Generación de planillas de solicitud de desembolso de CC que se remite al SENASIR y se concilia con dicha entidad (toma 2 o 3 intercambios cada mes),*

   iii. *Generación de planillas de pago incorporando la fracción de pago con recursos del FCI (cuenta de MVV, cuenta de RC o RP, FBP) y la fracción de CC, iv. Remisión de planillas a SÍNTESIS,*

   iv. *Desembolso de recursos.*

5. *Independientemente y más allá de que el Afiliado o Derechohabientes no se apersone a cobrar sus pagos por tres meses (aspecto totalmente ajeno a la AFP) y, por ende, el monto tenga que ser revertido, la cantidad de trabajo involucrado en el procesos de generación de los pagos es exactamente igual a la de los cobrados, y la comisión que se cobra es justamente una comisión por "servicio de pago" y no por "pago efectivo".*

6. *Si el Afiliado no cobra su beneficio, no es culpa o responsabilidad de la AFP, por lo que mal se puede pretender desconocer el trabajo que se desarrolla para su generación.*

7. *Por lo ampliamente expuesto, y por todo el proceso que se realiza conforme a normativa legal vigente, se fijó obviamente una comisión y en ningún momento se definió su onerosidad con relación a su resultado.*

8. *La Resolución Administrativa que confirmó la revocada consideramos que es arbitraria e ilegal, considerando que: el artículo 2 del Decreto supremo* (sic) *N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece en el rubro de COMISIONES:* ***"Son los montos de dinero percibidos por las AFP, en calidad de CONTRAPRESTACION POR SERVICIOS PRESTADOS de conformidad a la Ley de Pensiones".*** *Dice muy claramente. "CONTRAPRESTACION DE SERVICIOS PRESTADOS". EN NINGÚN CASO DICE QUE LA COMISIÓN SE HARÁ EFECTIVA, CUANDO COBRE EL AFILIADO.*

9. *La A.P. está facultada para reglamentar las disposiciones, pero en ningún caso modificar en el fondo el espíritu de la disposición original, como está ocurriendo en el*

presente caso, que mediante una Resolución Administrativa modifica un Decreto Supremo, norma que ya estaba siendo aplicada, cumpliendo el espíritu de la disposición original.

Adicionalmente, es importante tomar en cuenta que esta Resolución impugnada contraviene lo dispuesto por el Art. 46 inc. II y III de la Nueva Constitución Política del Estado que determina claramente:

"II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas.

III. Se prohíbe toda forma de trabajo forzoso ***u otro modo*** *análogo de explotación que obligue a una persona a realizar labores sin su consentimiento* ***y justa retribución."*** *(Las negrillas son nuestras)*

Como podrá apreciar su autoridad, la Resolución Administrativa AP/N° 159-2010 viola nuestros derechos, entre ellos y principalmente los constitucionales, ya que ésta Resolución pretende en forma arbitraria, anticonstitucional e ilegal, obligarnos a realizar un servicio en forma totalmente gratuita sin considerar todo el procedimiento que se realiza para el procesamiento de los pagos de CC, e ignorando lo dispuesto en el Decreto Reglamentario de la Ley de Pensiones (D.S. 24469) al cual se sujetan todas nuestras actividades por mandato expreso de la Ley de Pensiones, la cual define en forma clara, textual y precisa que las "Comisiones" que perciben las AFP's, se constituyen en el pago por la Contraprestación prestada, misma que fue considerada por todos los gastos que se erogan para cumplir con estas contraprestaciones, por lo que mal podría su autoridad obligarnos a realizar este servicio en forma gratuita y condicionar el pago de nuestro derecho al cobro de la comisión que nos corresponde, a una voluntad externa y personal.

Adicionalmente, su autoridad deberá considerar que el procesamiento del Pago de CC, es cumplido por nuestra AFP utilizando todos los procesos informáticos descritos precedentemente, sin embargo este trabajo en ningún momento puede ser menospreciado y menos considerada su gratuidad, ya que escapa a nuestra obligación exigir a los afiliados que realicen su cobro, por el contrario debemos respetar la voluntad personal del afiliado en cobrar o no su derecho al pago CCM, circunstancias totalmente ajenas a nuestro servicio, contexto que en ningún momento se consideró a momento de la contratación para la contraprestación prestada.

Por lo que le solicitamos, considerar el Art. 32 inc. c) de la Ley de Pensiones, en el cual se determina claramente el pago de comisiones por servicios ***"sin condición alguna",*** *concordante con el Art. 21 del mismo cuerpo legal, tomando en cuenta el espíritu de reconocimiento legal al servicio prestado.*

10. *Finalmente, además que la Resolución Administrativa recurrida N° 159/2010 ratificada por Resolución Administrativa AP/N°/198/2010, cambia la forma de cobro de devengado a efectivo, este hecho contraviene disposiciones tributarias y la*

aplicabilidad de las Normas Técnicas Contables, ya que la normativa tributaria vigente en nuestro país define lo siguiente:

> ***Del Hecho Imponible: (Impuesto al Valor Agregado)*** *La Ley 843 en el inciso b) del art.4° señala textualmente: b) En el caso de contrato de obras o de prestación de servicios y de otras prestaciones, cualquiera fuere su naturaleza, desde el momento en que se finalice la ejecución o prestación, o desde la percepción total o parcial del precio, el que fuere anterior.* ***Del Registro y Operaciones Contables (Impuesto a las Utilidades de las Empresas)*** *El Decreto Supremo N° 24051 que reglamenta el Impuesto a las Utilidades de las Empresas, en su art. 35° relativo a las Normas Generales señala que los sujetos obligados a llevar registros contables, definidos en el inciso a) del art. 3° del presente reglamento, deberán llevarlos cumpliendo, en cuanto a su número y a los requisitos que deben observarse para su llenado, las disposiciones contenidas sobre la materia en el Código de Comercio para determinar los resultados de su movimiento financiero-contable imputables al año fiscal. Los estados financieros deben ser elaborados* ***de acuerdo a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y convalidados para efectos tributarios de acuerdo a lo establecido en el Artículo 48° de este reglamento****.*
>
> *Asimismo, el Art. 48° del Decreto Supremo 24051 señala textualmente: "Previa autorización de la Secretaría Nacional de Hacienda, la Administración Tributaria pondrá en vigencia con carácter general, mediante normas administrativas pertinentes, la aplicación de las Normas Técnicas que emita el Consejo Técnico Nacional de Auditoría y Contabilidad del Colegio de Auditores de Bolivia que este eleve a su consideración* ***respecto a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados relativos a la determinación de la base imponible de este impuesto."***

11. *Adicionalmente, me permito poner en su conocimiento los dos Principios de Contabilidad que están siendo infringidos con lo dispuesto por la Resolución recurrida:*

    a) ***Devengado:*** *Las variaciones patrimoniales (ingresos o egresos) que se consideran para establecer el resultado económico competen a un ejercicio (período) sin considerar si ya se han cobrado o pagado.*

    b) ***Realización:*** *Los resultados económicos sólo deben contabilizarse cuando queden realizados a través de medios legales o comerciales (actas, documentos, etc.) donde se toman en cuenta los riesgos inherentes de todo negocio.*

Como se puede apreciar, no se encuentran en este grupo las "Promesas o Supuestos" ya que no toman en cuenta los riesgos y no se sabe si los términos del negocio se van a realizar o no.

El concepto 'realizado' participa del concepto 'devengado'

Por lo expuesto, su autoridad podrá verificar que esta disposición contraviene lo dispuesto por la Ley 843, los principios contables, y atenta nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos.

PETITORIO.

Por todo lo expuesto, solicitamos que la autoridad remitir (sic) el presente recurso ante la Dirección de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico vigente y principalmente respetando nuestros derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, proceda a dictar la correspondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa AP/N° 198-2010 que confirmó la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 159-2010 de fecha 13 de julio de 2010, en virtud a los argumentos legales señalados en el presente Recurso Jerárquico, así como los ampliamente detallados en el recurso de Revocatoria anteriormente interpuesto, el mismo que ratificamos, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal, vigente y constitucional…"

5. ALEGATOS TERCERO INTERESADO.-

Mediante memorial presentado en fecha 26 de octubre de 2010 ante esta instancia jerárquica, **PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A**. en su condición de tercero interesado expone sus alegatos fundamentando sus agravios conforme se transcribe a continuación:

"FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

En cumplimiento a la Resolución de fecha 05 de octubre de 2010 emitida por su autoridad a continuación pongo a conocimiento de su autoridad los alegatos de esta Administradora con referencia a la Resolución Administrativa AP/198/2010 de 03 de septiembre de 2010, disposición administrativa que confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/159/2010.

La Ley 1732 en el inciso c) del artículo 32 establece el cobro de comisiones por parte de la AFP y demás entidades operativas, por el servicio de pago de pensiones del seguro social obligatorio de largo plazo.

La Compensación de Cotizaciones Mensual está sujeta al cobro de la comisión que refiere el inciso c) del artículo 32° de la Ley de Pensiones por mandato del Decreto Supremo 26069 artículo 39 en su inciso b).

La Resolución Administrativa AP/DPC/N° 193.2009 de 19 de noviembre de 2009 (R.A. abrogada), resuelve que las AFP's y EA deducirán de los recursos desembolsados por el Tesoro General de la Nación por concepto de la Compensación de Cotizaciones

Mensual, el monto correspondiente a la comisión por servicio de pago establecido en norma vigente, esta disposición reconoce las gestiones realizadas por las entidades operativas del SSO para habilitar el pago de Compensación de Cotizaciones al Afiliado o Derechohabiente, gestiones que demandan un costo operativo y económico aún cuando el pago no se efectivice, por lo que la comisión se cobra por la gestión.

Las disposiciones legales y administrativas citadas establecen el derecho al cobro de la comisión por concepto de pago de pensiones del SSO incluida la Compensación de Cotizaciones, comisión que tiene sus (sic) sustento en las gestiones que las entidades operativas del SSO realizan para habilitar el pago en las entidades financieras, conforme reconoce la propia Resolución Administrativa confirmada en el último párrafo del segundo considerando.

El derecho al cobro de comisión por gestiones realizadas tiene concordancia con el mandato legal contenido en la Ley No. 1732 de 29 de noviembre de 1996, el Decreto Supremo 26069, disposiciones legales que de conformidad a la jerarquía establecida por la Constitución Política del Estado son normas que deben aplicarse con preferencia a las Resoluciones Administrativas, es más, todas ellas guardan correspondencia con el precepto constitucional establecido en el Artículo 306 numeral III que manda y ordena que las actividades están bajo los principios de de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.

La Resolución Administrativa confirmada por la R.A. AP/DPC/N° 198/2010 de 03 de septiembre de 2010, justificada en un supuesto conflicto en el proceso de conciliación entre las entidades operativas del SSO y el SENASIR sin explicar cuales, vulnera los derechos constitucionales de BBVA Previsión AFP S.A. como ser a la seguridad jurídica y al trabajo.

La Resolución Administrativa confirmada violenta el derecho a la Seguridad Jurídica, toda vez que la AFP fue convocada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a varias reuniones para tratar el tema de las comisiones y al haber acordado en las mismas bajo criterios técnicos que las entidades operativas seguirían cobrando la comisión por pago de pensiones y compensación de cotizaciones en la forma y manera establecida en la Resolución Administrativa SPVS-IP 193/2002,(sic) La Autoridad de Fiscalización y Control Social revoca la RA AP/DPC/N° 193.2009 de 19 de noviembre de 2009, modificando la normativa y con ello la estabilidad normativa que debe existir en el derecho oportuno al cobro de comisiones por el pago de pensiones y compensación de cotizaciones realizadas por la AFP.

La Constitución Política del Estado ha prescrito el derecho a la seguridad jurídica como un derecho fundamental, entendiéndose aquél como exención de peligro o daño, certeza plena, firme convicción, de manera que cuando se trata de derechos otorgados por ley, el mismo que debe cumplirse y sólo debe ser modificado cuando la ley lo(sic) así lo prevé.

La Resolución Administrativa RA AP/DPC/N° 159/2010 de 13 de julio de 2010, confirmada por la R.A. 198/2010 al cambiar el momento de cobro de la comisión por pago de Pensiones y Compensación de Cotizaciones, conculca el derecho que tiene la AFP a una retribución oportuna, pues por su condición de entidad operativa está obliga realizar gestiones y actos operativos que se traducen en gastos económicos para la habilitación del pago y que si no se las realiza está sujeta a una sanción previo proceso administrativo.

El argumento de supuestos conflictos en la conciliación entre el SENASIR y las entidades operativas del SSO, no justifica que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones incumplida(sic) los acuerdos técnicos arribados en las reuniones convocadas por la(sic) ella con participación de todas las entidades operativas del SSO, extremo que atenta el derecho a la seguridad jurídica establecido en el ordenamiento jurídico vigente y constitucional.

La Resolución Administrativa confirmada trajo consigo la indefensión de esta Administradora, pues los criterios técnicos acordados no han sido cumplidos y se ha promulgado una disposición administrativa contraria a los mismos, afectando a sus intereses, conculcando su derecho a la seguridad jurídica.

Es importante manifestar que cualquier nueva disposición debe establecer los cambios o mecanismos que se aplicarán para el proceso de conciliación suponiendo que se efectuarán reversiones al TGN (devoluciones), mismas que están sujetas a los plazos y contenido de los medios magnéticos de intercambio para dar cumplimiento con el manual de procedimiento de conciliación.

La Resolución confirmada de 13 de julio de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP desconoce el marco normativo y criterios técnicos analizados modificando y estableciendo nuevas condiciones técnicas y materiales, así como nuevos requisitos excesivos carentes además de criterios técnicos apropiados y sustentables, generando para esta AFP una inaceptable obligación de incurrir en costos significativos sin percibir la comisión que por derecho le corresponde.

Por lo expuesto se evidencia así el desconocimiento por el regulador del marco normativo y criterio técnico que antecede a este acto administrativo y conlleva y representa una pretendida e inaceptable modificación unilateral asumidos por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su autoridad se sirva dictar Resolución Administrativa disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA AP/DPC/N° 198/2010 de 03 de septiembre de 2010 misma que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DPC/159/2010 de 13 de julio de 2010****., tal como prescribe el (sic) artículos 43 inciso b) y 44 del decreto*

supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A…"

CONSIDERANDO:

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

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

De acuerdo a los agravios fundamentados tanto por Futuro de Bolivia S.A. AFP en su condición de recurrente, como BBVA Previsión AFP S.A. estos hacen alusión a la convocatoria realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a reuniones previas a la emisión del acto administrativo impugnado a objeto de establecer un proceso de conciliación de Compensación de Cotizaciones acordando criterios técnicos entre las Administradoras de Fondos de Pensiones, Entidades Aseguradoras, el Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR) y la autoridad reguladora.

Posteriormente señalan que dicha conciliación y acuerdos técnicos no fueron respetados por el órgano de fiscalización, debido a que en la emisión de la Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 159/2010 de 13 de julio de 2010, se hizo todo lo contrario y se dispuso una comisión por pago efectivo realizado al afiliado y no por el servicio previo que estas entidades realizan para procesar el dicho pago.

En consecuencia, de acuerdo al principio de verdad material que rige la actividad administrativa se tiene que sin perjuicio de la facultad legal otorgada a la AP, la Resolución Administrativa AP/DCP/Nº 159/2010 de 13 de julio de 2010, confirmada mediante Resolución Administrativa AP/Nº 198/2010 de 3 de septiembre de 2010 surgió debido a la necesidad de establecer de manera objetiva el cobro de la comisión percibida por parte de las entidades encargadas del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual y las reuniones llevadas a cabo entre los actores del mercado de pensiones viendo la necesidad de reglamentar la forma de cobro de comisión por dicho beneficio pagado.

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas como máxima instancia de impugnación administrativa del Sistema de Regulación Financiera cuenta con la facultad atributiva de realizar un control de legalidad de los actos administrativos emitidos por los órganos sectoriales, a objeto de verificar la legalidad y eficacia de la Resoluciones Administrativas, creando una armonía legal entre las disposiciones legales específicas al sistema regulatorio y los principios legislativos de carácter constitucional que resguardan las garantías y derechos fundamentales de las personas.

En este sentido corresponde realizar una compulsa adecuada de los fundamentos factico-jurídicos insertos en los actos administrativos impugnados adecuando estos a la ratio decidendi del fallo; aspectos de carácter formal que sistematizados adecuadamente darán lugar a la consideración del fondo del presente recurso.

Como se dijo anteriormente, la necesidad de establecer la retribución económica como comisión por el servicio de pago de Compensación de Cotizaciones fue discutida entre la autoridad fiscalizadora y los regulados debiendo en consecuencia dejar establecido que el cobro de cualquier comisión respecto a la materia, en primera instancia se encuentra determinada tanto en la Ley de Pensiones N° 1732 como en su Decreto Reglamentario, aspecto legal que hace inviable cualquier acuerdo, consenso, y/o justificativo para la modificación de lo estipulado en la abrogada Resolución Administrativa AP/DPC/N° 193.2009 de 19 de noviembre de 2009.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones a momento de impugnar en recurso revocatoria sobre la Resolución Administrativa pronunciada manifiestan un atentado a la seguridad jurídica por parte del regulador, debido a que en las reuniones llevadas a cabo se acordó – bajo criterios técnicos – que las entidades operativas seguirán cobrando la comisión por pago de pensiones de Compensación de Cotizaciones en la forma y manera establecida.

Como se dijo anteriormente, la normativa leyes o disposiciones legales (como se quiera enunciar), no pueden ser consensuadas entre particulares, asociaciones o instituciones bajo ningún tipo de criterio, ya que esta simplemente debe cumplirse tal cual la norma lo dispone sin mayor discusión ni acuerdo.

La Resolución Administrativa AP/DPC/N° 159-2010 hace una relación normativa sobre las facultades y atribuciones de la hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones de emitir normas de carácter administrativo que reglamente y/o regulen el mercado de pensiones invocando normativa específica en materia de pensiones en las que de manera general otorgan el derecho a la Administradoras de Fondos de Pensiones de una comisión por el servicio de pago que prestan a los afiliados del SSO específicamente sobre la Compensación de Cotizaciones.

Asimismo, hace alusión a la disposición contenida en la abrogada Resolución Administrativa AP/DPC/N° 193.2009 que reglamentaba el pago del estado por el servicio que otorgan al Administradoras de Fondos de Pensiones del pago mensual de Compensación de Cotizaciones a sus afiliados.

Finalmente, la AP manifiesta de manera textual lo siguiente:

> *"Que durante el proceso de Conciliación de Compensación de Cotizaciones realizado entre las Administradoras de Fondos de Pensiones, Entidades Aseguradoras y el Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR), se han realizado observaciones al tratamiento de las comisiones, referidas al momento del cobro de la comisión.*

Que en el marco de lo establecido en la norma vigente, a fin de facilitar la conciliación y el control del uso de recursos fiscales es necesario dejar sin efecto la R.A. 193.2009 y emitir nueva normativa que establezca que la comisión por el servicio de pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual se cobre cuando el afiliado o derechohabiente reciba el pago…"

Lo manifestado por la Autoridad Fiscalizadora respecto al proceso de "conciliación de compensación de cotizaciones realizados entre las Administradoras de Fondos de Pensiones, Entidades Aseguradoras y SENASIR", de ninguna manera señala que en dicha conciliación se tenga que acordar o consensuar aspectos que vayan en detrimento de las disposiciones legales inherentes a la materia así como el detrimento de los recursos económicos que eroga el Estado. El fundamento de la necesidad de emitir una nueva normativa sobre el pago de la comisión por el servicio que prestan las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras por el pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, para la emisión de la Resolución Administrativa se circunscribe en la necesidad de que el Estado no erogue recursos por un servicio de pago no se llegó a concretar.

En este contexto la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones manifiesta que "*las reuniones señaladas por la AFP no tienen relación alguna con la seguridad jurídica que se pretende hacer valer toda vez que estas fueron realizadas con el objeto de coordinar y poner en conocimiento de los regulados la nueva operativa para la percepción de la comisión; por tanto las actividades desarrolladas entre la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP y la AFP de ninguna manera pueden plasmarse necesariamente en norma, como criterios definitivos para su cumplimiento.*". Señala también que: "*la seguridad jurídica que otorga esta Autoridad no se da en virtud de acuerdos o consensos, sino por la norma que emite…*"

En este contexto el acto administrativo que genere derechos y obligaciones al administrado debe circunscribirse velando los intereses del Estado y la sociedad fundamentación suficiente de la necesidad que llevó a la autoridad administrativa a emitir el acto, toda vez de que el sujeto regulado no puede verse afectado en sus derechos subjetivos pretendiendo alegar derechos que afecten los recursos confiados a la administración estatal.

Por otro lado, el acto administrativo a ser dictado cuenta con la suficiente motivación de hecho y derecho que justifique el pronunciamiento a emitir, constituyéndose como un elemento esencial de fundamentación el desmedro de los recursos de los bolivianos administrados por Estado al efectivizar una comisión por un servicio de pago que no se llegó a concretar.

Las Administradoras de Pensiones manifiestan también que se estaría vulnerando el derecho al trabajo y a una remuneración justa amparados por la Constitución Política del Estado, debido a que el pago del beneficio de Compensación de Cotizaciones conlleva un proceso previo para su efectivización y que el beneficiario que no ejerza su derecho de cobro no libera a estas entidades de los gastos realizados en el proceso previo a dicho pago,

solicitando se considere lo dispuesto en el artículo 32 inc. c) de la Ley de Pensiones N° 1732, señalando el recurrente que dicha disposición legal determina claramente el pago de comisiones por servicios sin condición alguna; por lo que corresponde traer a colación la norma invocada, a saber:

*"**ARTÍCULO 32°.- SERVICIOS Y COMISIONES**.-*

c) El servicio de pago de Pensiones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el servicio de administración y pago de los beneficios de la capitalización, serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos."

La disposición legal glosada efectivamente dispone el pago de una comisión por el servicio de pago, pero no debemos olvidar que dicha norma constituye una Ley marco que cuenta tanto con una disposición reglamentaria establecida por la propia Ley 1732 en su artículo 68 por la cual dispone que el Poder Ejecutivo reglamentará tal disposición aprobándose en consecuencia el Decreto Supremo N° 24469 que a su vez en el marco de reglamentación le otorga la atribución al órgano de fiscalización de emitir normas de carácter regulatorio que vayan acorde con las normas administrativas en el ámbito de pensiones.

Dentro las atribuciones de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones se encuentra precisamente el de emitir disposiciones normativas de carácter regulatorio que reglamenten las disposiciones contenida en la Ley general ya que dicha norma hace referencia que el pago de los beneficios de la capitalización, serán remunerados mediante comisiones **correspondientes** a cada uno de dichos pagos.

Como se puede apreciar la Ley 1732 de manera general reconoce las comisiones que deban percibir las Administradoras de Fondos de Pensiones por el pago de los beneficios de la capitalización, manifestando también que las remuneraciones serán mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos; en este contexto la precitada norma legal de manera categórica hace referencia a las **comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos** y estas comisiones correspondientes necesariamente deben ser reglamentadas por órgano competente; en esta caso la autoridad fiscalizadora del mercado de pensiones, en este contexto se emitió la Resolución Administrativa AP/DPC/N° 198-2010 de 3 de septiembre de 2010.

Ahora bien, en la esfera de el procedimiento previo al pago que realizan las entidades pagadoras del beneficio de la Compensación de Cotizaciones, las Administradoras señalan que no pueden estar sujetos a la disposición del beneficiario de cobrar o no ese derecho ya que estas igualmente deben procesar las correspondientes planillas, situación que si bien es evidente, no podemos olvidar que el porcentaje de beneficiarios es mínimo en relación a los que sí cobran dicho beneficio, aspecto de riesgo que necesariamente debe correr por parte de las entidades pagadoras y no pretender erogar un gasto al Estado por un servicio no concretado ya que dicha obligación se la estaría cobrando a todos los beneficiarios y aportantes del SSO, sin que el acto por el cual se paga se haya consumado.

Finalmente, el recurrente señala la Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 198-2010 de 3 de septiembre de 2010, en materia contable cambia la forma de cobro de devengado a efectivo aspecto que contravendría las disposiciones tributarias y la aplicabilidad de las normas técnicas contables establecidas en la Ley de Impuestos Nº 843.

La ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341, establece los principios generales de la actividad administrativa entre los que se encuentra el principio de legalidad y legitimidad de los actos administrativos en el que manifiesta que las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la ley se presumen legítimas. En este contexto la presunción de legalidad de los actos administrativos tiene un efecto *"iuris et de iure"* puesto que cumplieron con los requisitos materiales y formales para su pronunciamiento, siendo este de cumplimiento obligatorio para los sujetos regulados en tanto una declaración expresa de autoridad competente determine lo contrario.

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

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a lo compulsado la Autoridad fiscalizadora del mercado de pensiones ha emitido los actos administrativos recurridos en estricto apego a las disposiciones legales vigentes en materia administrativa y en cumplimiento al mandato otorgado por el poder ejecutivo conforme a ley , reglamentando los alcances de la Ley Marco de Pensiones Nº 1732 y su Decreto Reglamentario.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá confirmar la Resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa AP/Nº 198-2010 de 3 de septiembre de 2010, que en recurso de revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 159/2010 de 13 de julio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 787/2010 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 006/2011 DE 28 DE ENERO DE 2011

FALLO
REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2011

La Paz, 28 de enero de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 787/2010 de 03 de septiembre de 2010 (Renombrada por Resolución Administrativa ASFI Nº 823/2010 de 16 de septiembre de 2010), que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 592 de 15 de julio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 009/2011 de 25 de enero de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 23 de septiembre de 2010, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA** representada legalmente por el señor Javier Palza Prudencio, tal como acredita el Testimonio Poder No. 426/2007 de 25 de julio de 2007, otorgado por ante Notaría de Fe

Pública de Primera Clase N° 098 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Juan Carlos Rivera Aldazosa, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 787/2010 de 03 de septiembre de 2010 (Renombrada por Resolución Administrativa ASFI N° 823/2010 de 16 de septiembre de 2010), que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 592/2010 de 15 de julio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 98387/2010 con fecha de recepción de 28 de septiembre de los corrientes, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 787/2010 de 03 de septiembre de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 01 de octubre de 2010, notificado en fecha 04 de octubre.

Que, en fecha 3 de noviembre de 2010, se llevó a cabo la Exposición Oral de Fundamentos de la entidad recurrente BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**.**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI 592/2010 DE 15 DE JULIO DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 592/2010 de 15 de julio de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió lo siguiente:

> ***"RESUELVE**:*
>
> ***PRIMERO.-** Sancionar a **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA** con una multa en Bolivianos, equivalente a $us. 750.- (SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por infracción al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores No 1834 de 31 de marzo de 1998; al numeral II. 1 incisos a) y b) de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS N° 174 de 10 de marzo de 2005 y a los artículos 21 inciso c) y 30 de la Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 751 de 8 de diciembre de 2004."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 05 de agosto de 2010, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI 592/2010 de 15 de julio de 2010, con los siguientes argumentos:

> ***"(…) <u>CONSIDERACIONES DE ORDEN JURÍDICO</u>***
>
> *La motivación que contiene la Resolución de Sanción emitida por la ASFI en la parte considerativa señala que:*

a. *Se debe considerar que con la conducta descrita en la notificación de cargos.* ***BISA BOLSA*** *incurrió en una infracción cometida por culpa, definida como negligencia o imprudencia.*

b. *Se debe tomar en cuenta como circunstancias atenuantes que* ***BISA BOLSA*** *realizó el reproceso de información a fin de subsanar el error, que el incumplimiento no causó perjuicios a personas naturales o jurídicas, que* ***BISA BOLSA*** *no obtuvo beneficios y que no existieron consecuencias en el Mercado de Valores.*

Respecto a la determinación de la culpa, debemos aclarar que ***BISA BOLSA*** *ha actuado de "buena fe" y no de manera intencional al asignar el código 06 a los DPF's, creyendo que era lo correcto, en lugar del código 07, lo cual la exime de culpabilidad, circunstancia que no ha sido tomada en cuenta por la ASFI.*

De la misma forma, sin (sic) bien la ASFI refiere los hechos que atenúan la responsabilidad de ***BISA BOLSA,*** *describiéndolos claramente en la parte considerativa de la Resolución ASFI No 592/2010, cuyo análisis sugiriera una amonestación, contradictoriamente en la parte resolutiva la ASFI concluye imponiendo una sanción de multa. En este sentido, la ASFI muestra una falta de congruencia, puesto que en la parte considerativa de una decisión administrativa, la autoridad debe plasmar las razones de hecho y de derecho que determinaron e indujeron a adoptar la decisión final.*

Como producto del análisis de las circunstancias de la conducta anti culpable de ***BISA BOLSA*** *(tal como la califica la propia ASFI), debe corresponder la sanción de amonestación por no prestar sus servicios en forma diligente, en aplicación del Inciso a) numeral 1, del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Supremo No 26156 de techa 30 de abril de 2001.*

Por lo anterior, consideramos que no existen razones de hecho y de derecho que justifiquen la aplicación de una sanción de multa por un incumplimiento que no ha generado daño alguno ni puesto en peligro al mercado.

CONSIDERACIONES DE ORDEN LEGAL

La Resolución de Sanción que impone una multa en contra de ***BISA BOLSA*** *expone los siguientes fundamentos legales:*

1. *El incumplimiento en forma con las medidas establecidas por la ASFI a través de Resoluciones Administrativas, está contemplado como infracción específica sancionable con multa da Primer Rango en el numeral 7 del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores. Decreto Supremo No. 26156 de fecha 30 de abril de 2001.*

2. *BISA BOLSA fue pasible a sanción por la misma infracción al inciso a) del numeral II. 1 del apartado II de la Metodología de Valoración mediante Resoluciones Administrativas SPVS-IV-No. 8 de 2 de enero de 2008 y SPVS-IV-No. 68 de 10 de febrero de 2009, por lo cual incurre en reincidencia de acuerdo a lo previsto en el inciso a) del artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

El artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores indica que 'se tomará en cuenta aquellas infracciones anteriores que fueron sancionadas mediante Resolución Administrativa dentro del plazo de los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de la infracción por la cual se incurrió en reincidencia'

Respecto a la aplicación de las normas legales que justifican la Imposición de la sanción de multa ***a BISA BOLSA*** *a través de la Resolución ASFI No. 592/2010 de fecha 15 de julio de 2010, consideramos pertinente hacer el siguiente análisis legal:*

1. *Por un lado, el inciso a) del numeral I del artículo del 12 Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores señala que la sanción de amonestación será aplicada a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.* ***BISA BOLSA*** *subsanó el error a través del reproceso de la información. Además, no se causó perjuicios a personas naturales ni jurídicas, tampoco* ***BISA BOLSA*** *obtuvo beneficios. Y no existieron consecuencias en el Mercado de Valores.*

Asimismo, el numeral 1 del inciso a) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, determina que aplica la amonestación por no realizar actividades o no prestar servicios en forma diligente. La misma ASFI calificó la conducta de ***BISA BOLSA*** *como negligente, concepto definido por el Diccionario de la Real Academia como falta de diligencia.*

Finalmente, el artículo 24 del referido Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores señala que los reportes diarios de operaciones que las Agencias de Bolsa remitan a la ASFI conforme a normas legales, deben encontrarse libres de errores y que cuando los errores en los reportes diarios de operaciones alcancen un número de diez (10), se sancionará con una multa, tomando en cuenta que sucedan en una misma gestión anual. La tabla de valoración de cartera se remite diariamente a la ASFI y los errores de ***BISA BOLSA*** *en la presente gestión no alcanzan el número de diez (10).*

Por lo anterior, la decisión de la ASFI resulta ilegítima y viola el principio de aplicación de norma más benigna, porque sanciona con multa sin observancia de las normas que, para el incumplimiento de ***BISA BOLSA,*** *claramente*

determinan una sanción de amonestación.

La sanción de amonestación de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 8 de 2 de enero de 2008 corresponde a una infracción de fecha 8 de junio de 2007. De igual forma, la sanción de amonestación de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 63 de 10 de febrero de 2009 corresponde a una infracción suscitada entre el 30 de mayo al 3 de junio de 2008, además, el artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores no hace mención al periodo en que un acto repetido puede ser considerado reincidencia, constituyéndose en un exceso de la ASFI el pretender confundir al regulado extendiendo el contenido de la norma a su propio criterio.

En todo caso, y como criterio doctrinalmente aceptado en el Derecho Administrativo Punitivo, la reincidencia debe ser considerada en el transcurso de un año y para que ésta sea tal, debe existir la intencionalidad del infractor, elementos que no se presentan en el incumplimiento de ***BISA BOLSA.***

PRINCIPIOS VULNERADOS

Habiendo procedido con la exposición de antecedentes, argumentos de hecho y de derecho y los legales, consideramos que su autoridad emitió la Resolución ASFI No. 592/2010 apartándose de los siguientes principios que rigen en materia administrativa, y que se deberían contemplar al momento de aplicar sanciones:

***Principio da Congruencia**, referido a que los actos administrativos sancionatorios deben ser fundamentados, precisos y coherentes debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados con la resolución final por lo tanto, los elementos analizados en la motivación de una resolución administrativa, que es el elemento objetivo del acto administrativo, constituyen las razones de hecho y de derecho que conducen a adoptar una decisión.*

La Resolución ASFI No 595/2010 reconoce como elementos de la motivación que no hubo perjuicios a personas naturales ni jurídicas ni al mercado de valores y que no hubo ganancias, beneficios o ventajas para BISA BOLSA ni para terceras personas, sin embargo adopta la decisión de sancionar a BISA BOLSA con una multa, cuando el análisis conduce a aplicar la amonestación.

***Principios de Tipicidad y Legalidad**, que de acuerdo a lo que señala el artículo 73 de la Ley 2341 serán infracciones administrativas 'las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias' debiendo Imponerse sólo 'aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias'.*

Lo anterior significa que la infracción y la sanción deben enunciarse de manera clara para que el sujeto administrado reconozca el hecho sancionable (conducta) y la consecuencia de perpetrarlo (pena).

No basta la descripción de un hecho definido como infracción, sino que debe imponerse la sanción que aplica para ese tipo de Infracción' Lo anterior está ligado al principio que predica que, en la duda, debe elegirse la norma más favorable, cuyo valor se resalta nuevamente en materia punitiva.

La Resolución ASFI No. 592/2010 justifica la sanción de multa en el artículo 7 y numeral 7 del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, cuando las normas que tipifican la conducta de BISA BOLSA y la sancionan con amonestación son inciso a) del numeral I del artículo del 12, numeral 1 del inciso a) del artículo 20 y -fundamentalmente- el artículo 24 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

***Principio de Proporcionalidad**, que establece que las resoluciones administrativas que impongan sanciones deberán estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse, tal como lo señala el artículo 75 da la Ley 2341. En otras palabras, se refiere a que 'la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido' (Derecho Administrativo Sancionador en Solivia: Walker San Miguel, 2005).*

Los errores en la valoración de DPF's no han puesto -ni subjetivamente considerado- en peligro el bien jurídico protegido (Mercado de Valores), ya que éstos pudieron ser subsanados y no han producido ningún perjuicio al mercado ni a ninguna persona determinada.

***Principio de Culpabilidad y Buena Fe**, la administración debe demostrar, conjuntamente a la existencia del incumplimiento a una norma, que dicha transgresión corresponde a una acción deliberada (o no) del Infractor, según el literal a) del artículo 11 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, elemento determinativo de la culpabilidad. Además, de acuerdo al literal e) del artículo 4 de la Ley 2341, en la relación de los particulares con el ente fiscalizador se presume el principio de 'buena fe" y se dispone que el procedimiento administrativo debe ser orientado por la confianza.*

Lo anterior significa que 'debe existir el elemento intencional, la voluntad del autor de la infracción para poder sancionar a su autor. Además ello se traduce en la exención de la responsabilidad administrativa en los casos que la persona cometió una infracción actuando de 'buena fe', creyendo que su conducta era licita' (Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia: Walker San Miguel, 2005).

*El error en la valoración de los DPF's que se atribuye a **BISA BOLSA** responde a una errada apreciación de la realidad y no a una acción deliberada de infringir la norma."*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 787/2010 DE 03 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 878/2010 de 03 de septiembre de 2010 (Que posteriormente fue rectificado el número de Resolución Administrativa a "*ASFI 787/2010 de 03 de septiembre de 2010*" mediante Resolución Administrativa ASFI N° 823/2010 de 16 de septiembre de 2010), resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 592/2010 de 15 de julio de 2010 con los siguientes fundamentos:

(…) "CONSIDERANDO:

Que, el numeral 1) del artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 establece que, una de las funciones y atribuciones de ASFI es cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Asimismo, el artículo 68 de la citada Ley dispone que los participantes del Mercado de Valores deberán mantener actualizada la información requerida por dicha norma legal y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del mercado y que dicha Información deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

Que, el artículo 21 inciso c) de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 751 de 8 de diciembre de 2004, establece que las Agencias de Bolsa tienen la obligación de realizar sus actividades en forma diligente.

Que, el artículo 30 de la misma norma, señala que es responsabilidad de la Agencia de Bolsa el contenido de la información enviada a esta Autoridad que les compete generar.

Que, la Metodología de Valoración, en el numeral II.1 incisos a) y b), establece, los códigos de valoración y los tipos de Valores de Renta Fija, respectivamente. Habiendo asignado el código 06 correspondiente a Certificados de Depósito a Plazo Fijo sin cupones, cuándo se debió asignar el código 07 de Certificados de Depósito a Plazo Fijo con cupones a tasa fija. Por ello al aplicar fórmulas distintas en el cálculo del Plazo Económico y la Tasa de Rendimiento Equivalente, el precio de los Valores fue calculado de manera errónea,

CONSIDERANDO:

Que, previamente a ingresar en el análisis de los descargos, corresponde realizar las siguientes precisiones, con relación al dolo y la culpa.

Concepto de Dolo

El Dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores, entre los que destacan como los principales Grisanli, Carrera, Manzini y Jiménez de Asüa quienes han emitido un concepto completo de lo que se entiende por el Dolo.

Según Hernando Grisanti el Dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito.

Según Francisco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legitimo de otro, el cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley.

Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se esté quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere.

Concepto de Culpa

De acuerdo a la definición de los hermanos Mazeaud, la culpa consistiría en un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que obre el autor.

Según Carrera, se entiende por culpa como la voluntad de omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

Siguiendo al último autor citado, la infracción culposa surge siempre y solamente por la inobservancia de normas y la infracción justificada un reproche de ligereza para el agente. La esencia de la culpa está en la inobservancia de normas sancionadas por los usos o expresamente previstas por las autoridades.

Por lo señalado, y en aplicación del caso tratado en la presente resolución, se debe señalar que el contenido de la culpa siempre es el mismo, la inobservancia de las normas impuestas por la autoridad, en tal caso se verifica una imprudencia o una negligencia, ya que no sólo es imprudente o negligente, el que descuida las cautelas impuestas por los usos de la vida ordinaria, sino también el que descuida Las cautelas prescritas expresamente por las autoridades.

Siguiendo lo señalado por el autor Carrara, la esencia de la culpa esta precisamente en la inobservancia de todas aquellas normas de conducta expresas.

La culpa consiste en la violación de la obligación de diligencia y prudencia que nos imponen determinadas normas. Concebida de esta manera la culpa, ella implica un reproche que se dirige al sujeto por el comportamiento psicológico contrario a determinadas normas de prudencia y diligencia, contrario a las exigencias impuestas al sujeto por el ordenamiento Jurídico.

Que, la doctrina señalada precedentemente, inequívocamente, determina la diferencia entre los conceptos de dolo y culpa, orientados a definir el motivo de la sanción Impuesta a BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA, considerando que su accionar estuvo enmarcado dentro de la esfera de la culpa.

CONSIDERANDO

Que, del análisis de los descargos presentados se tienen las siguientes consideraciones:

- *La conducta de BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA ha sido calificada como culposa, entendida la culpa como la omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho y no así dentro del marco doloso que si engloba a la intencionalidad; es así que la sanción impuesta por ASFI está orientada a sancionar una actitud poco diligente del regulado, aspecto que no sólo ha sido tomado en cuenta por ASFI sino que ha servido como parámetro para la aplicación de una sanción de primer rango, toda vez de que, si se hubiera determinado que existió intencionalidad, hubiera correspondido otro tipo de sanción.*

- *La Autoridad de Supervisión, no goza de plena discrecionalidad para imponer sanciones en el grado en el que estimen convenientes, sino que la calificación y modulación de la sanción debe sujetarse a las circunstancias marcadas por la Ley del Mercado de Valores y sus Decretos Reglamentarios, debiendo basarse en ellas siempre que estén debidamente probadas las infracciones puesto que de lo contrario, se vulneraria el principio de proporcionalidad que implica la congruencia entre la naturaleza de la infracción administrativa y la sanción impuesta.*

  Para la calificación, graduación y consiguiente modulación de la sanción se debe considerar lo establecido en la Ley del Mercado de Valores, la cual en sus artículos 109 y 110 define lo siguiente: 'La sanción de amonestación se impondrá por escrito y recaerá sobre fallas e infracciones leves. La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes del Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa'.

  En los artículos señalados precedentemente se desarrollan los siguientes conceptos.

  Son infracciones leves los hechos y actos imprudentes que no pudieron evitarse.

Son infracciones cometidas con culpa grave los actos y hechos cometidos con negligencia imprudencia que pudieron o debieron evitar.

Por lo señalado y contrariamente de lo que señala BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA, se debe establecer que la conducta de la AGENCIA, no puede ser calificada como infracción leve, ya que la falta de diligencia en la valoración incorrecta de los Depósitos a Plazo Fijo, pudo evitarse si BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA, hubiera obrado como un buen padre de familia en el momento de la constitución del patrimonio autónomo, consiguientemente no corresponde la sanción de amonestación, al evidenciarse actos culposos en el obrar del administrado.

- *Con relación a la reincidencia, es necesario recordar al Tratadista Cabanellas, para quien reincidencia, es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o, análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad' (Cabanellas Tomo VII:112), por lo que en el presente caso se ha aplicado correctamente este criterio toda vez que mediante Resoluciones Administrativas SPVS-IV- Nº 08 de 2 de enero de 2008 y SPVS-IV N° 68 de 10 de febrero de 2009, fue pasible a sanción por la misma infracción a la Metodología de Valoración, consecuentemente se evidencia en la conducta de BISA S A. AGENCIA DE BOLSA la configuración de la reincidencia.*

- *La parte considerativa de la Resolución recurrida (página 4) especifica claramente que la infracción sancionada, se adecúa al Primer Rango, del artículo 20, inciso b) numeral 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de La Ley del Mercado de Valores, consecuentemente, en la parte resolutiva de la referida Resolución, se sanciona en el parámetro señalado por la referida norma, por lo que el Principio de Congruencia se ha cumplido plenamente. Por lo que la motivación contemplada en la Resolución ASFI Nº 592/2010 de 15 de julio de 2010, está orientada a modular la sanción de Primer Rango referida, toda vez que por los argumentos ya señalados precedentemente no corresponde una sanción de amonestación.*

- *El Principio de Culpabilidad, se divide en dos aspectos: El primero señala que no hay pena si hay culpa del sujeto que realizó la conducta típica y el segundo dice que no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor; en el presente caso ambos preceptos del Principio de Culpabilidad se han cumplido a cabalidad, toda vez que la Resolución recurrida, ha corroborado el incumplimiento a la Ley del Mercado de Valores N° 1834, a la Metodología de la Valoración, y la Normativa para Agencias de Bolsa, y dicho incumplimiento le es atribuible ha (sic) BISA SA AGENCIA DE BOLSA, por otro lado y con relación al Principio de Buena Fe, se debe señalar que el artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo determina que en virtud a este Principio debe*

existir confianza y colaboración entre los regulados y los servidores públicos, aspecto que de ninguna forma significa que sus faltas no seas sancionadas de acuerdo al rango que la misma Ley determina, por lo que los Principios señalados por BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA, fueron plenamente cumplidos.

- *Respecto a la afirmación de que ante la duda debe aplicarse la sanción más favorable, se debe señalar que en el presente caso, no existe duda alguna de que la infracción cometida se encuentra tipificada en el primer Rango del artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas, por lo que la infracción fue tipificada y sancionada de acuerdo al marco legal vigente en el Mercado de Valores.*

- *Finalmente en el presente caso se debe señalar que se ha comprobado que existió culpabilidad por parte de BISA SA. AGENCIA DE BOLSA, quienes señalan 'consideramos que no existen razones de hecho y de derecho que justifiquen la aplicación de una sanción de* ***multa por un Incumplimiento*** *que no ha generado daño alguno ni puesto en peligro al mercado', así mismo con relación al Principio de Buena Fe, se debe señalar que la Buena Fe de los actos de los regulados se desvirtúan cuando dentro de un proceso sancionatorio se comprueba que existió infracción, ya sea este accionar doloso o culposo; en el presente caso la Buena Fe del regulado no ha sido cuestionada ni puesta en duda, sin embargo corresponde que la infracción sea sancionada…"*

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 23 de septiembre de 2010, **BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 787/2010 de 03 de septiembre de 2010, expresando lo siguiente:

"(…) RECURSO JERARQUICO

Habiendo sido notificados con la Resolución ASFI No. 787/2010 y dentro del plazo señalado por el artículo 53 del decreto Supremo No. 23215 tenemos a bien objetar el contenido y determinación de la resolución ASFI N.787/2010, debido a que la misma no desvirtúa los argumentos legales y jurídicos expuestos por BISA BOLSA en relación a la vulneración de derechos subjetivos e intereses legítimos causados por la Resolución ASFI No. 592/2010 en relación a la aplicación de una sanción de multa, agravada por supuesta reincidencia, en contra de principios del derecho administrativo.

Por estas razones, nuevamente acudimos a su autoridad para que eleve el correspondiente expediente administrativo ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, para que sea esta autoridad superior quien, declarando procedente el Recurso Jerárquico que presentamos, disponga la revocatoria de la Resolución ASFI No. 787/2010 y deje sin efecto la Resolución ASFI No. 592/2010, por los motivos que exponemos a continuación:

FUNDAMENTO PROCESAL

El presente Recurso Jerárquico es planteado de conformidad con los artículos 56 y 66 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 52 y siguientes del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

ARGUMENTOS DE DERECHO EMPLEADOS

En relación al Recurso de Revocatoria presentado por ***BISA BOLSA,*** *el análisis de la ASFI expuesto en la Resolución ASFI No. 787/2010 concluye en que "los argumentos esbozados por el recurrente, en el Recurso de Revocatoria, no enervaron los fundamentos de la resolución sancionatoria". Y para arribar a esta conclusión, la autoridad reguladora presenta el siguiente análisis, que sugerimos puntualizar a fin de poder hacer un sustento esquemático que nos permita aclarar, en base a elementos técnicos, jurídicos y legales, los motivos por los cuales no corresponde la sanción de multa de aplicada por la Resolución ASFI No. 592/2010 en contra de* ***BISA BOLSA.***

1. Concepto de Culpa y Culpabilidad

1.1 La Resolución ASFI No. 787/2010 señala que 'en aplicación del caso tratado en la presente resolución, se debe señalar que el contenido de la culpa siempre es el mismo, la inobservancia de las normas impuestas por la autoridad...'.

Más adelante, la Resolución ASFI No. 787/2010 señala que "la culpa consiste en la violación de la obligación de diligencia y prudencia que nos imponen determinadas normas. Concebida de esa manera la culpa, ella implica un reproche que se dirige al sujeto por el comportamiento psicológico contrario a determinadas normas de prudencia y diligencia, contrario a las exigencias impuestas al sujeto por el ordenamiento jurídico". 1.3 Asimismo, la Resolución ASFI No. 787/2010 señala que la conducta de ***BISA BOLSA*** *'ha sido calificada como culposa, entendida la culpa como la omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles v previsibles del propio hecho y no así dentro del marco doloso que si engloba a la intencionalidad...'.*

2. Elemento Reincidencia

2.1 En concreto, respecto a la reincidencia, la Resolución ASFI No. 787/2010 se apoya en el concepto jurídico del Tratadista Cabanellas, para quien "reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad".

2.2 Además, la Resolución ASFI No. 787/2010 señala que la ASFI 'no goza de plena discrecionalidad para imponer sanciones en el grado en el que estimen convenientes, sino que la calificación y modulación de la sanción debe sujetarse a las circunstancias

marcadas por la Ley del Mercado de Valores y sus Decretos Reglamentarios, debiendo basarse en ellas siempre que estén debidamente probadas las infracciones...'.

2.3 Y también, la Resolución ASFI No. 787/2010 señala que 'Respecto a la afirmación de que ante la duda debe aplicarse la sanción más favorable... en el presente caso, no existe duda alguna de que la infracción cometida se encuentra tipificada en el primer Rango del artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas...'.

3. Principios de la actividad administrativa

3.1 Respecto al Principio de Culpabilidad, la Resolución ASFI No. 787/2010 señala que 'no hay pena si hay culpa del sujeto que realizó la conducta típica" y "no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor'.

3.2 Respecto al Principio de Buena Fe, la Resolución ASFI No. 787/2010 señala que 'debe existir confianza y colaboración entre los regulados y los servidores públicos, aspecto que de ninguna forma significa que sus faltas no sean sancionadas de acuerdo al rango que la misma Ley determina...'.

ARGUMENTOS DEL RECURSO JERARQUICO

Además de lo fundamentado con motivo del Recurso de Revocatoria, para apoyar el presente Recurso Jerárquico, hemos visto por conveniente que nuestro análisis parta de la anterior relación de conclusiones a las que arriba la ASFI en la Resolución ASFI No, 787/2010:

1. Concepto de Culpa y Culpabilidad

A los puntos 1.1 y 1.2:

*Debemos aclarar que **BISA BOLSA** no ha dejado de observar las normas impuestas por la ASFI respecto a la valoración de los DPF's. Como bien define el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, quien recurre al profesor Jiménez de Asúa, 'la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".*

*El hecho de asignar el código 06 a los DPF's, creyendo de "buena fe" que era lo correcto, en lugar del código 07, no es una conducta antijurídica reprochable y en consecuencia no hay culpabilidad atribuible a **BISA BOLSA.** Lo reprochable, por estar en contra del Derecho (o sea, por ser antijurídico), hubiera sido desconocer la norma de valoración (Metodología de Valoración) y no valorar los DPF's.*

*En consecuencia, tampoco se puede aseverar que existe una violación de la obligación ni un comportamiento psicológico contrario, puesto que **BISA BOLSA** ha cumplido con su obligación de valorar los DPF's.*

Al punto 1.3:

*La conducta de **BISA BOLSA** no puede ser calificada como culposa en contraposición a la conducta dolosa sencilla y únicamente porque le falta el elemento intencionalidad, como si necesariamente cualquier acción u omisión del regulado tuviera que ser encuadrada en la esfera del dolo o la culpa. Por otro lado, al análisis de la ASFI le falta incluir el elemento daño. Nuevamente recurriendo al Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, respecto a la culpa tenemos que "Es un concepto contrapuesto al dolo, porque, mientras en la culpa la intención está referida a la acción u omisión que causa el daño sin propósito de hacerlo, en el dolo la intención recae sobre el daño mismo que se ocasiona". Al respecto recordamos que como afirmación de la propia ASFI en la Resolución ASFI No 592/2010 "el incumplimiento no causó perjuicios a personas naturales o jurídicas...". Es decir, el error en la valoración de los DPF's no ha derivado en ningún daño al mercado.*

*En conclusión, sobre los conceptos de culpa y culpabilidad, la conducta Culpable no solo tiene que ser involuntaria (no intencional) sino que tiene que ser antijurídica y -además- debe producir daño, elementos que no se presentan en la conducta de **BISA BOLSA** bajo análisis.*

Finalmente, considerando los conceptos establecidos por la Ley del Mercado de Valores, a los cuales también recurre la Resolución ASFI No. 787/2010, tenemos claramente establecido que.

a) Las faltas e infracciones leves son hechos o actos imprudentes que no pudieron evitarse, que no causen daño o perjuicio económico a las personas y entidades que participan en el mercado de Valores o a terceros y sean susceptibles de enmienda o regularizados. A estas faltas o infracciones corresponden una sanción de amonestación, y la reincidencia en esta misma infracción, recién será sancionada con multa (Artículo 109 de la Ley del Mercado de Valores).

b) La culpa grave son actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar, que implican una infracción u omisión. A estas infracciones u omisiones corresponden sanciones de multa (Artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores).

2. Elemento Reincidencia

Al punto 2.1

De la definición penalista que aporta la ASFI del concepto de reincidencia, tomado del Tratadista Cabanellas, claramente podemos concluir que necesariamente se tiene que distinguir entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionatorio. Mientras para el Derecho Penal el delito es todo ataque a la seguridad de las personas y bienes y a los derechos fundamentales del ser humano; el Derecho Administrativo Sancionador es un mecanismo del que

goza el Estado para sancionar las infracciones administrativas que sólo afectan a cuestiones accidentales dentro de un Estado (como el bienestar común) y no constituyen delitos (Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia: Walker San Miguel, 2005).

Por lo anterior, se justifica que en materia penal la reincidencia no tenga establecida un umbral temporal. Pero, cuando nos referimos a materia administrativa, donde los servicios que presta el regulado responden a una operativa en constante observación por el regulador y por tanto se está altamente expuesto, la doctrina ha aceptado como criterio común que la reincidencia tenga que ser considerada sólo en el transcurso de un año y -más aún- que para que ésta sea tal, debe existir la intencionalidad del infractor, elementos que no se presentan en la infracción de ***BISA BOLSA.***

A los punto (sic) 2.2 y 2.3

Debido a que el artículo 7 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores no hace mención al período en que un acto repetido puede ser calificado como reincidencia, contrariamente a lo que afirma la ASFI en La Resolución ASFI No. 592/2010, consideramos una desproporción por parte de la ASFI el hecho de invocar el tiempo de 3 años fijado en el artículo 8 del referido reglamento (prescripción para imponer sanciones) como el periodo computable para calificar una conducta de reincidente.

En todo caso, rescatamos que la ASFI comparta nuestro criterio que en materia administrativa, la reincidencia está limitada por el tiempo. Es por este motivo que sostenemos que como parte del respeto a los Principios de Tipicidad y Legalidad, en la duda de no haberse previsto en la norma el tiempo fijado para que aplique un endurecimiento de la pena por reincidencia, debe elegirse la norma más favorable.

3. Principios de la actividad administrativa

A los puntos 3.1 y 3.2:

En cuanto a los principios de culpabilidad y buena fe, son las mismas expresiones vertidas por la ASFI en la Resolución que confirma la aplicación de la multa, las que nos ayudan a concluir que al no haber conducta reprochable porque no se ha calificado un daño, no hay culpabilidad y en consecuencia no puede haber pena, porque no es justo sancionar con multa a quien ha obrado de buena fe, puesto que el error cometido por ***BISA BOLSA*** *en la valoración de los DPF's se debe a una falsa creencia, que es excluyente -nuevamente- de la culpabilidad.*

En definitiva, el error en la valoración de los DPF's que se atribuye a ***BISA BOLSA*** *responde a una errada apreciación de la realidad y no a una acción deliberada de infringir la norma, por lo que sancionar con multa afecta los derechos subjetivos de*

BISA BOLSA; *y que al extenderse el alcance de una norma que no corresponde, se ha ido en desmedro de los intereses legítimos de* ***BISA BOLSA.***

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REVOCATORIA

Resaltamos que la Resolución ASFI 787/2010 no ha hecho referencia a otros argumentos de orden estrictamente legal, que tienen que ver con la aplicación de normas específicas, y que hemos utilizado en nuestro memorial de presentación del Recurso de Revocatoria. En este sentido, nos remitimos al memorial de fecha 4 de agosto de 2010 para ratificar su contenido y solicitamos que la autoridad que resuelve el Recurso Jerárquico tome en cuenta que:

A. *El inciso a) del numeral I. del artículo del 12 Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores señala que la sanción de amonestación será aplicada a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.* ***BISA BOLSA*** *subsanó el error a través del reproceso de la información; no se causó perjuicios a personas naturales ni jurídicas; tampoco hubo beneficios para* ***BISA BOLSA;*** *y finalmente, no existieron consecuencias en el Mercado de Valores.*

B. *El numeral 1 del inciso a) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, determina que aplica la amonestación por no realizar actividades o no prestar servicios en forma diligente. La conducta de* ***BISA BOLSA*** *ha sido calificada por la ASFI como negligente, concepto definido por el Diccionario de la Real Academia como falta de diligencia.*

C. *El artículo 24 del referido Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores señala que los reportes diarios de operaciones que las Agencias de Bolsa remitan a la ASFI conforme a normas legales, deben encontrarse libres de errores y que cuando los errores en los reportes diarios de operaciones alcancen un número de diez (10), se sancionará con una multa, tomando en cuenta que sucedan en una misma gestión anual. La tabla de valoración de cartera se remite diariamente a la ASFI y los errores de* ***BISA BOLSA*** *en la presente gestión no alcanzan el número de diez (10).*

   Sin embargo, a pesar de existir normas específicas que sancionan con amonestación el hecho de haber cometido un error por parte de ***BISA BOLSA*** *en la valoración de los DPF's, la Resolución ASFI No. 592/2010 forzadamente justifica la sanción de multa en el artículo 7 y numeral 7 del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

PRINCIPIOS VULNERADOS

Por todos los argumentos técnicos, legales y jurídicos que hemos señalado en este documento, nos permitimos ratificar nuestra exposición de principios administrativos vulnerados por la Resolución ASFI No. 592/2010 contenida en el memorial de fecha 4 de agosto de 2010, referidos a:

***Principio de Congruencia**, porque la Resolución ASFI No. 592/2010 reconoce como elementos de la motivación que no hubo perjuicios a personas naturales ni jurídicas ni al mercado de valores y que no hubo ganancias, beneficios o ventajas para **BISA BOLSA** ni para terceras personas, sin embargo adopta la decisión de sancionar a **BISA BOLSA** con una multa, cuando el análisis conduce a aplicar la amonestación.*

***Principios de Tipicidad y Legalidad**, porque la Resolución ASFI No. 592/2010 justifica la sanción de multa en el artículo 7 y numeral 7 del inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, cuando las normas que tipifican la conducta de **BISA BOLSA** y la sancionan con amonestación son el inciso a) del numeral I. del artículo del 12, numeral 1 del inciso a) del artículo 20 y -fundamentalmente- el artículo 24 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

***Principio de Proporcionalidad**, porque la Resolución ASFI No. 592/2010 no ha tomado en cuenta la proporcionalidad de los hechos con la sanción a aplicarse, puesto que los errores en la valoración de DPF's no han producido daño ni han puesto en peligro el bien jurídico protegido que es el Mercado de Valores.*

CONSIDERANDO:

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

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

El recurrente en los diferentes actuados admite la comisión de una infracción, al haber otorgado una asignación de codificación errónea a determinados depósitos a plazo fijo manifestando que lo que correspondía era una sanción de amonestación y no de multa; en este sentido de acuerdo a la verdad material que rige a la actividad administrativa la infracción cometida por BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA constituye un aspecto que no mereció mayor controversia dentro el presente exordio, debiendo en consecuencia realizar una compulsa legal sobre la tipificación de la sanción y posterior imposición de multa al regulado.

En este contexto BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA hace referencia a principios legales y

doctrinarios que rigen el derecho en general cuestionando lo manifestado por el fiscalizador, al desarrollar las definiciones legales de la culpa y el dolo, llegando a la conclusión que el recurrente tuvo una conducta culpable al asignar una codificación errónea Depósitos a Plazo Fijo.

1.-SOBRE LA CULPABILIDAD DEL RECURRENTE.-

No corresponde abundar en las definiciones de "culpa", debido a que estas fueron desarrolladas de manera amplia por el recurrente y el fiscalizador, sino que se debe identificar la naturaleza de dichas definiciones que han sido cuestionadas por ambos:

En este contexto es muy importante traer a colación nuevamente la parte pertinente del fundamento expuesto por la entidad recurrente referente al tema, quien expresa lo siguiente:

> *"El hecho de asignar el código 06 a los DPF's, creyendo de "buena fe" que era lo correcto, en lugar del código 07, no es una conducta antijurídica reprochable y en consecuencia no hay culpabilidad atribuible a* ***BISA BOLSA.*** *Lo reprochable, por estar en contra del Derecho (o sea, por ser antijurídico), hubiera sido desconocer la norma de valoración (Metodología de Valoración) y no valorar los DPF's."*
>
> *"En consecuencia, tampoco se puede aseverar que existe una violación de la obligación ni un comportamiento psicológico contrario, puesto que* ***BISA BOLSA*** *ha cumplido con su obligación de valorar los DPF's."*

Como bien lo manifestó la autoridad supervisora, la buena fe del regulado no es cuestionable ni ha sido cuestionada en ninguna etapa procesal no siendo legalmente sustentable pretender eludir una responsabilidad manifiesta y confesa de contravención a la normativa legal, con el hecho de que se la haya vulnerado "actuando de buena fe" y de esta forma la conducta no sea antijurídicamente reprochable y en consecuencia no haya culpabilidad atribuible a BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA.

Al respecto, es necesario aclarar que la antijuricidad está intrínsecamente ligada a la vulneración de las normas puesto que la contravención a una determinada disposición legal, conlleva una conducta antijurídica, contraria a derecho y todo acto contrario a derecho es reprochable ya sea en mayor o menor proporción de acuerdo a las circunstancias que llevó al actor a cometer el hecho. Asimismo la asignación de códigos a los DPF's por parte de BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA corresponde a una acción de hacer y no es un hecho natural que podría liberar de responsabilidad al regulado, en consecuencia el realizar una acción errónea, contraria a derecho ya sea de buena o mala fe; tiene un grado de culpabilidad del actor, al no tomar las medidas precautorias necesarias para evitar incurrir en error; más aún si ese error es una contravención a una disposición legal.

Resulta también contradictorio señalar "*que lo reprochable por estar contrario a derecho hubiera sido desconocer la norma de valoración*" ya que en primer término - por disposición constitucional - nadie puede argüir desconocimiento de la ley; acto seguido, el recurrente

categóricamente manifiesta tener pleno conocimiento de la norma que reglamenta la metodología de valoración de los DPF's, en consecuencia debió entonces tomar los recaudos necesarios para no contravenir tal disposición y ser pasible a una sanción.

Asimismo, es incongruente señalar que no existiría una violación a la obligación, debido a que tal como lo expresan las normas regulatorias del mercado de valores y toda disposición legal, es obligación de toda persona natural o jurídica cumplir las leyes, constituyendo una obligación ineludible de BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA - y todo el mercado regulado - cumplir las disposiciones normativas del sector, caso contrario serían pasibles a una determinada sanción de acuerdo a la circunstancias del caso.

2.- SOBRE LA CONDUCTA.-

El recurrente realiza una valoración de su conducta a momento de cometer la infracción, manifestando aspectos relacionados con una supuesta conducta dolosa. Este aspecto anteriormente ya fue delimitado, señalando que el órgano de regulación calificó la conducta de la entidad administradora de pensiones como culpable, y el elemento intencionalidad al que hace referencia esta, se encuentra relacionado estrictamente con una conducta dolosa, aspecto que no atinge al presente caso, por lo que pretender realizar una confusión legal sobre ello y relacionarlo con la culpa constituye una apreciación errónea por parte del recurrente, pretendiendo desvirtuar arbitrariamente lo que en realidad manifestó la autoridad supervisora.

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

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

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

apreciaciones ni valoraciones de carácter subjetivo.

3.- SOBRE LA REINCIDENCIA DE LA CONDUCTA.-

El recurrente hace referencia sobre el periodo en el que opera la prescripción en la reincidencia de una infracción manifestando que la doctrina ha aceptado como criterio común el tiempo de un año y además que deba existir el elemento de intencionalidad del infractor.

Asimismo señala que el artículo 7º del Decreto Supremo Nº 26156, Reglamento de Aplicación de Sanciones administrativas de la Ley del Mercado de Valores no hace mención a que un acto repetitivo puede ser calificado como reincidencia, manifestando que la ASFI en la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 592/2010 manifiesta como periodo de la prescripción de la reincidencia de una infracción es de tres años.

Al respecto BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA hace alusión a aspectos doctrinales que no se encuentran debidamente respaldados sin manifestar la fuente doctrinal en la que se establece un periodo de prescripción de la reincidencia en materia administrativa sancionadora, limitándose a señalar de manera general que *"la doctrina ha aceptado como criterio común que la reincidencia tenga que ser considerada solo en el transcurso de un año"*; fundamentación legal que no puede ser tomada en cuenta debido a las consideraciones ya señaladas; debiendo aclarar que el instituto de la prescripción de la reincidencia se encuentra específicamente tipificada en el artículo 8º del Decreto Supremo Nº 26156 con el nomen juris *"prescripción"*, quedando claro que la norma especial para la aplicación de sanciones administrativas en el mercado de valores establece la aplicabilidad de la prescripción en la reincidencia para los casos específicos que los norma.

Por otra parte, no podemos soslayar lo manifestado por la autoridad supervisora en la Resolución Administrativa ASFI Nº 592/2010 de 15 de julio de 2010, sobre la reincidencia y el periodo para que opere la prescripción, habiendo emitido pronunciamiento al respecto de acuerdo a lo siguiente:

> *"Que el articulo 7 inciso a) de la misma norma, señala que habrá reincidencia siempre que el infractor sancionado mediante Resolución Administrativa que haya causado estado, incurra en la misma infracción que provoco la Resolución Administrativa señalada. El mismo artículo indica que se tomará en cuenta aquellas infracciones anteriores que fueron sancionadas mediante Resolución Administrativa dentro del plazo de los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de la infracción por la cual incurrió la reincidencia."*

Como se puede apreciar el órgano de regulación incurre en un error de apreciación de las disposiciones legales establecidas en el Decreto Supremo Nº 26156, ya que el artículo 7º no establece el plazo de la prescripción de la reincidencia, aspecto que no fue rectificado en la emisión de la Resolución Revocatoria que confirma el fallo siendo entonces incongruente lo manifestado por la entidad reguladora haciendo incurrir al regulado en error de apreciación de los alcances de la aludida disposición legal en consecuencia lo manifestado

por la ASFI respecto al caso concreto carece de fundamento legal lógico que pone en riesgo la eficacia del acto administrativo impugnado.

4.- SOBRE LOS ARGUMENTOS OMITIDOS POR LA ASFI EN RECURSO DE REVOCATORIA.-

BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA, de manera categórica refiere que la Autoridad Supervisora no se pronunció sobre aspectos puntuales que fueron fundamentados en el Recurso de Revocatoria interpuesto siendo el más relevante lo establecido en el artículo 24 del Decreto Supremo N° 26156. En este sentido solicita a instancia jerárquica tome en cuenta los aspectos puntualizados, debiendo en consecuencia, realizar una valoración legal adecuada de lo manifestado por el administrado.

Efectivamente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omitió emitir pronunciamiento especialmente sobre lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto Supremo N° 26156, situando al recurrente en una situación de inseguridad jurídica respecto al fallo emitido poniendo en duda la legalidad del acto emitido. En este sentido corresponde realizar una compulsa adecuada sobre los alcances de dicha disposición legal de acuerdo a lo siguiente:

El cuestionado artículo 24 del Decreto Supremo N° 26156 que Reglamenta la Sanciones Administrativas para el Mercado de Valores y que fue motivo de solicitud de pronunciamiento expreso por la ASFI establece.

> ***"ARTICULO 24°. (Errores o Inconsistencias de Información).-*** *Los reportes diarios de operaciones que las Bolsas de Valores, las Agencias de Bolsa, las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión y otros remitan a la Superintendencia conforme a normas legales, deben encontrarse libres de errores, inconsistencias u omisiones.*
>
> *Cuando los errores, inconsistencias u omisiones en los reportes diarios de operaciones alcancen un número de diez (10), se sancionará con una multa equivalente en Bolivianos a $us. 500.- (Quinientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).*
>
> *Lo anterior, solo se aplicará respecto a errores, inconsistencias u omisiones menores que no afecten de manera sustancial a la naturaleza de la información objeto de reporte ni a la transparencia del mercado.*
>
> *No obstante lo previsto en el párrafo anterior, será obligación de los infractores, remitir la información debidamente corregida dentro del plazo de veinticuatro (24) horas posteriores a la comunicación que realice la Superintendencia. Caso contrario, se aplicará lo dispuesto por el artículo 22° del presente Decreto Supremo.*
>
> *No serán objeto de la sanción prevista en el presente artículo, aquellos errores, inconsistencias u omisiones en los reportes diarios de operaciones, que no alcancen el número de diez (10) en una misma gestión anual."*

Realizando una exegesis de la glosada disposición legal tenemos que los reportes que realicen las Agencias de Bolsa debe estar libre de errores; y en caso de existir, estos no debe ser mayores a diez, caso contrario el regulado será pasible a una sanción de multa de $us. 500.- (Quinientos 00/0100 Dólares de los Estados Unidos de América), siendo obligación del regulado realizar la corrección pertinente en un plazo no mayor de 24 horas.

En el presente caso BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA remitió información errónea de cuatro Depósitos a Plazo Fijo con series BISN12100309, BISN12100409, BISN1211100509 y BISN12100609 que posteriormente según los antecedentes procesales estos fueron rectificados.

Otro de los requisitos para la aplicabilidad del citado artículo corresponde a que los errores, inconsistencias u omisiones menores que no afecten de manera sustancial a la naturaleza de la información, situación que la propia ASFI en la Resolución Administrativa Sancionatoria señala que "*a efectos de determinar el monto de la sanción a imponerse, se debe tomar en cuenta como circunstancias atenuantes a la infracción establecida, que la Agencia de Bolsa realizó el reproceso de información correspondiente, a fin de subsanar el error y que el incumplimiento no causó perjuicios a apersonas naturales o jurídicas, la Sociedad no obtuvo beneficios ni existieron consecuencias en el Mercado de Valores*…" (Resolución Administrativa ASFI Nº 592 de 15/07/2010, pág. 7)

Asimismo, con relación al tema, revisados cuidadosamente los informes legales ASFI/DSV/R-45112/2010, ASFI/DVS/R-65901/2010, ASFI/DVS/R-68970/2010 y ASFI/DAJ/R- 88782/2010, así como las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 592/2010 de 15 de julio de 2010 (*Sancionatoria)* y ASFI Nº 787/2010 de 3 de septiembre de 2010 (*Revocatoria*), no se evidencia fundamentación técnica ni legal de que el envió incorrecto de la información por parte de Bisa S.A. Agencia de Bolsa haya afectado de manera sustancial a la naturaleza de la información objeto del reporte ni se haya puesto en duda la transparencia del mercado, mas por el contrario la ASFI señala concretamente que la información fue corregida debidamente, no se causó perjuicios a terceros, no se obtuvo beneficios particulares ni existieron consecuencias en el mercado y para concluir los errores no fueron mayores a diez (10), aspecto que la ASFI no tomó en cuenta a momento de imponer una sanción al recurrente aplicando lo establecido en el artículo 21 del Decreto Supremo 26156 y a momento de realizar la imputación al regulado, en consecuencia lo establecido por el articulo vigesimocuarto de la aludida disposición reglamentaria de aplicación de sanciones exime de una eventual sanción pecuniaria a imponer al regulado sin que ello exima de la conducta culpable en la que incurrió al haber realizado una metodología valoración incorrecta en la codificación de los Depósitos a Plazo Fijo y consiguiente información remita a la autoridad reguladora.

Asimismo la citada disposición legal vigésima cuarta de la norma de sanciones manifiesta de manera categórica que cuando "*los errores, inconsistencias u omisiones en los reportes diarios de operaciones alcancen a un numero de diez (10) se sancionará con multa*…" y en el presente caso los errores corresponde a dos casos; aspecto que hace inviable una sanción acorde a lo dispuesto por el artículo veintiuno (21) de la tantas veces aludida disposición reglamentaria en consecuencia la revocatoria al acto administrativo impugnado

es manifiesta respetando el derecho fundamental a un debido proceso y una compulsa adecuada a derecho

CONSIDERANDO

De acuerdo a lo manifestado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha dado una correcta aplicación a las disposiciones administrativas regulatorias a momento de imponer una sanción de multa al regulado siendo que la norma especial y de preferente aplicación libera de una eventual multa al administrado por la naturaleza del cargo imputado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43, literal b), del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, deberá resolver el Recurso Jerárquico conforme a procedimiento.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCÚLO ÚNICO.- REVOCA la Resolución Administrativa ASFI N° 787/2010 de 03 de septiembre de 2010 *(De numeración corregida mediante Resolución Administrativa ASFI N° 823/2010 de 16 de septiembre de 2010)*, que en Recurso de Revocatoria confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 592/2010 de 15 de julio de 2010; ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/Nº 238-2010 DE 7 DE OCTUBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 007/2011 DE 1 DE MARZO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011

La Paz, 01 de marzo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la misma contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 015/2011 de fecha 17 de febrero de 2011 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 26 de octubre de 2010, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** representada legalmente por su Gerente de Inversiones y Finanzas Lic. José Antonio Gil, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera

Clase N° 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la misma contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/3134/2010 con fecha de recepción 29 de octubre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la misma contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010; Recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 4 de noviembre de 2010, notificado en fecha 10 de noviembre de 2010.

Que, en fecha 30 de noviembre de 2010, a horas 16:30 a.m., se recibió la exposición oral de fundamentos de la recurrente Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, en las personas de sus abogados Hugo Vía Escalante, Gilka Espada Paz y Patricia M. de Etienne.

Que, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 011/2011 de 21 de enero de 2011, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, documentación consistente en fotocopias del expediente correspondiente al Proceso Ejecutivo Social seguido por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones contra Lloyd Aéreo Boliviano S.A. por ante Juzgado del Trabajo de la ciudad de Cochabamba, solicitud que fue atendida favorablemente conforme consta en la nota AP/DJ/239/2011 de 26 de enero de 2011.

Que, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 033/2011 de 18 de febrero de 2011, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, información acerca de si han existido elementos o actuaciones que hubieran determinado la suspensión del término de la prescripción alegada por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, solicitud que fue atendida mediante nota AP/DJ/565/2011 de 21 de febrero de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 165-2010 DE FECHA 28 DE JULIO DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

> *"… **PRIMERO.- I.** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 1**, con una*

multa en Bolivianos equivalente a $us 3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a los artículos 23 y 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y los artículos 95 y 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997.

***II.** Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, deberá gestionar ante la Autoridad Jurisdiccional la rectificación en el Proceso Ejecutivo Social del apellido materno del señor Jhonny Fernando Ramírez Prado. Copia de la gestión incluirá el sello de recepción, la cual deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos.*

***SEGUNDO.- I.** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 2,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997.*

***TERCERO.- I.** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 3,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 de! Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997.*

***II.** Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá realizar las gestiones pertinentes en el Proceso Ejecutivo Social, para precautelar los intereses de los Afiliados conforme a normativa vigente.*

En caso de efectivizarse el cobro de honorarios profesionales con antelación a lo dispuesto por normativa vigente de pensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones deberá reponer el monto correspondiente con recursos propios.

***CUARTO.- I.** Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 9 de septiembre de 2010, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondo de Pensiones** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, presentando la siguiente argumentación:

"***FUNDAMENTO*** (sic) ***QUE DESVIRTÚAN LOS CARGOS***

SI BIEN LA ENTIDAD RECTORA DE FISCALIZACIÓN, CONTROL, SUPREVISIÓN (sic) *Y REGULACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL A LARGO PLAZO (AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES - AP) controla, supervisa y regula la Seguridad Social de largo plazo señaladas* (sic), *A TRAVÉS DE LA NORMATIVA ADMINSITRATIVA* (sic) *COMO ES EL ART. 292 DEL DECRETO SUPREMO 24469, ARTS. 66 Y 67 DEL DECRETO SUPRMEO* (sic) *27175, REGLAMENTO A LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINSITRATIVO* (sic) *PARA EL SISTEMA DE REGULACION FINANCIERA, DECRETO SUPREMO 0071, POR INFRACCION EN LOS ARTS. 23 Y 27 DE LA LEY 1732, ARTS. 95 Y 142 DEL Decreto Supremo 24469 y el informe técnico legal AP/DJ/91/2010, TIENE FACULTADES PARA APERCIBIR, SANCIONAR, POR SANCIONES*(sic), *LAS INFRACCIONES IMPUTADAS DEBEN ESTAR PREVISTAS EN LA NORMA COMO "TRANSGRESIONES, CONTRAVENCIONES, VIOLACIONES", ES DECIR DEBE EXISTIR PLENA COHERENCIA Y CONCORDANCIA ENTRE LO SANCIONADO Y LO PREVISTO EN LA NORMA SANCIONATORIA.*

LA SANCIÓN DISPUESTA EN CONTRA DE LA ENTIDAD QUE REPRESENTO NO CUENTA CON SUFICIENTE MOTIVACIÓN, ES DECIR NO EXPRESA DE FORMA CLARA Y PRECISA LOS MOTIVOS DE HECHO Y DE DERECHO EN QUE BASA SU DECISIÓN, TAMPOCO HA OTORGADO NINGÚN VALOR A LOS DECARGOS (sic) *PRESENTADOS POR NUESTRA PARTE. LA FUNDAMENTACION DE NINGUNA MANERA PUEDE SER REMPLAZADA* (sic) *POR LA RELACION DE HECHOS, COMO OCURRE EN EL CASO DE AUTO, SITUACIÓN QUE VULNERA DE MANERA FLAGRANTE EL DERECHO A LA DEFENSA PARA QUE PUEDA PERMITIRNOS UTILZAR* (sic) *LOS MECANISMOS LEGALES PARA IMPUGNAR LAS TRANSGRESIONES A LAS NORMATIVAS.*

ES NECESARIO DEJAR ESTABLECIDO QUE NO PUEDE ACUSARSE COMO ACTO ILEGAL O CULPOSO EL HECHO DE QUE UN ERROR PROVENIENTE DE LA MALA TRANSCRIPCION, PUEDA CONSTITUIR SANCION, MÁXIME SI DICHA ACTUACIÓN NO CAUSO PERJUCIO (sic) *NI DAÑO MATERIAL NI INMATERIAL A NINGUNA DE LAS PARTES, PEOR AUN EN EL CASO NUESTRO.*

POR OTRA, DEBE CONSIDERARSE QUE EL ERROR DE TRANSCIPCION (sic) *EN QUE SE INCURRIÓ NO VULNERÓ NINGÚN DERECHO, POR CUANTO NO SE HA MODIFICADO EN NADA LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PROCESO (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP CONTRA EL LLOYD AÉREO BOLIVIANO), TAMPOCO SE VULNERÓ NINGÚN DERECHO, POR CONSIGUIENTE EL ERROR INCURRIDO NO PUEDE SER SANCIONABLE.*

1. CON RELACION AL CARGO 1

El represente (sic) *legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, Ludwing Guardia Von Borries, por*

memorial de fecha 12 de mayo 2006, al amparo del art. 495 del C.P.C., arts. 23 de la Ley de Pensiones y art. 95 de su Decreto Reglamentario, solicita ampliación de ejecución de la sentencia, en virtud a la Nota de Débito 1-03-2006-0007 por Bs. 3.007.370, correspondiente a aportes a deudas al seguro social obligatorio (fondo de capitalización individual, riesgo profesional, riesgo común, comisiones e intereses), gastos judiciales de los periodos noviembre 2005 a marzo 2006, por la suma de Bs. 3.007.370,50 (TRES MILLONES SIETE MIL TRECIENTOS (sic) *SETENTA 50/100 BOLIVIANOS), para el efecto, ha señalado los nombres de los represente*s (sic) *legales del LAB.*

Por auto de fs. 432 Vlta., al amparo del art. 495 del C.P.C., se amplió la ejecución del trámite judicial, a cuyo efecto se ha dispuesto la notificación personal del Ernesto Raúl Asbun Gazaui en su condición de Presidente y Walter Sixto san Miguel (sic) *Rodríguez en su condición de Presidente del Directorio, por otra a Jhonny Fernando Ramírez Parada y Oscar Eduardo Salinas Quiroga, en su condición de apoderados, en su domicilio procesal, a objeto de que en el plazo de tres días exhiban los recibos que acrediten haberse extinguido la obligación, bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia.*

La referida actuación fue notificada conforme señala la determinación judicial, empero el Sr. Jhonny Fernando Ramírez Prado (sic) devuelve cedulón, señalando que su persona no apellida "Parada" sino "Prada".

Al respecto señalamos, que si bien es cierto que en el caso de autos por las recargadas labores que la institución tiene, hubo consignado erróneamente el segundo apellido de Jhonny Fernando Ramírez "PRADA" como "PARADA", también es cierto que la notificación, cumplió con la finalidad de comunicar al demandado (ejecutado) sobre lo resuelto en el proceso ejecutivo (ampliación de la demanda ejecutiva), pues conforme cursa el memorial de fs. 442 reconoce que el domicilio del LAB se hubo dejado una citación por cédula con la ampliación a la demanda, resultando que el defecto de forma que contiene el memorial de ampliación de la sentencia (fs. 432), no lo colocó en estado de indefensión, ni vulneró los derechos fundamentales, consecuentemente la observación invocada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, carece de relevancia, toda vez que el hecho de que no estuviese correctamente consignado su apellido del co ejecutado en ningún momento le ha privado o se le ha impedido conocer el contenido del memorial de fs. 332 y auto de ampliación que le sigue vlta. por cuanto el objeto de poner en conocimiento de parte demandada la ampliación de la sentencia ha sido cumplida.

Asimismo debe dejarse establecido que el auto ampliatorio fue objeto de ejecutoria, actuación que no ha impugnada (sic) *en tiempo ni plazo oportuno, habiendo perdido el ejecutado la oportunidad para realizar cualquier reclamo contra el mismo, en ese entendido se hubo operado el "principio de preclusión".*

En su 4° Párrafo del Cargo N° 1 su autoridad señala que "toda conducta que implique incumplimiento a la norma no puede ser catalogada como error, sino infracción.",

esta errónea apreciación vulnera todas (sic) *nuestros derechos elementales, ya que en ningún momento se incumplió la norma y menos aún los artículos que su autoridad señala como son el Art. 23 y 27 de la Ley de Pensiones, el primero referido al proceso ejecutivo social, cuando solo determina que las AFP's deben proceder a la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las AFP's; y el Art. 27 determina que: "La administración y el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del seguro social obligatorio de largo plazo y la administración de los beneficios de la capitalización son responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones."*

Como bien asevera su autoridad, el proceso ejecutivo social fue instaurado como corresponde y debida y legalmente ejecutoriado por lo tanto, pasado por autoridad de cosa juzgada, vale decir que no corresponde ningún recurso posterior, habiendo sido reconocida legal y justamente nuestra acreencia, por lo tanto cumplido a cabalidad el Art. 23, por parte de nuestra empresa.

Tampoco fue incumplido y menos infringido el Art. 27, ya que se actualizó la Nota de Débito con nueva deuda, misma que fue puesta en conocimiento del deudor, por lo que velando por los beneficios que otorga el SSO se inició la cobranza judicial y se actualizó la deuda.

Ahora bien, tampoco es justo ni correcto que el error consignado en el nombre del co ejecutado de Parada por Prado (que en ningún momento causó indefensión, perjuicio o daño material e inmaterial), nos ocasione una multa injusta.

De acuerdo a la acepción de nuestro diccionario de la Real Academia Española, error es sinónimo de lapsus, mismo que fue ocasionado por una corrección automática que realizó el corrector del Word, situación que es subsanable y no causa daño ya que como mencionamos nos encontramos en ejecución de sentencia, por lo que mal podría considerarse como infracción y menos aun violación a las disposiciones legales y vigentes de la Ley de Pensiones, por lo que solicitamos reconsiderar su determinación.

Finalmente, nos causa enorme preocupación y sorpresa que se nos acuse de haber participado en un nivel de conocimiento y culpa en las actividades desempeñadas, aseveración expresada en el párrafo once del Cargo N° 1, ya que en ningún momento cometimos un delito, por el texto de su resolución, Uds. señalan que nuestra conducta fue realizada con culpabilidad, por haber consignada (sic) *en forma "diferente" el nombre del co ejecutado, ya que no existe un resultado definitivo, que de acuerdo a la percepción de su institución, sería un resultado desfavorable, es decir, que por esa confusión habríamos perdido el juicio en este caso, con la consecuencia de una DEMANDA DECLARADA IMPROBADA y la pérdida del derecho a la acreencia, situación que en ningún momento sucedió, ya que como mencioné en todo el texto de este recurso nos encontramos con SENTENCIA EJECUTORIADA, es decir, ganado el juicio a favor de nuestros registrados, sin el perjuicio a los Fondos o a*

los Afiliados.

2. CON RELACION AL CARGO 2

La petición efectuada por memorial de fs. 533 de obrados, no ha causado perjuicio a ninguna de las partes, tampoco ha motivado retardación dentro del proceso, por lo que no puede constituirse en falta para el ejecutante y como tal no puede ser objeto de sanción.

Nuestra empresa, actuó con el cuidado exigible de un buen padre de familia, de acuerdo al Art. 142 del D.S. 24469, al haber obtenido Sentencia Ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada, habiendo logrado que se DECLARE PROBADA LA DEMANDA, por lo que mal podrían argüir que por solicitar la ejecutoria en dos oportunidades hubiéramos perjudicado o retrasado el proceso, de ningún modo y menos aún haber logrado nulidad de obrados o perjuicio en el desarrollo de su tramitación, resulta extraño que nos sancionen por haber conseguido un (sic) *Sentencia Ejecutoriada favorable a nuestros registrados.*

Adicionalmente, extraña el criterio procesal utilizado, cuando se asevera que las solicitudes de la AFP que no condicen con los antecedentes del proceso, pueden desembocar en pronunciamientos que distorsionen el PES y su riesgo inminente de ser declarado nulo, para cuya aseveración solicitamos nos indiquen la Jurisprudencia utilizada para el presente caso, la disposición legal en la que fundan su aseveración o caso contrario, nos expliquen la forma en la cual una Sentencia declarada Ejecutoriada puede convertirse en una SENTENCIA NO EJECUTORIADA y obviamente con la consecuencia, de acuerdo a su aseveración de IMPROBADA LA DEMANDA?, o declararse NULA la EJECUTORIA DE SENTENCIA?, y por el solo hecho de reiterar la solicitud de Ejecutoria pueda causar todos estos efectos?

Por lo expuesto, solicitamos su reconsideración al presente cargo en cumplimiento y aplicación a nuestro ordenamiento jurídico vigente.

3. CON RELACION AL CARGO 3

Debe dejarse en claro que la norma aplicable al Seguro Social Obligatorio a largo plazo es la especial al tenor del art. 15 de la actual ley del Órgano Judicial (Ley 025 de 24/06/2010) antes art. 5to. de la Ley de Organización Judicial, misma que a la letra señala: "... La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general..."

En ese contexto, el art. 11 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, refiere que el cobro de aportes al Seguro Social Obligatorio, tiene prelación en el cobro, es decir que su acreencia es privilegiada respecto a otro pago, puesto que los aportes son de los trabajadores, con fines personales para cubrir el seguro social a largo plazo, en consecuencia estando destinado este pago a los trabajadores su cobro tiene preferencia.

En el caso de autos no puede afirmarse que existe perjuicio, debido a que el auto de regulación de honorarios no ha sido debidamente notificado a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones en la persona de su gerente general, Julio Vargas León.

Una vez de que esta notificación sea practicada, asumiremos defensa material conforme corresponda al procedimiento establecido.

En el tercer párrafo de su Cargo N° 3, se señala que cuando nuestra empresa presentó sus descargos, el monto regulado no había sido cobrado, POR LO QUE habríamos aceptado haber conocido y asentido el tenor del memorial de solicitud de honorarios profesionales del abogado patrocinante, nada más falso, ya que al descargarnos solo "informábamos" lo que cursaba en el expediente y nos ratificamos en señalar que de acuerdo al trámite procesal encontrándose el proceso en ejecución de fallos, corresponde la SOLICITUD de Regulación de Honorarios Profesionales, solicitud que en ningún momento se constituye en exigencia inmediata, ya que como manda el Código de Procedimiento Civil, al constituirse en demanda nueva, ésta imprescindiblemente debe ser notificada a nuestro Gerente General, quien tiene la facultad exclusiva y única de conocer y ser notificado con procesos nuevos.

También es importante considerar que si se hubiera logrado notificar a nuestro Gerente General, situación que no se dio, obviamente hubiéramos utilizado los recursos que la ley nos permite para rechazar tal pretensión y oponernos y apelar ante las instancias correspondientes en virtud del Art. 11 del D.S. 25722, para hacer prevalecer la prelación de pago.

Pero, como su autoridad pudo comprobar en ningún momento se realizó todo este largo y tedioso trámite, y solo se aplico (sic) *el Código de Procedimiento Civil, para solicitar la regulación, con el fin de que el Juez determine el monto de los honorarios que le corresponden al abogado de acuerdo a la Ley de Abogacía como referencia para poder incorporar este monto en la liquidación final de la deuda, una vez que se hubiere logrado recuperar los aportes impagos, cubrir los intereses y recargos adeudados, por lo que mal puede su autoridad con una simple solicitud de regulación de honorarios, que por ley y en derecho corresponde al abogado patrocinante, nos sindique de haber ocasionado daño y perjuicio en contra de nuestro* (sic) *registrados, con la inaplicabilidad de los Art. 27 de la Ley de Pensiones y Art. 142 del D.S. 24469.*

Finalmente, con relación al punto segundo de su parte resolutiva, solicitamos nos aclare o nos informe la disposición legal en la cual debemos basar y fundamentar legalmente la gestión solicitada.

II. CONCLUSIONES

De los antecedentes relacionados se puede colegir que el proceso referido se

encuentra en ejecución de fallos, es decir con sentencia ejecutoriada, habiendo adquirido la sentencia la calidad de cosa juzgada con autoridad y eficacia, siendo que, contra la misma no existe ningún otro medio de impugnación que permitan modificarla, teniendo calidad especial de inmutabilidad y la inmodificable.

La cosa juzgada es un instituto del Derecho Procesal, establecido como resguardo de la seguridad jurídica; pues se entiende que sin él (sic) *la incertidumbre reinaría en las relaciones sociales y se generaría la inseguridad en los fenómenos jurídicos, por lo que no corresponden las sanciones y multas impuestas al haber sido ejecutoriados los fallos favorables a los beneficios de nuestros registrados.*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº 238-2010 DE FECHA 7 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, se declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, con los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a los artículos 46 y 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Recurso de Revocatoria debe ser interpuesto ante el mismo Superintendente Sectorial que dictó la Resolución Administrativa recurrible, dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la misma.

Que conforme lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva emitida por el Ente Regulador que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo, ***demostrar el cumplimiento de la obligación dispuesta por la resolución recurrida.***

Que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme lo dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que en el presente caso de autos, por memorial presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 09 de septiembre de 2010, interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A. 165-2010 emitida por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, la cual, en el ***parágrafo II de la Disposición Primera*** *establece como obligación para el regulado, gestionar ante la Autoridad Jurisdiccional la rectificación en el Proceso Ejecutivo Social* ***(PES)*** *del apellido materno del señor Jhonny Fernando Ramírez Prado, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la*

Resolución Administrativa, debiendo posteriormente remitir al ente regulador copia de la gestión realizada con el sello de recepción, en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos. Revisados los antecedentes por esta Autoridad, se establece que, Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo II de la R.A. 165-2010.

Que en ese entendido, la R.A. 165-2010 fue notificada a Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 19 de agosto de 2010, quien dentro de plazo impugnó dicho acto administrativo en fecha 09 de septiembre de 2010. Sin embargo, el regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, la obligación que determina la Resolución Administrativa, señalada precedentemente, toda vez que no dio cumplimiento a la instrucción ni remitió el respaldo que acredite el cumplimiento de la obligación impuesta por esta Autoridad.

Que por lo expuesto, de conformidad a los artículos 43 inciso d) y 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Futuro de Bolivia S.A. AFP al no dar estricto cumplimento a la obligación determinada por la R.A. 165-2010, su Recurso de Revocatoria interpuesto, ***debe ser declarado improcedente.***

CONSIDERANDO:

Que sin perjuicio de los fundamentos expresados en el presente acto administrativo, corresponde realizar el siguiente análisis:

Que es importante señalar lo que dispone el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones:

"ARTICULO 23 DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL. *Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

La sustanciación se realizara (sic) *ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.*

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito (sic) *del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).*

No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación, y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, solo admitirán recurso de apelación."

Que de lo expuesto, se extrae que la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones ha conferido al ente regulador las más amplias facultades y potestades administrativas en lo que respecta al Seguro Social Obligatorio de largo plazo ***(SSO),*** *otorgándole atribuciones para velar por la seguridad, solvencia, liquidez, rentabilidad en las actividades realizadas por las Administradoras de Fondos de Pensiones* ***(AFP)*** *relacionadas con los fondos de pensiones. Dentro de ese contexto es que el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, regula los aspectos administrativos relativos al PES, este como mecanismo jurisdiccional para la recuperación o cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados al SSO, señalando que, la sustanciación del PES se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil* ***(CPC)****.*

Que en ese contexto, esta Autoridad tiene la facultad y competencia para supervisar y controlar la oportunidad, pertinencia y diligencia que ejercen las AFP en la tramitación de los PES como representantes de los Afiliados y los fondos. De esta manera el ente regulador puede efectuar las revisiones pertinentes al trabajo llevado a cabo por las AFP en la tramitación de dichos procesos, enmarcándose a verificar que no exista negligencia o inoperancia por parte de la AFP, que conlleve un efecto negativo en la recuperación de los recursos, tomando en cuenta practicas procesales que rigen el sistema judicial vigente.

Que en virtud a lo expuesto precedentemente y en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado el 09 de septiembre de 2010, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Al Punto 1. CON RELACION AL CARGO 1

Futuro de Bolivia S.A. AFP indica en su impugnación que el señor Jhonny Fernando Ramírez Prado al devolver el cedulón, habría señalado que apellida "Parada" en lugar de "Prada". Evaluados los antecedentes que tiene esta Autoridad, se concluye que el tenor del actuado al que hace referencia el regulado, no hace mención al apellido "Prada", pues más al contrario el demandado aclara que el segundo apellido es "Prado". Concluyéndose de esta manera que, la AFP hasta el presente tiene nuevamente falencias en la apreciación correcta del denominativo de uno de los apellidos del demandado.

La AFP atribuye la infracción incurrida a las recargadas labores que tendría, sin embargo, este argumento no enerva el cargo sancionado, ya que, lo que busca es soslayar la obligación que tiene el regulado de desenvolverse de manera diligente en los PES.

Asimismo, pareciera que el regulado no advierte las consecuencias y efectos negativos que pudiera generar su actuar en el PES; situación que claramente fue detectada por la contraparte, no dejando de ser cierto lo aseverado en el memorial de ***25 de mayo de 2006,*** *presentado por el demandado, cuando este indica que:*

"... el referido proceso se tramite sin vicios de nulidad y se adecuen los actos procesales a nuestro ordenamiento legal sustantivo cuanto adjetivo y no se infrinja o viole normas del debido proceso (Arts. 90, 120, 128, 327 y otros del C.P.C.) ocasionando perjuicio a las partes y que su Autoridad … …, tome las medidas legales para cuidar que el proceso se desarrolle sin vicios de nulidad y asegurar la igualdad jurídica de las partes; sin consentir ningún vicio de nulidad, ni darnos por citado con actuado alguno, me permito devolver el actuado con el que se procedió a la apócrifa citación, solicitando la nulidad de la misma y que el proceso se adecue de acuerdo a ley."

En otra parte del PES, de los antecedentes se tiene que la AFP en el memorial de fecha ***18 de abril de 2007,*** *en el OTROSI SEGUNDO nuevamente solicita la notificación a los apoderados de la empresa demandada "JHONNY FERNANDO RAMIREZ PARADA". Por lo que se entiende que la negligencia de la AFP, pese a la aclaración del demandado, se continuó dando, sin perjuicio de que las diligencias de notificación hubieran cumplido su finalidad; pues lo que se verificó por esta Autoridad en el presente caso, es que el trabajo llevado a cabo por la AFP en la tramitación de los PES, no exista negligencia del regulado.*

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala también en sus argumentos, lo siguiente: "en ningún momento se incumplió la norma y menos aún los artículos que su autoridad señala como son el Art. 23 y 27 de la Ley de Pensiones...". Con respecto al primer artículo, fue incumplido debido a que el mismo obliga a la AFP proceder a la ejecución social de acuerdo a las disposiciones del CPC, considerando toda disposición aplicable al PES, como ser: el cumplimiento de normas procesales (artículo 90), la redacción (artículo 92 parágrafo II), la nulidad de la citación (artículo 128), la forma de la demanda (artículo 327 inciso 4), entre otros. En el presente caso, se halla demostrado el incumplimiento, al haberse constatado que la AFP en el memorial de fecha 18 de abril de 2007 coloco el apellido "PARADA" en lugar de "PRADO", pese a que el ejecutado y la Autoridad Jurisdiccional advirtieron este hecho, omitiendo de esta manera disposiciones pertinentes del CPC, que determinarían las condiciones mínimas para la presentación de los memoriales en el proceso y el apercibimiento de nulidad del proceso, en caso de incumplimiento.

En cuanto al segundo artículo, se entiende que el mismo fue vulnerado debido a que la AFP incumplió la normativa vigente, siendo responsabilidad de la misma como administradora de los fondos de pensiones y representantes de los Afiliados, llevar correctamente y dentro de la norma aplicable los PES hasta la recuperación efectiva de los adeudos al SSO, como parte de una prolija administración del servicio evitando realizar hechos como los sancionados; asimismo, de utilizar cuanta acción legal necesaria que franquea la ley para la protección y resguardo de los intereses que administra, ante situaciones, actos y hechos que perjudiquen o pongan en riesgo el desarrollo normal del PES.

En otro aspecto, el regulado entiende que con la ejecutoria del PES y habiendo sido

reconocida la acreencia, la potestad administrativa sancionadora habría también cesado. Al respecto, se deja establecido que en ningún momento esta Autoridad puede desconocer las atribuciones propias que le competen exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, por cuanto la labor de supervisar y controlar los PES, aun estando ejecutoriado el proceso, se circunscribe a la oportunidad y pertinencia de las actuaciones de la AFP como representante de los Afiliados y los fondos, sin que en ningún momento la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP pueda interferir en las labores jurisdiccionales y los efectos de los actos que de ella emanan.

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala: "..., error sinónimo de lapsus, mismo que fue ocasionado por una corrección automática que realizó el corrector del Word, situación que es subsanable y no causa daño". Para este argumento, el regulado no considera que el supuesto error ha venido repitiéndose en varios e importantes memoriales, hasta el punto de que el mismo demandado y el Juez observen esta irregularidad, pero, pese a ello el regulado continuo (sic) *con esta conducta, por lo que atribuir la infracción incurrida al sistema informático, más bien demuestra que los memoriales que realizan, no serian revisados antes de su presentación, como lo haría un buen padre de familia.*

La AFP incurre en confusión cuando considera que la conducta antijurídica fue con culpabilidad entendiendo como sinónimo de culpa; conceptos que al orden de la definición doctrinal del Derecho Administrativo Sancionatorio, resultan ser totalmente diferentes. En ese sentido, con el fin de aclarar al regulado lo expuesto en la resolución administrativa de primera instancia, esta Autoridad consideró en su "ratio decidendi" el concepto de culpa (negligencia, imprudencia, etc.) como un elemento que compone la preterintención, pero en ningún momento ha establecido que la conducta fue de culpabilidad. En ese contexto, la preterintención tiene que ver con la participación del conocimiento y culpa imprimidos en la conducta de la AFP y el resultado antijurídico que excede la intención.

En virtud a lo expuesto anteriormente, la acción del regulado ha sido provocada con preterintención, y que si bien no ha generado daño objetivo al presente, sin embargo, ha vulnerado el ordenamiento jurídico administrativo imputado. Con respecto a los otros argumentos referidos a que el regulado hubiera cometido delito, perdido el juicio o la acreencia; son aspectos que no fueron considerados por esta Autoridad en ninguna parte del proceso, por lo que no merecen mayor pronunciamiento.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para enervar la sanción impuesta.

Al Punto 2. CON RELACION AL CARGO 2

Para el presente análisis, la AFP en sus argumentos señala que la petición de ejecutoria efectuada, no ha causado perjuicio a ninguna de las partes, tampoco habría motivado retardación en el PES, por lo que no constituiría "falta" para el

ejecutante. Al respecto, se recuerda al regulado que la facultad de determinar, evaluar, calificar y sancionar las conductas que vulneran el ordenamiento jurídico administrativo, correspondiente al ámbito de pensiones, es por norma, competencia de esta Autoridad, quien previa evaluación de los hechos confrontados con la norma aplicara (sic) *la sanción, previo debido proceso, y no por lo que pretenda el regulado.*

Con respecto a la ejecutoria del proceso, dicha figura jurídica, no es óbice para que esta Autoridad no pueda evaluar el desempeño de la AFP durante la sustanciación del PES como representante de los intereses de los Afiliados y los fondos.

Asimismo, no necesariamente la infracción incurrida por el regulado está reflejada en lo que representa retraso en el desarrollo del PES, sino está relacionada con el cuidado exigible, al cual la AFP se ve obligado en la tarea de cumplir sus obligaciones en cuanto se refiere a la gestión judicial de cobro, con la mayor diligencia presentando memoriales conforme al estado del proceso, a fin de lograr la oportuna y eficaz recuperación de los adeudos al SSO.

Es importante recomendar a la AFP que, los memoriales dirigidos a la Autoridad Jurisdiccional sean de forma clara, precisa y pertinente respecto a los actuados que se tienen presentados en el PES, situación contraria generaría confusión en las partes y hasta en el mismo Juez, siendo de esta manera importante que la AFP como representante legal considere lo señalado, a fin de evitar distorsiones o que se produzca actividad procesal defectuosa que conlleve el riesgo de nulidad del proceso.

La decisión de sancionar el presente cargo ha sido adoptada por esta Autoridad al haber considerado primordialmente la norma prevista en los artículos 62, 63, 64, 67 y 68 del Decreto Supremo N° 27175, aplicando el principio de la sana critica y valoración razonada de la prueba, para lo cual se apreció el hecho, la vulneración a la norma, los efectos producidos y el riesgo que se ocasiona en la recuperación de los adeudos al SSO por plantear memoriales impertinentes en el PES. Por lo expuesto, para este cargo el regulador ha sometido la evaluación a la luz de la norma vigente, para sancionar el presente caso, dejando para otro tipo de análisis las otras fuentes del Derecho Administrativo Regulatorio, como lo son la Jurisprudencia, entre otros.

Finalmente, los aspectos señalados por el regulado, tales como: sentencia no ejecutoriada, improbada la demanda, nula la ejecutoria de sentencia, etc.; se constituyen en argumentos que no merecieron pronunciamiento por esta Autoridad en la Resolución Administrativa recurrida, al ser la naturaleza del cargo distinta a lo que infiere la AFP; por lo que los aspectos argüidos resultan ser impertinentes para el análisis del presente caso; otro entendimiento implicaría la voluntad del regulado de inducir en error a esta Autoridad.

En virtud a lo expuesto, corresponde ratificar la sanción impuesta al regulado.

Al Punto 3. CON RELACION AL CARGO 3

Futuro de Bolivia S.A. AFP en sus argumentos recursivos señala: "En el caso de autos no puede afirmarse que existe perjuicio, debido a que el auto de regulación de honorarios no ha sido debidamente notificado...". Al respecto, corresponde señalar que el memorial de solicitud de regulación de honorarios profesionales de fecha 20 de agosto de 2007 firmado por el Abogado y el Gerente Regional de la AFP, era por la suma de BS 2.753.037,92 (DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TREINTA Y SIETE 92/100 BOLIVIANOS), sin prever los efectos de la solicitud, la cual hace exigible la obligación de pago por honorarios profesionales, colocando en riesgo la recuperación de los adeudos al SSO.

La solicitud de la AFP de regulación de honorarios profesionales, de acuerdo a los antecedentes, fue atendida por la Autoridad Jurisdiccional por Decreto de 05 de septiembre de 2007 (y no así Auto como lo infiere la AFP), dicha providencia señala lo siguiente:

*"A lo principal.- **En ejecución** de sentencia, **se regula** el honorario de abogado en la suma de Bs.- 2.753.037,92/100 (DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TREINTA Y SIETE, 92/100 BOLIVIANOS) correspondientes al 15% del monto total adeudado.- Al Otrosí.- **Notifique la Oficial** de Diligencias.-"*

De la transcripción anterior se concluye que, la AFP instruyo (sic) *además de regular los honorarios profesionales, la notificación a las partes; siendo dicho acto procesal cumplido a través de la Diligencia de fojas 554 de obrados, donde Futuro de Bolivia S.A. AFP fue legalmente notificada, en el domicilio procesal señalado, con el Decreto de 05 de septiembre de 2007 que regula honorarios. Por tanto, cuando la AFP indica que no fue notificado con el "Auto de regulación de honorarios", la aseveración resulta ser contradictoria a los actuados que cursan en el expediente procesal, debido a que la diligencia ya fue cumplida, viabilizando de cierta manera los derechos del abogado patrocinante.*

Dando continuidad al análisis del párrafo anterior, la AFP continua demostrando falta de diligencia y cuidado en el PES, cuando ésta indica que, una vez que la notificación sea practicada, asumirían defensa; siendo que al presente la diligencia que espera el regulado sea notificada, fue realizada el 11 de septiembre de 2007, y que al presente, el pronunciamiento sobre regulación de honorarios profesionales no ha sido objeto de observación alguna de la AFP, contradictoriamente a lo argüido en su impugnación.

En otra parte del análisis, la AFP no ha podido desvirtuar por ningún argumento o medio probatorio suficiente, que enerve o contradiga el fundamento de que el Abogado y el Gerente Regional de la AFP hubieran firmado la solicitud ante el Juez de la causa, para la regulación de honorarios profesionales, deduciéndose de esta manera que ambos tenían conocimiento y asentido el tenor de dicho memorial, por lo tanto, este extremo queda firme al ser una realidad jurídica plasmada con la

existencia objetiva del memorial cursante a fojas 553 y 553 vuelta.

La AFP indica que la solicitud de regulación de honorarios profesionales, en ningún momento se constituye en una exigencia inmediata; interpretación alejada de la realidad jurídica debido a que la acreencia (regulación de honorarios) a favor del profesional, determinada por autoridad competente, puede hacerse efectiva inclusive desde que la misma fue formalmente calificada, en el mismo proceso u otro. Asimismo, se aclara al regulado que no es coherente decir que la demanda debe ser notificada al Gerente General de la AFP quien actúa como parte demandante en el PES y no como demandado, para poder ser citado con la demanda, como ilógicamente entiende el regulado. Lo expuesto anteriormente, solo viene a demostrar la falta de conocimiento y aplicación pertinente de la norma aplicable a los PES y la ausencia de cuidado exigible con el que se viene desenvolviendo el regulado.

La AFP también señala que aplicó el CPC, para solicitar la regulación de honorarios, con el fin de que el Juez determine el monto de los honorarios; sin embargo el regulado con esta acción no ha previsto como un buen padre de familia los efectos de la solicitud y el pronunciamiento jurisdiccional, el cual hace exigible la obligación de pago por honorarios profesionales para el Abogado patrocinante, lo que impediría inclusive que pueda incorporarse el monto liquidado por honorarios profesionales a la liquidación final para el SSO, como entiende el regulado.

Si bien al presente el hecho sancionado no ha generado daño, sin embargo el mismo se considera de riesgo, por lo que ante esta situación el regulador ha adoptado mediante la disposición Tercera que Futuro de Bolivia S.A. AFP ***realice oportunamente las gestiones*** *pertinentes en el PES, para precautelar los intereses de los Afiliados conforme a normativa vigente. En ese sentido, para la efectivizar las gestiones oportunas, el regulado cuenta con la normativa legal de pensiones y del PES, para dar estricto cumplimiento a lo instruido mediante la R.A. 165-2010.*

Por lo expuesto, la AFP para el presente cargo no cuenta con elementos suficientes que permitan desvirtuar la infracción sancionada.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP y las instrucciones a las cuales se veía obligado a cumplir, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado los elementos que permitan enervar lo determinado por la R.A. 165-2010. En consecuencia, debe declararse improcedente la impugnación interpuesta, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa de Improcedencia, en el marco del inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera de plazo señalado o el recurrente no cumpliere con los requisitos exigidos."

Que el artículo 61 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 del Procedimiento Administrativo concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o ***improcedentes.***

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 26 de octubre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, expresando lo siguiente:

"Su autoridad mediante la Resolución Administrativa AP/N° 238-2010, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesta (sic) *a la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165/2010, sin embargo esta determinación ilegal no se ajusta a los términos expuestos en nuestro Recurso de Revocatoria planteado, por lo que nos permitimos impugnarlo en los siguientes términos:*

Ratificando nuestros fundamentos legales, y tomando en cuenta que su entidad rectora de fiscalización, control, supervisión y regulación del sistema de Seguridad Social de Largo Plazo (Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP) controla, supervisa y regula la seguridad social de largo plazo señaladas, a través de la normativa administrativa como es el art. 292 del decreto supremo 24469, arts. 66 y 67 del D.S. 27175, reglamento a ley del procedimiento administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, D.S. 0071, por infracción en los arts. 23 y 27 de la ley 1732, arts. 95 y 142 del decreto supremo 24469 y el informe técnico legal AP/DJ/91/2010, tiene facultades para apercibir, sancionar, por sanciones, las infracciones imputadas deben estar previstas en la norma como "transgresiones, contravenciones, violaciones", es decir debe existir plena coherencia y concordancia entre lo sancionado y lo previsto en la norma sancionatoria.

La sanción dispuesta en contra de la entidad que represento no cuenta con suficiente motivación, es decir no expresa de forma clara y precisa los motivos de hecho y de derecho en que basa su decisión, tampoco ha otorgado ningún valor a los descargos presentados por nuestra parte. La fundamentación de ninguna manera puede ser remplazada por la relación de hechos, como ocurre en el caso de auto, situación que vulnera de manera flagrante el derecho a la defensa para que pueda

permitirnos utilizar los mecanismos legales para impugnar las transgresiones a las normativas.

Es necesario dejar establecido que no puede acusarse como acto ilegal o culposo el hecho de que un error proveniente de la mala transcripción, pueda constituir sanción, máxime si dicha actuación no causó perjuicio ni daño material ni inmaterial a ninguna de las partes, peor aún en el caso nuestro.

Por otra parte, debe considerarse que el error de transcripción en que se incurrió no vulneró ningún derecho, por cuanto no se ha modificado en nada la situación jurídica del proceso (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP contra el LLOYD AEREO BOLIVIANO), tampoco se vulneró ningún derecho, por consiguiente el error incurrido no puede ser sancionable.

I. FUNDAMENTACION LEGAL AL PRIMER CARGO:

Con el fin de fundamentar este cargo, es importante hacerle conocer que no existió falta de voluntad en el cumplimiento de su instrucción impuesta en el parágrafo II del Artículo primero de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165/2010, sino existió la IMPOSIBILIDAD legal de poder realizarla, situación que no fue considerada a momento de declararla improcedente, por lo que a continuación me permito exponer y fundamentar legal y procedimentalmente esta imposibilidad:

Dentro del cuarto Considerando, Al Punto 1. Con Relación al Cargo 1, su autoridad hace una interpretación legal y relación procesal, distinta a los datos del proceso ejecutivo social seguido contra el Lloyd Aéreo Boliviano.

Es importante, hacer conocer a su autoridad que la petición efectuada por su institución, a la fecha de la RA AP/DJ/165-2010, es inoportuna e inadecuada, debido al estado de la causa, toda vez que se ventila en contra de una persona de derecho privado, siendo las partes procesales nuestra empresa, el LAB y la autoridad jurisdiccional, y no una persona natural como es el señor Jhonny Fernando Ramírez Prado.

Esta situación jurídica, determina que el "obligado" para el cumplimiento de deudas al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo es el LLOYD AÉREO BOLIVIANO y no el señor Ramírez, persona natural circunstancial que fungió por un corte (sic) *tiempo de personero legal de la entidad ejecutada, es por ello, que cualquier ejecución que podría realizarse se hará solo contra los bienes del LAB.*

La Ley, establece cuando resulta procedente la "nulidad de obrados"; al efecto la anterior Ley de Organización Judicial en su art. 247 ha determinado cuando es viable la nulidad de actuaciones, no obstante la nueva y vigente Ley del Órgano Judicial también ha establecido que la misma puede ser invocada, ***"solo cuando se viole el derecho a la defensa"*** *y cuando existiere manifiesta irregularidad. De la revisión del proceso, se puede determinar que en el caso de autos, ninguno de esos hechos se*

han suscitado.

La instrucción emitida en la RA AP/DJ/N° 165/2010, no nos correspondía realizarla, toda vez que pondría en riesgo la tramitación de la causa, por haber operado el principio jurídico de la preclusión con la ejecutoria del auto ampliatorio de deuda.

Adicionalmente, este 4° Considerando, señala que no habríamos cumplido con el Art. 23 de la Ley de Pensiones, que determina el proceso ejecutivo social ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Nuestra empresa cumplió a cabalidad con la tramitación del proceso ejecutivo social, ante el Juez llamado por ley y de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, fruto de lo cual se obtuvo la correspondiente Sentencia Ejecutoriada.

Con referencia a los Art. 90, 92 y 327 inc. 4), estos fueron cumplidos, por lo que no corresponde la fundamentación con estos artículos para la declaratoria de improcedencia.

En el caso del señor Jhonny Fernando Ramirez Prado, su participación fue extemporánea ya que el proceso ejecutivo social se encontraba plenamente ejecutoriado, por lo que su incidente no causó estado y menos nulidad de obrados y en la fase en la cual se lo incidentó, éste no causo daño, perjuicio ni nulidad de obrados, ya que el mismo nunca fue demostrado legal ni judicialmente, misma que fue desestimada por el Juez de la causa con la ejecutoria del Auto Ampliatorio de Deuda, por lo que no corresponde su rectificación, habiendo pasado por autoridad de cosa juzgada.

Al haber obtenido Sentencia Ejecutoriada en el presente proceso, entendemos que hemos actuado como buenos padres de familia.

El represente legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, Ludwing Guardia Von Borries, por memorial de fecha 12 de mayo 2006, al amparo del art. 495 del C.P.C., arts. 23 de la Ley de Pensiones y art. 95 de su Decreto Reglamentario, solicita ampliación de ejecución de la sentencia, en virtud a la Nota de Débito 1-03-2006-0007 por Bs. 3.007.370, correspondiente a aportes a deudas al seguro social obligatorio (fondo de capitalización individual, riesgo profesional, riesgo común, comisiones e intereses), gastos judiciales de los periodos noviembre 2005 a marzo 2006, por la suma de Bs. 3.007.370,50 (TRES MILLONES SIETE MIL TRECIENTOS (sic) *SETENTA 50/100 BOLIVIANOS), para el efecto, ha señalado los nombres de los representes* (sic) *legales del LAB.*

Por auto de fs. 432 Vlta., al amparo del art. 495 del C.P.C., se amplió la ejecución del trámite judicial, a cuyo efecto se ha dispuesto la notificación personal del Ernesto Raúl Asbun Gazaui en su condición de Presidente y Walter Sixto San Miguel Rodríguez en su condición de Presidente del Directorio, por otra a Jhonny Fernando Ramirez Parada y Oscar Eduardo Salinas Quiroga, en su condición de apoderados, en su domicilio

procesal, a objeto de que en el plazo de tres días exhiban los recibos que acrediten haberse extinguido la obligación, bajo apercibimiento de hacerse extensiva la sentencia.

La referida actuación fue notificada conforme señala la determinación judicial, empero el Sr. Jhonny Fernando Ramirez Prado devuelve cedulón, señalado (sic) *que su persona no apellida "Parada" sino "Prado".*

Al respecto señalamos, que si bien se hubo consignado erróneamente el segundo apellido de Jhonny Fernando Ramirez "PRADO" como "PARADA", también es cierto que la notificación, cumplió con la finalidad de comunicar al demandado (ejecutado) sobre lo resuelto en el proceso ejecutivo (ampliación de la demanda ejecutiva), pues conforme cursa el memorial de fs. 442 reconoce que el domicilio del LAB se hubo dejado una citación por cédula con la ampliación a la demanda, resultando que el defecto de forma que contiene el memorial de ampliación de la sentencia (fs. 432), no lo colocó en estado de indefensión, ni vulneró los derechos fundamentales, y el hecho de que no estuviese correctamente consignado el apellido del co ejecutado (sic) *en ningún momento le ha privado o se le ha impedido conocer el contenido del memorial de fs. 332 y auto de ampliación que le sigue vlta, por cuanto el objeto de poner en conocimiento de parte demandada la ampliación de la sentencia ha sido cumplida.*

Asimismo debe dejarse establecido que el auto ampliatorio fue objeto de ejecutoria, actuación que no ha impugnada (sic) *en tiempo ni plazo oportuno, habiendo perdido el ejecutado la oportunidad para realizar cualquier reclamo contra el mismo, en ese entendido se hubo operado el "principio de preclusión".*

En su 4° Párrafo del Cargo N°1 su autoridad señala que "toda conducta que implique incumplimiento a la norma no puede ser catalogada como error, sino infracción.", esta apreciación vulnera todas (sic) *nuestros derechos elementales, ya que en ningún momento se incumplió la norma ni los Art. 23 y 27 de la Ley de Pensiones, el primero referido al proceso ejecutivo social, cuando solo determina que las AFP's deben proceder a la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las AFP's; y el Art. 27 determina que: "La administración y el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del seguro social obligatorio de largo plazo y la administración de los beneficios de la capitalización son responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones."*

El proceso ejecutivo social fue concluido favorablemente con Sentencia Ejecutoriada que declaró probada la demanda, por lo tanto cumplido el Art. 23.

También fue cumplido el Art. 27, ya que se actualizó la Nota de Débito con nueva deuda, misma que fue puesta en conocimiento del deudor, por lo que velando por los beneficios que otorga el SSO se inició la cobranza judicial y se actualizó la deuda.

Por lo expuesto no corresponde la rectificación señalada en el punto segundo de la parte resolutiva del Art. 1° de la RA 165-2010, que motivo la improcedencia.

Finalmente, y entrando al escenario del procedimiento administrativo, considerando las reglas del debido proceso y en atención a las fechas en las que se hubiera cometido las infracciones, debe aplicarse la prescripción de la infracción establecida en el artículo 79 de la Ley 2341 de 23 de de abril de 2002 Ley de Procedimiento Administrativo toda vez que han transcurrido más de dos años desde la presentación de los citados memoriales.

II. FUNDAMENTACION AL SEGUNDO CARGO:

La petición efectuada por memorial de fs. 533 de obrados, no ha causado perjuicio a ninguna de las partes, tampoco ha motivado retardación dentro del proceso, por lo que no puede constituirse en falta para el ejecutante y como tal no puede ser objeto de sanción.

Nuestra empresa, actuó con el cuidado exigible de un buen padre de familia, de acuerdo al Art. 142 del D.S. 24469, al haber obtenido Sentencia Ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada, habiendo logrado que se declare probada la demanda, por lo que mal podrían argüir que por solicitar la ejecutoria en dos oportunidades hubiéramos perjudicado o retrasado el proceso, de ningún modo y menos aun haber logrado nulidad de obrados o perjuicio en el desarrollo de su tramitación, resulta extraño que nos sancionen por haber conseguido un Sentencia Ejecutoriada favorable a nuestros registrados.

Todos los fundamentos procesales expuestos, surgieron de la fundamentación procesal que realizó su institución para imponernos una multa, sin embargo en la Resolución recurrida en Jerárquico no se manifestó con relación a la defensa y explicación expuestas y fundamentadas, por lo que solicitamos su reconsideración al presente cargo en cumplimiento y aplicación a nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Esta infracción no tipificada de acuerdo a la Ley, y dentro del marco del proceso administrativo al haberse cometido en fecha 08 de junio de 2007 ha prescrito de acuerdo a lo establecido por el artículo 79 de la Ley 2341 de 23 de de abril de 2002 Ley de Procedimiento Administrativo toda vez que han transcurrido más de dos años desde la presentación del citado memorial.

Al ser el objeto de cargos y sanciones la revisión del Proceso Ejecutivo Social seguido por la AFP contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A., se debe entender que la revisión es integral debiendo aplicarse el principio jurídico reconocido por nuestra amplia jurisprudencia de non bis in idem, que aplicado al caso que nos ocupa resulta en no sancionar dos veces por la misma conducta o infracción en el Proceso Ejecutivo Social seguido contra el Lloyd Aéreo Boliviano. Al no haber tipificado de manera específica la infracción cometida por nuestra AFP, el ente regulador ha sancionado

una conducta ya configurada en la sanción de Cargo N° 1, por lo que en aplicación a las garantías del debido proceso, concurrencia de la misma conducta tipificada como infracción por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no corresponde se nos sancione nuevamente por incumplimiento al artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997.

III. FUNDAMENTACION AL TERCER CARGO:

Debe dejarse en claro que la norma aplicable al Seguro Social Obligatorio a largo plazo es la especial al tenor del art. 15 de la actual ley del Órgano Judicial (Ley 025 de 24/06/2010) antes art. 5to. de la Ley de Organización Judicial, misma que a la letra señala: "... La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general..."

En ese contexto, el art. 11 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, refiere que el cobro de aportes al Seguro Social Obligatorio, tiene prelación en el cobro, es decir que su acreencia es privilegiada respecto a otro pago, puesto que los aportes son de los trabajadores, con fines personales para cubrir el seguro social a largo plazo, en consecuencia estando destinado este pago a los trabajadores su cobro tiene preferencia.

En el caso de autos no existe perjuicio, debido a que la regulación de honorarios no ha sido debidamente notificada a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones en la persona de su gerente general, Julio Vargas León.

Una vez de que esta notificación sea practicada, asumiremos defensa material conforme corresponda al procedimiento establecido.

En el tercer párrafo de su Cargo N° 3, se señala que cuando nuestra empresa presentó sus descargos, el monto regulado no había sido cobrado, por lo que habríamos aceptado haber conocido y asentido el tenor del memorial de solicitud de honorarios profesionales del abogado patrocinante, situación contraria, ya que al descargarnos solo "informábamos" lo que cursaba en el expediente y nos ratificamos en señalar que de acuerdo al trámite procesal encontrándose el proceso en ejecución de fallos, corresponde la SOLICITUD de Regulación de Honorarios Profesionales, solicitud que en ningún momento se constituye en exigencia inmediata, ya que como manda el Código de Procedimiento Civil, al constituirse en demanda nueva, esta imprescindiblemente debe ser notificada a nuestro Gerente General, quien tiene la facultad exclusiva y única de conocer y ser notificado con procesos nuevos.

También es importante considerar que si se hubiera logrado notificar a nuestro Gerente General, situación que no se dio, hubiéramos utilizado los recursos que la ley nos permite para rechazar tal pretensión y oponernos y apelar ante las instancias correspondientes en virtud del Art. 11 del D.S. 25722, para hacer prevalecer la prelación de pago.

Pero, como su autoridad pudo comprobar en ningún momento se realizó éste tedioso trámite, y solo se aplicó el Código de Procedimiento Civil, para solicitar la regulación, con el fin de que el Juez determine el monto de los honorarios que le corresponden al abogado de acuerdo a la Ley de Abogacía como referencia para poder incorporar este monto en la liquidación final de la deuda, una vez que se hubiere logrado recuperar los aportes impagos (sic)*, cubrir los intereses y recargos adeudados.*

En la RA 238-2010, se afirma que Futuro de Bolivia S.A. AFP fue legalmente notificada con la regulación de honorarios, sin embargo no se consideró nuestra fundamentación legal, ya que como manifestamos la regulación de honorarios no ha sido debidamente notificada a nuestra empresa en la persona de su gerente general, Julio Vargas León, Gerente General, quien tiene la facultad exclusiva y única de conocer y ser notificado con procesos nuevos, tal como se desprende de las facultades expresada (sic) *en el Poder N° 414/98 de fecha 20 de agosto de 1998, suscrito por ante la Notaria de Fe Publica* (sic) *de la Dra. Rebeca Mendoza, que a la letra dice: "haciéndose constar expresamente que el mandatario no podrá contestar demandas nuevas sin conocimiento ni notificación a los personeros de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones."*

Como verá su autoridad, el Poder referido, no fue tornado en cuenta a momento de dictar y calificar la sanción, que desvirtúa que hubiéramos sido notificados legalmente, fundamento legal para su sanción, por lo que le solicito levantar la multa de $us. 2.000.--, al no haberse incumplido el Art. 27 de la Ley 1732, misma que fue demostrada y fundamentada precedentemente, anunciando que asumiremos defensa material conforme corresponda al procedimiento establecido, una vez que seamos notificados con esta regulación.

Finalmente, debemos manifestar que nuevamente se sanciona a nuestra Administradora por una conducta al no existir una infracción específicamente tipificada, que ya ha sido sancionada en los Cargos 1 y 2 por lo que se vulnera el principio de non bis in idem provocando indefensión e inseguridad jurídica como sujetos regulados de derecho.

II. CONCLUSIONES

De los antecedentes relacionados se puede colegir que el proceso referido se encuentra en ejecución de fallos, es decir con sentencia ejecutoriada, habiendo adquirido la sentencia la calidad de cosa juzgada con autoridad y eficacia, siendo que, contra la misma no existe ningún otro medio de impugnación que permitan (sic) *modificarla, teniendo calidad especial de inmutabilidad y la inmodificabilidad.*

La cosa juzgada es un instituto del Derecho Procesal, establecido como resguardo de la seguridad jurídica; pues se entiende que sin él la incertidumbre reinaría en las relaciones sociales y se generaría la inseguridad en los fenómenos jurídicos, por lo que no corresponden las sanciones y multas impuestas al haber sido ejecutoriados los

fallos favorables a los beneficios de nuestros registrados.

III PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicitamos que la autoridad (sic) *remitir el presente recurso ante la autoridad competente, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico vigente y principalmente a nuestros derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, proceda a dictar la correspondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa AP/Nº 238-2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto a la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, en virtud a los argumentos legales señalados en el presente Recurso Jerárquico, así como los ampliamente detallados en el Recurso de Revocatoria anteriormente interpuesto, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal, vigente y constitucional.*"

5. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 30 de noviembre de 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos expuestos por los abogados: Hugo Vía Escalante, Patricia M. de Etienne y Gilka Espada Paz, en representación de Futuro de Bolivia S.A. AFP y, en la que ratificaron los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

6. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

En fecha 28 de enero de 2011 y mediante nota AP/DJ/239/2011 de 26 de enero de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones presentó documentación complementaria consistente en fotocopias del Proceso Ejecutivo Social seguido por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra Lloyd Aéreo Boliviano S.A.

7. INFORMACIÓN ADICIONAL.-

En fecha 22 de febrero de 2011 y mediante nota AP/DJ/565/2011 de 21 de febrero de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones informó los extremos siguientes:

"*…Al respecto corresponde señalar que, las observaciones encontradas en la revisión al proceso Ejecutivo Social instaurado por la AFP contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A., fueron comunicadas con nota SPVS/IP/AL Nº 917 de 24 de abril de 2002, como acto administrativo que interrumpió la prescripción. Sin embargo, la infracción del cargo 1, resulta ser permanente, toda vez que se viene desarrollando continuamente, pese a que el parágrafo II de la Disposición Primera de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010, instruyó al regulado gestionar ante la Autoridad Jurisdiccional la rectificación en el Proceso Ejecutivo Social del apellido materno del demandado, instrucción que tampoco habría sido cumplida hasta el presente, confirmándose la continuidad del hecho antijurídico.*

En lo referente a los otros cargos queda claro que con la comunicación de las Diligencias Preliminares al regulado, se habría interrumpido la prescripción.

A mayor abundamiento, el proceso administrativo sancionatorio, fue comunicado al regulado mediante nota AP/DJ1591/2010 de 07 de junio de 2010, que cita para notificar con la Nota de Cargos AP/DJ/1590/2010 de 07 de junio de 2010…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES.-

Que, en lo que se refiere a la alegada prescripción de las infracciones, debe tenerse presente lo establecido por el artículo 79° de la Ley N° 2341 (de procedimiento administrativo): "*…Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años…",*

A efectos del presente análisis, se debe tomar en cuenta lo señalado en la nota AP/DJ/1590/2010, que sobre cada uno de los cargos establece lo siguiente (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica):

- Con respecto al cargo 1:

  "*…Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante memorial de fecha* ***11 de mayo de 2006*** *solicitó al J.2° T.S.S. la Ampliación de la Ejecución de la Nota de Débito 1-03-2006.00077 de 09 de mayo de 2006; sin embargo, se advierte que del contenido de su memorial el segundo apellido de uno de los representantes legales del Lloyd Aéreo Boliviano S.A., la AFP colocó "PARADA" en lugar de "PRADO",…*

  Pese a lo anterior, Futuro de Bolivia S.A. AFP con memorial de fecha ***18 de abril de 2007*** *solicitó al J.2° T.S.S. la Ampliación de la Ejecución de la Nota de Débito 1-03-2007.00094 de 18 de abril de 2007; sin embargo se advierte que en el memorial señalado, la AFP nuevamente colocó el apellido "PARADA" en lugar de "PRADO", pese a que el ejecutado y la autoridad jurisdiccional advirtieron este hecho…*"

- Con respecto al cargo 2:

"…*Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante memorial de fecha* ***08 de junio de 2007*** *solicitó al J.2º T.S.S. la Ejecutoría del Auto de 31 de mayo de 2006; sin embargo, no observó que el Auto que se señala precedentemente fue debidamente ejecutoriado mediante Auto de 29 de julio de 2006,...*".

- Con respecto al cargo 3:

"…*Futuro de Bolivia S.A. AFP a través del Gerente Regional de Cochabamba junto al abogado patrocinante de la AFP, mediante memorial de fecha* ***20 de agosto de 2007*** *solicitaron la regulación de honorarios profesionales, que fue atendida por la autoridad jurisdiccional...*"

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en su nota AP/DJ/565/2011 de 21 de febrero de 2011, ha señalado que "…*las observaciones encontradas en la revisión al proceso Ejecutivo Social instaurado por la AFP contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A.,* ***fueron comunicadas con nota SPVS/IP/AL Nº 917 de 24 de abril de 2009, como acto administrativo que interrumpió la prescripción****...",* nota esta última que cursa de fojas 41ª a 43ª del expediente, bajo la referencia de "***Diligencias Preliminares*** *Proceso Ejecutivo Social contra LAB S.A.*".

En este sentido, corresponde remitirse al precedente determinado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, que establece que:

"…*tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiero. Más aún si se toma en cuenta que bajo el Artículo 1, Parágrafo V, de la Ley No. 3076 de 20 de junio de 2005, corresponde a la SPVS controlar y supervisar las actividades a personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y el mercado de valores.*

En tal sentido, y atendiendo lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria ***quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio****, y no así con la notificación de cargos que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora…*" (el subrayado es

inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La nota SPVS/IP/AL Nº 917 de fecha 24 de abril de 2009, cursante a fojas 41ª a 43ª del expediente administrativo, referido a "*Diligencias Preliminares Proceso Ejecutivo Social contra LAB S.A.*", debidamente notificada a Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 27 de abril de 2009.

De todos estos elementos, corresponde la subsunción siguiente:

> - Las dos infracciones que importan el cargo Nº 1 han sucedido en fechas 11 de mayo de 2006 y 18 de abril de 2007; la notificación con la nota SPVS/IP/AL Nº 917 sobre "*Diligencias Preliminares Proceso Ejecutivo Social contra LAB S.A.*" fue realizada en fecha 27 de abril de 2009, es decir, con una diferencia de 2 (dos) años, 11 (once) meses y 16 (dieciséis) días, para la primera, y de 2 (dos) años y 9 (nueve) días para la restante; es decir, en ambos casos, más de los 2 años a los que se refiere el artículo 79º de la Ley Nº 2341.
>
> - La infracción que importa el cargo Nº 2 ha sucedido en fecha 8 de junio de 2007, mientras que la notificación con la nota SPVS/IP/AL Nº 917 sobre "*Diligencias Preliminares Proceso Ejecutivo Social contra LAB S.A.*" fue realizada en fecha 27 de abril de 2009, es decir, con una diferencia de 1 (un) año, 10 (diez) meses y 19 (diecinueve) días, es decir, menos de los 2 años que exige el artículo 79º de la Ley Nº 2341.
>
> - La infracción que importa el cargo Nº 3 ha sucedido en fecha 20 de agosto de 2007, mientras que la notificación con la nota SPVS/IP/AL Nº 917 sobre "*Diligencias Preliminares Proceso Ejecutivo Social contra LAB S.A.*" fue realizada en fecha 27 de abril de 2009, es decir, con una diferencia de 1 (un) año, 8 (ocho) meses y 7 (siete) días, es decir, menos de los 2 años que exige el artículo 79º de la Ley Nº 2341.

De lo anterior, resulta que el cargo Nº 1 se acomoda al requerimiento del término del artículo 79º de la Ley Nº 2341, por tanto se debe considerar su prescripción, no así con respecto a los cargos 2 y 3, los que no se acomodan al mismo requerimiento legal.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones señala en su nota AP/DJ/565/2011, que:

> "…*Sin embargo, la infracción del cargo 1, resulta ser permanente, toda vez que se viene desarrollando continuamente, pese a que el parágrafo II de la Disposición Primera de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010, instruyó al regulado gestionar ante la Autoridad Jurisdiccional la rectificación en el Proceso Ejecutivo Social del apellido materno del demandado, instrucción que tampoco habría sido cumplida hasta el presente, confirmándose la continuidad del hecho antijurídico...*"

Sobre ello, consta de la generalidad de antecedentes que cursan en el expediente, en especial por los remitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones

mediante su nota AP/DJ/239/2011 de fecha 26 de enero de 2011, que el Proceso Ejecutivo Social seguido por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra Lloyd Aéreo Boliviano S.A. por ante el Juzgado Segundo del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de Cochabamba, se encuentra con sentencia ejecutoriada, y que los actuados de ejecución de fallos en los que se ha producido la infracción se encuentran asimismo ejecutoriados; la cosa juzgada que importa tales ejecutorias, significa a decir de Couture "*la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existe contra ella medio de impugnación que permitan modificarla.*"

Congruentemente con lo anterior, cada una de las señaladas etapas ha precluido, sin posibilidad de retrotraer su trámite y máxime si sobre la misma pesa la cosa juzgada.

Entonces, si por ejecutoria del fallo judicial ha cesado la posibilidad de impugnar la concurrencia de la infracción, también ha cesado la infracción, por tanto, no es atendible aquello de que la infracción sería permanente para el caso de autos, confirmando en definitiva la efectiva prescripción de las infracciones que corresponden al cargo Nº 1.

1.2.- INOBSERVANCIA AL ARTÍCULO 47º DEL REGLAMENTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA.-

Que, sin perjuicio de lo anterior, constando la interposición del Recurso de Revocatoria de fecha 9 de septiembre de 2010, para la admisión de este último era requisito la observancia del artículo 47º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, esto es, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

Que, a este respecto, sobre las sanciones pecuniarias que salen de la precitada Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 (multa en Bolivianos equivalente a $us. 3.000,00 para el primer cargo, a $us. 2.000,00 para el segundo, y a $us. 2.000,00 para el tercero), consta su cumplimiento efectivo en el Informe/AP/DAF/PCT/316 2010 de fecha 31 de octubre de 2010, cursante a fojas 87ª y 88ª de obrados, emitido por la Jefe de Presupuestos, Contabilidad y Tesorería, y por la Tesorera, ambas de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, no sucede lo mismo con respecto a las restantes obligaciones -las no pecuniarias- dispuestas en la precitada Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010, estas son:

- Gestionar ante la autoridad jurisdiccional y en el plazo de 5 días, la rectificación del apellido materno del señor Jhonny Fernando Ramírez Prado, gestión cuya copia con sello de recepción debió ser remitida a la AP en el plazo de 2 días hábiles administrativos (parte resolutiva, artículo primero, numeral II).

- Realizar las gestiones para precautelar los intereses de los afiliados conforme a normativa vigente, de manera tal que, en caso de efectivizarse el cobro de honorarios profesionales con antelación, la AFP sancionada deberá reponer el monto

correspondiente con recursos propios (parte resolutiva, artículo tercero, numeral II), entonces sin plazo para su cumplimiento y sujeto a la misma eventualidad.

Que, el memorial del Recurso de Revocatoria de fecha 9 de septiembre de 2010 no presenta argumentación a este respecto, limitándose a describir los tres cargos y, en el entender de la recurrente, a desvirtuarlos, de manera tal que luego de su sustanciación, es el incumplimiento al artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, por el cual la Autoridad recurrida, determina la declaratoria de improcedencia resuelta por la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 238-2010.

Que, en lo que hace al Recurso Jerárquico, en su memorial de fecha 26 de octubre de 2010, la recurrente Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, abunda en sus fundamentos a los tres cargos, empero en lo que en concreto hace al cumplimiento o incumplimiento del artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, se limita a los siguientes argumentos que hacen a la Resolución Administrativa recurrida y que resuelve la improcedencia por dicha razón:

- *"…es importante hacerle conocer que no existió falta de voluntad en el cumplimiento de su instrucción impuesta en el parágrafo II del Artículo primero de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165/2010, sino existió la IMPOSIBILIDAD legal de poder realizarla, situación que no fue considerada a momento de declararla improcedente,…"*

- *"La instrucción emitida en la RA AP/DJ/N° 165/2010, no nos correspondía realizarla, toda vez que pondría en riesgo la tramitación de la causa, por haber operado el principio jurídico de la preclusión con la ejecutoria del auto ampliatorio de la deuda."*

- *"No corresponde la rectificación señalada en el punto segundo de la parte resolutiva del Art. 1° de la RA 165-2010, que motivó la improcedencia."*

Que, la sugerida imposibilidad al cumplimiento del artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, ha sido fundamentada a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico, en sentido de que pondría en riesgo la tramitación de la causa, mismo que debe ser resuelto por esta instancia jerárquica cual se procede a continuación.

Que, los planteamientos de la recurrente se acomodan a la tesis de que lo evidente no necesita de prueba, de manera tal que ante la falta de prueba, los hechos deben suponerse conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas (Couture en sus Fundamentos); en el caso que nos ocupa, la recurrente refiere no haber cumplido con la obligación de gestionar ante la autoridad jurisdiccional la rectificación del apellido materno del señor Jhonny Fernando Ramírez Prado, por cuanto ello pondría en riesgo la tramitación de la causa.

Que, sin embargo de tal posición, el mismo memorial de Recurso Jerárquico, señala los siguientes extremos (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica):

- "*La instrucción emitida en la RA AP/DJ/N° 165/2010, no nos correspondía realizarla, toda vez que pondría en riesgo la tramitación de la causa,* ***por haber operado el principio jurídico de la preclusión con la ejecutoria del auto ampliatorio de deuda***."

- "*…debe dejarse establecido que* ***el auto ampliatorio fue objeto de ejecutoria****, actuación que no ha impugnada* (sic) *en tiempo ni plazo oportuno,* ***habiendo perdido el ejecutado la oportunidad para realizar cualquier reclamo contra el mismo, en ese entendido se hubo operado el "principio de preclusión"***.

- "…***la calidad de cosa juzgada con autoridad y eficacia, siendo que, contra la misma no existe ningún otro medio de impugnación que permitan*** (sic) ***modificarla, teniendo calidad especial de inmutabilidad y la inmodificabilidad***."

Que, entonces, si a decir de la recurrente la disposición judicial ha adquirido la inmutabilidad e inmodificabilidad que importa la cosa juzgada, no puede pretender se suponga, en los términos de Couture, como normal y regular, que gestionar la rectificación del apellido materno del señor Jhonny Fernando Ramírez Prado pueda poner en riesgo la tramitación de la causa; antes más bien y dado existir cosa juzgada sobre el auto ampliatorio con los alcances que señala la propia recurrente, debe presumirse que dicha gestión no puede poner en riesgo la tramitación de la causa.

Que, así como esta Resolución Ministerial Jerárquica ha considerado precedentemente esos aspectos, los que hacen a la acusada imposibilidad al cumplimiento del artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, correspondía a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones constatar tal imposibilidad y pronunciarse sobre ellas, en el marco de los Principios de Derecho Administrativo de verdad material y de eficacia, establecidos en el artículo 4°, incisos d) y j) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, los argumentos acerca de la imposibilidad al cumplimiento del artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera que salen en el memorial de interposición del Recurso Jerárquico, tomando en cuenta la trascendencia de los mismos en el Proceso Ejecutivo Social, debieron obligar a la Entidad Fiscalizadora a su análisis, antes que a la privación del derecho a la defensa y que determinó la improcedencia del Recurso de Revocatoria.

Que, la Autoridad Fiscalizadora, debe velar en todo momento que el desarrollo del proceso administrativo, cumpla con el debido proceso.

1.3.- EXISTENCIA DE NEGLIGENCIA EN LAS ACTUACIONES DE LA RECURRENTE.-

Que, sin perjuicio de lo establecido en los numerales anteriores como de los fundamentos que se expresarán en el numeral 4 siguiente y conforme se tiene relacionado, la Resolución

Administrativa AP/DJ/N° 238-2010 (sobre improcedencia del Recurso de Revocatoria) ha dejado constancia que las sanciones impuestas tienen que ver con la negligencia de la ahora recurrente, su inobservancia a las normas que hacen a la recuperación judicial de adeudos, la omisión o incumplimiento de disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil, la oportunidad y pertinencia de las actuaciones de la ahora recurrente como representante de los afiliados y de los fondos, la falta de conocimiento y aplicación pertinente de la norma aplicable a los Procesos Ejecutivos Sociales, y la ausencia de cuidado exigible con el que se viene desenvolviendo el regulado.

Que, contrariamente, en el memorial del Recurso Jerárquico la recurrente abunda en sus argumentos sobre los tres cargos impuestos, siempre referidos a que los errores e inobservancias ocurridas y que han dado lugar al presente proceso, no habrían producido perjuicios a ninguna de las partes o perjudicado o retrasado el proceso, de ningún modo y menos aun haber logrado nulidad de obrados o perjuicio en el desarrollo de su tramitación.

Que, consiguientemente, la recurrente pasa por alto que lo que hace al *ratio decidenci* presente, no es si han existido perjuicios para alguna de las partes o retraso en el proceso, sino más bien, si ha existido negligencia en sus actuaciones, de ser el caso, si las mismas son sancionables, si la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones se encontraba facultada para imponerlas, y si las sanciones impuestas se acomodan a la normativa que rige la materia, de manera tal que no resulten excesivas o desproporcionadas.

Que, a este respecto, debe evaluarse el penúltimo considerando de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP, de manera tal que queda establecida la pertinencia de la normativa mencionada a continuación:

- Capítulo VIII (Sanciones y Recursos), parte I del Régimen de Sanciones, y Parte II del Procedimiento de Recursos, del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones) sobre las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones para la imposición de sanciones.

- Artículos 67°, parágrafo II, y 68° del artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sobre la oportunidad de la resolución sancionatoria de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

- Artículos 286°, inciso c), 287° inciso b), 291° inciso c) y 292° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que establecen el grado de gravedad de la infracción, para el caso leve, las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, a ser establecidas en su monto por la Superintendencia (al presente y dada su desaparición, por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones), la cuantía de la multa pecuniaria, tratándose de leve, hasta cinco mil

(5.000) dólares estadounidenses, y el procedimiento establecido a efectos de su cobranza.

Que, entonces corresponde -como ha sucedido- sea la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones la que fije el monto de las sanciones, sujetando al alcance de las normas precitadas, de donde resulta que, para cada uno de los tres cargos, la cuantía de la multa pecuniaria pudo establecerse en un monto de hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses.

1.4.- ANÁLISIS DE LOS CARGOS IMPUESTOS.-

Que, sin perjuicio de lo establecido en los numerales precedentes, corresponde realizar el siguiente análisis a los cargos impuestos, de los que devienen las sanciones y conforme a los fundamentos que salen del Recurso Jerárquico:

1.4.1.- Con respecto al cargo 1: mención errónea de un apellido materno en memoriales presentados ante la autoridad jurisdiccional.-

La recurrente argumenta que al tratarse de un Proceso Ejecutivo Social seguido contra la empresa Lloyd Aéreo Boliviano S.A. y no contra la persona natural Jhonny Fernando Ramírez Prado, la mención errónea del apellido materno de este no puede perjudicar a tal proceso; sin embargo, tal posición es contraria a lo señalado por el artículo 56º del Código de Procedimiento Civil, el que establece que "*las sociedades legalmente constituidas,… concurrirán por intermedio de sus representantes legales*", representante legal que, para el caso, era precisamente el mencionado señor Ramírez Prado, quien como tal y con arreglo al artículo 9º-I del Código Civil, "*tiene derecho al nombre*" comprendiendo el mismo "*el nombre propio o individual y* ***el apellido*** *paterno y* ***materno***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, la mención errónea del apellido materno del representante legal de la empresa ejecutada, sí resulta en un tema trascendente, máxime cuando tal extremo fue reclamado por el interesado -que para el caso y en virtud del mencionado artículo 56º del Código de Procedimiento Civil, resulta ser la propia empresa Lloyd Aéreo Boliviano S.A.- conforme consta del memorial presentado al señor Juez Segundo del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de Cochabamba en fecha 29 de mayo de 2006.

Se sabe que sobre tal reclamo se pronunció el mismo juez en fecha 31 de mayo de 2006, el mismo que fue declarado ejecutoriado mediante auto de fecha 29 de junio de 2006 y notificado a las partes en fecha 1º de agosto siguiente, alcanzando con ello la calidad de cosa juzgada.

Al respecto, no corresponde en la presente Resolución Ministerial Jerárquica evaluar el tratamiento, la sustanciación y la resolución que la autoridad jurisdiccional ha hecho de tal reclamo; empero debe quedar claro que, si el hecho pudo haber determinado o no un perjuicio en contra los intereses que representa la recurrente, no ha dependido de la actividad de la misma dentro del proceso judicial, sino de la pertinencia o impertinencia de

determinadas acciones u omisiones con las que la empresa Lloyd Aéreo Boliviano S.A. se ha comportado, por lo que en definitiva, es posible que la mención errónea del apellido materno, pudo conllevar un efecto negativo en la recuperación de los adeudos.

1.4.2.- Con respecto al cargo 2: solicitud reiterada de ejecutoria de un auto dentro del proceso judicial.-

Sobre ello, la recurrente presenta el siguiente argumento: "*La petición efectuada por memorial de fs. 533 de obrados, no ha causado perjuicio a ninguna de las partes, tampoco ha motivado retardación dentro del proceso, por lo que no puede constituirse en falta para el ejecutante y como tal no puede ser objeto de sanción*".

Ciertamente, la existencia de una solicitud reiterada no puede resultar regular y resulta impertinente, denotando una ausencia del cuidado exigible, al cual la AFP está obligada en el cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo y como señala la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en su Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, "…*el ente regulador puede efectuar las revisiones pertinentes al trabajo llevado a cabo por las AFP en la tramitación de dichos procesos, enmarcándose a verificar que no exista negligencia o inoperancia por parte de la AFP,* ***que conlleve un efecto negativo en la recuperación de los recursos***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución ministerial Jerárquica).

De donde resulta que, no obstante el descuido de la ejecutante al solicitar en dos oportunidades distintas la ejecutoria de un mismo fallo, ello no va a determinar un efecto negativo en la recuperación de los recursos; por consiguiente y teniendo en cuenta que lo mismo ha ameritado ya la llamada de atención por parte de la autoridad competente para conocer de lo mismo (el juez), esta instancia administrativa no encuentra fundamentos legales que respalden la imposición de una sanción pecuniaria.

1.4.3.- Con respecto al cargo 3: solicitud de regulación de honorarios profesionales con inobservancia al orden de prelación, en perjuicio a las contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.-

Corresponde revisar, la determinación dada por el artículo 11º del Decreto Supremo Nº 25722 de fecha 23 marzo de 2000, que expresa:

> "…*En caso de pagos parciales, la AFP acreditará sin prorrateo las sumas cobradas en el siguiente orden de prelación:*
>
> *a) Contribuciones al SSO*
> *b) Intereses y recargos adeudados*
> *c) Honorarios profesionales y gastos administrativos*
> *d) Gastos judiciales*…"

De donde resulta que, cualquier pago parcial que se impute contra la obligación

ejecutada, debe aplicarse en el orden señalado por la norma, extremo que es de conocimiento de la AFP y contra el que no tiene mayor observación, más allá de determinada apreciación impertinente expresada a tiempo de la audiencia de exposición oral de fundamentos de fecha 30 de noviembre de 2010:

> "…*Hay un decreto supremo que además, tiene vicios de ir contra algunas normas superiores porque el honorario del abogado también tiene su prelación; pero no vamos a entrar en ese un tema, ni vamos a defender*…"

Lo cierto es que, no obstante de existir normativa y obligatoriamente la prelación señalada, la ahora recurrente a través del señor Ludwig Guardia Von Borries, (quien resulta ser el represente legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, no así su abogado), solicitó reiteradamente -memoriales de fechas 12 de junio de 2001 y 20 de agosto de 2007- la regulación de los honorarios del profesional abogado, habiendo obtenido la atención positiva a tales solicitudes.

A este respecto, la recurrente ha señalado que "*la SOLICITUD de Regulación de Honorarios Profesionales… en ningún momento se constituye en exigencia inmediata*", sugiriendo que "*al constituirse en demanda nueva, esta imprescindiblemente debe ser notificada a nuestro Gerente General*" y que "*una vez de que esta notificación sea practicada, asumiremos defensa material conforme corresponda al procedimiento establecido*".

Tales expresiones no toman en cuenta los extremos siguientes:

- Es incongruente pretender oponerse a una propia solicitud: la solicitud de regulación de honorarios no ha sido elevada por el abogado de Futuro de Bolivia S.A. AFP o por la empresa ejecutada, sino por la propia entidad ejecutante. Pudo aducirse error, empero ello debió de haber sucedido oportunamente ante la autoridad judicial; del carácter irregular de su solicitud, Futuro de Bolivia S.A. AFP cayó en cuenta solo cuando la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones le inició el proceso sancionatorio.

- Es evidente que solicitar la regulación de honorarios no es lo mismo que exigir inmediatamente el pago resultante de lo mismo; empero cuando en fecha 16 de junio de 2001, el señor Juez Segundo del Trabajo y la Seguridad Social de Cochabamba atiende favorablemente la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP, de manera tal que "*regula los honorarios del abogado en la suma de Bs. 349.487,23*", pero para ello, antes "*conmina al ejecutado a pagar en tercer día de su notificación legal*", disposición que es notificada a ambas partes -ejecutante y ejecutado- en fecha 19 de junio de 2001, no consta que alguna de ellas hubiera impugnado tal determinación. Por tanto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no solamente ha solicitado la regulación de honorarios sino que también ha dado curso a la consiguiente exigibilidad de su pago.

- Futuro de Bolivia S.A. AFP pretende que tal determinación sea notificada a su Gerente General, tal cual fuera demanda nueva, para recién interponer los recursos

que la ley le franquee; sin embargo, pasa por alto el que la conminatoria no ha sido dirigida contra ella, sino -como corresponde- contra la empresa ejecutada, por tanto, de resultar una demanda nueva tal cual la recurrente sugiere, sería una contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A. y sería a esta empresa a la que le correspondería oponerse, no así a Futuro de Bolivia S.A., quien de acuerdo a la lógica de la demanda nueva, resulta ser la demandante y, consiguientemente, no le corresponde interponer recurso alguno contra sí misma.

- Sin embargo de ello y contrariamente a lo expresado por Futuro de Bolivia S.A., no existe disposición en el Código de Procedimiento Civil que establezca que la regulación judicial de honorarios tenga la calidad de demanda nueva, como para pretender sea notificada (debiera decir citada, al tenor del artículo 119º del Código de Procedimiento Civil) a su Gerente Legal, en lugar de a su apoderado dentro del juicio, resultando sugerente que no obstante tal afirmación, la recurrente no mencione algún artículo en concreto que establezca el extremo; más al contrario, es esclarecedor lo determinado por los artículos 199º y 200º del Código de procedimiento civil (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica):

  "*Artículo 199.- (Alcance de las Costas).*

  II. Asimismo, comprenderán el honorario de abogado…

  Artículo 200.- (Tasación).

  II. ***Notificadas*** *las partes con la tasación, podrán reclamar de ella en el plazo de veinticuatro horas…*"

  El mismo Código, en sus artículos 119º y 133º, ya ha establecido la diferencia entre "citación" y "notificación", correspondiendo lo primero a una demanda nueva (en la persona del representante legal de la entidad correspondiente), mientras que actuaciones como la regulación de honorarios son simplemente notificadas, y en ese caso concreto, activándose el trámite propio (el reclamo dentro de apenas veinticuatro horas) que lo hacen totalmente distinto del que correspondería en caso de resultar una demanda nueva.

1.5.- TIPIFICACIÓN DE LOS CARGOS.-

Que, con referencia a que los cargos corresponden a infracciones no tipificadas, dejar establecido que el Principio de Tipicidad establecido en el artículo 73º de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) no tiene la misma connotación que la del Derecho Penal, conforme lo ha señalado la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 6 de febrero de 2007, cuando señala que: "*La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de las normas penales y las normas administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma; en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, los tipos no son autónomos sino que se remiten a otras disposiciones en donde está consignada*

una orden o prohibición."

Que, en consecuencia, los cargos establecidos en la Nota AP/DJ/1590/2010 de fecha 7 de junio de 2010, no requieren estar expresamente establecidos en las leyes que regulan el accionar de las entidades reguladas, por cuanto las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes establecidos por la Ley respecto de sus afiliados, como cobrar las cotizaciones y primas devengadas conforme lo establecido en el artículo 31°, inciso d), de la Ley N° 1732, actividad de cobranza que bien debe ser en la vía jurisdiccional cuando en la voluntaria no ha sido logrado el pago.

Que, en cumplimiento de esos deberes, su actuar en el ámbito administrativo o judicial debe reflejar un determinado grado de cuidado, diligencia y responsabilidad, así previsto en el artículo 142° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento de la Ley de Pensiones), el que establece:

> "…*ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).*
>
> *…la AFP deberá conducir y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia*…"

Lo que determina que la AFP se halla permanentemente sujeta, en todas sus actividades, a un comportamiento por entero prudente y diligente.

Que, a este efecto, la AFP debió observar también la previsión del artículo 30°, inciso a), de la Ley N° 1732 (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica):

> "…*ARTÍCULO 30° OBJETO SOCIAL ÚNICO. La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá tener objeto social único consistente en:*
>
> *a) Administrar y* ***representar*** *los fondos de pensiones*…"

Representación que, desde luego, debe sujetarse al mismo modelo de conducta dispuesto por la norma: "*con el cuidado exigible a un buen padre de familia.*"

Que, en lo que hace a la aplicación del principio jurídico *non bis in idem* en relación a que ante la falta de tipificación específica sobre las infracciones cometidas, el ente regulador habría sancionado tres veces una misma conducta, dejar constancia que la recurrente no señala cuál sería esa común conducta y únicamente refiere que "*al ser objeto de cargos y sanciones la revisión del proceso Ejecutivo Social seguido por la AFP contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A. se debe entender que la revisión es integral*", extremo subjetivo no amparado en norma alguna, ante el cual corresponde remitirse a la nota AP/DJ/1590/2010 de fecha 7 de junio de 2010, cursante de fojas 48ª a 50ª del expediente, de donde resulta que los cargos impuestos corresponden a infracciones distintas y estas a su vez, a conductas concretas y diversas la una de las otras.

CONSIDERANDO:

Que, de lo expuesto se tiene que, en el presente caso la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, ahora impugnada, ha resuelto declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, omitiendo el deber que tenía de buscar la verdad material y verificar la posibilidad o imposibilidad de la aplicación de las obligaciones que requería, situación que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de la recurrente ya que la impugnación presentada no ha sido tomada en cuenta.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha dado estricto cumplimiento a la normativa, vulnerando así el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente, determinando con ello que no se hubiera pronunciado sobre lo sustancial de lo recurrido, por motivos que sin embargo, justifican ser revisados por los extremos señalados por la recurrente, máxime al formar parte de los argumentos del recurso que ahora se conoce.

Que, sin perjuicio de ello y bajo el principio de economía procesal, esta Autoridad ha realizado la compulsa necesaria para la correcta aplicación de la norma.

Que, obrar de manera distinta importaría no dar cumplimiento a los derechos que le asisten a la recurrente, ni a los principios que conforman al procedimiento administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010 **inclusive**, debiendo en

consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZÁLEZ
ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "COINBOL-JUVALGO"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 876/2010 DE 13 DE OCTUBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 008/2011 DE 9 DE MARZO DE 2011

FALLO

CONFIRMAR TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2011

La Paz, 9 de marzo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Julio Humberto Valenzuela González**, por sí y como representante legal de la **Empresa Constructora "JUVALGO" LTDA., asociada a la Asociación Accidental "COINBOL-JUVALGO"** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 876/2010 de 13 de octubre de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 17 de 1 de marzo de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 29 de octubre de 2010 **Julio Humberto Valenzuela González**, por sí y como representante legal de la **Empresa Constructora "JUVALGO" LTDA., asociada a la Asociación Accidental "COINBOL-JUVALGO"** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 876/2010 de 13 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de noviembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Julio Humberto Valenzuela González, por sí y como representante

legal de la Empresa Constructora "JUVALGO" LTDA., asociada a la Asociación Accidental "COINBOL-JUVALGO"

Que, mediante Auto de fecha 8 de noviembre de 2010, se hizo un llamamiento al tercer interesado **Banco Bisa S.A.** para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, el 6 de enero de 2011, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **Julio Humberto Valenzuela González**, por sí y como representante legal de la **Empresa Constructora "JUVALGO" LTDA., asociada a la Asociación Accidental "COINBOL-JUVALGO"**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 750/2010 DE 25 DE AGOSTO DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 750/2010 de 25 de agosto de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> *"**PRIMERO.-** Sancionar al BANCO BISA S.A. con multa del 0.10% del capital mínimo para entidades bancarias equivalente a 5.500 DEGS (CINCO MIL QUINIENTOS 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO) por:*
>
> ***1)** Incumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1346, 1347, 1351 y 1352 del Código de Comercio, considerando que la entidad bancaria no requirió todas las firmas autorizadas para el manejo de cuentas conjuntas en las siguientes operaciones:*
>
> ***a)** Transferencia realizada el 26 de junio de 1996 por Bs8.619, de la cuenta corriente en Moneda Nacional N°205950010 del Consorcio COINBOL JUVALGO a la cuenta corriente en moneda nacional N°21000019 de los señores Mario López Prada y Zulema López de López.*
>
> ***b)** Transferencia realizada el 4 de julio de 1996 por $us17.000.- de la cuenta corriente en Moneda Extranjera N°205952012 del Consorcio COINBOL JUVALGO a la cuenta corriente N°23062011 de la empresa COINBOL.*
>
> ***c)** Pago del Cheque N°1195207 por $us10.000.- proveniente de la cuenta corriente N°205952012 del Consorcio COINBOL JUVALGO sin observarse que el mismo no fue girado por todos los titulares de la cuenta.*
>
> ***2)** Incumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 604 del Código de Comercio en el pago del cheque N°243602 por $us25.000,- que los cheques expedidos o endosados a favor de un banco no son negociables*

SEGUNDO.- *La multa impuesta deberá depositarse en el plazo de 15 días posteriores a la notificación con la presente resolución, en la cuenta N°4010695761 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Multas, del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., al tipo de cambio vigente al día de pago.*

TERCERO.- *Desestimar los cargos notificados al Banco BISA S.A., por Incumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 604, 623 y 624 del Código de Comercio por el pago del Cheque N° 243601 por $us100.000.-*

CUARTO.- *Desestimar los cargos notificados a Freddy Palacios Campos mediante carta SB/ISR I/D-2433/2007 de 19 de junio de 2007 debiendo notificarle con la presente Resolución.*

QUINTO.- *Notificar con la presente Resolución a Julio Valenzuela Gonzales como denunciante, de conformidad con lo previsto en el Artículo 12 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.*

SEXTO.- *En cumplimiento con el Artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco BISA S.A., debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copia de la correspondiente Acta con las determinaciones adoptadas."* _____

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 15 de septiembre de 2010 Julio Humberto Valenzuela González, por sí y como representante legal de la Empresa Constructora "JUVALGO" LTDA., asociada a la Asociación Accidental "COINBOL-JUVALGO" presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010, fundamentando lo siguiente:

*"**I.- IMPUGNACIÓN.-** La Resolución pronunciada por la ASFI, que lamentablemente nos vemos obligados a impugnar dentro este increíble e inadmisiblemente dilatado procedimiento administrativo que ya rebasó la marca de los **DIEZ (10) AÑOS,** además de contener imprecisiones, impropias de una Resolución de esa naturaleza, admite como verdades absolutas, **FALSEDADES INADMISIBLES YA DICHAS EN EL PASADO POR LA PARTE DENUNCIADA, INDEBIDAMENTE ACEPTAPAS POR LA EX S.B.E.F. SIN EMBARGO DE HABER SIDO OPORTUNAMENTE DESMENTIDAS POR NOSOTROS CON DOCUMENTOS IDÓNEOS** como más adelante lo demostraré.*

*La impugnada **Resolución ASFI N° 750/2010** no cumple con lo expresa y mandatoriamente dispuesto - esta vez - en la **"RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2009 de 30 de noviembre de 2009,** que al establecer correctamente: **"que se ha podido evidenciar que el presente proceso no se ha seguido el debido proceso, afectando la seguridad jurídica (sic),** dispuso que se emita pronunciamiento **'sobre cada uno de los puntos solicitados por el recurrente, mediante nota ACJ/03/06 de 20 de marzo de 2006.'** (sic)eso, señor Director Ejecutivo, no ha ocurrido y para su comprobación y mayor ilustración me veo obligado a transcribirla 'in extenso' para que forme parte integrante del presente Recurso de Revocatoria,*

RESALTANDO EN LETRA ROJA TODO AQUELLO QUE NO HA SIDO CONSIDERADO EN LA RESOLUCIÓN AHORA IMPUGNADA: (Sic.)

'Cochabamba, 20 de marzo del 2006 - EJC/03/06 - ***Doctor: - Fernando Calvo Unzueta - SUPERINTENDENTE DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS - La Paz.- REF.: TRAMITE Nº 113430.- Pone en su conocimiento y pide. -****Señor Superintendente*

I.- REMITE AUTO DE VISTA DE 06.02.04.- *Después de transcurridos casi* ***seis (6) largos años.*** *injusta e innecesariamente dilatorios, lo que se ha traducido en inconmensurables e irreparables daños y perjuicios para nosotros y para nuestra Empresa Constructora Julio Valenzuela González "JUVALGO" LTDA., desde la fecha en que esa Superintendencia recibió oficialmente nuestra primera denuncia el día 08 de junio del 2000, ampliada con la de 19 de diciembre del mismo año y otras posteriores, sobre una serie de operaciones bancarias irregulares y actos delictivos cometidos por el Banco BISA S.A. en contra nuestra y la de nuestra empresa, finalmente la justicia va llegando, lo que se concreta en un primer fallo judicial con el Auto de Vista de fecha 06 de febrero del 2.006 (cuya copia legalizada adjunto), mediante el cual la Sala Civil Segunda de la R. Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba luego: 'Del examen de todos los antecedentes que en originales fueron vistos por este Tribunal, se establece : '('...'). 'En consecuencia este Tribunal dispone la suspensión de la presente ejecución coactiva, por ser la institución coactivante responsable de las equivocaciones en las transacciones bancarias' ('…').POR TANTO: La Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia REVOCA el auto de 25 de febrero de 2.004 y DISPONE la suspensión de la presente ejecución conforme se ha expuesto en el ultimo considerando de esta resolución,..'*

Señor Superintendente: ***'el último considerando de esta resolución'*** *está ampliamente explicitado, por lo que no queda otra cosa que hacer sino que el Banco BISA S.A. en cumplimiento a la determinación judicial proceda en consecuencia y devuelva:*

1.- $US. 25.000.- correspondientes al cheque N° 243602 del ex Banco de La Paz, girado por mi persona a favor del Banco Industrial S.A. (actual BISA S.A.) ilegalmente depositados y cobrados.

2.- $US. 10.000.- correspondientes al cheque N° 1195207 de 5 de noviembre de 1996 del Banco BISA, ilegalmente pagados por el Banco a la Estación de Servicio Cochabamba, por falta de mi firma.

3.- $US. 17.000.- correspondientes a una ilegitima transferencia de la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo a una cuenta ajena.

4.- Bs. 8.619.- correspondientes a otra ilegítima transferencia de la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo a una cuenta ajena.

Corresponde, señor Superintendente que dichas sumas que deben constituir la 'liquidación que deberá hacer llegar la Institución Bancaria ante el Juez a-quo' deben contemplar los intereses activos desde la fecha en que se originó la respetiva irregularidad y hasta la fecha en que se produzca la devolución, devolución que no debemos olvidar fue oportunamente instruida por esa Superintendencia de Bancos, indebidamente resistida por el Banco BISA S.A. durante años y ahora finalmente ordenada por autoridad jurisdiccional.

II.- CHEQUE N° 243601 POR $US. 100.000.- *A tiempo de ratificar y reproducir "in extenso" mi denuncia de fecha 14.12.00, recepcionada en esa Superintendencia el día 19.12.00, y los términos contenidos en mis "CARTAS NOTARIADAS" N° ECJ/010/04 de 29.01.04 y ECJ/016/04 de 25.02.04, me permito recordar a su Autoridad que:*

"Ni en el punto 4.- de mi denuncia de fecha 14 de diciembre del 2000 al referirme al cheque 243601 por $us. 100.000 (CIEN MIL 00/100 DOLARES AMERICANOS), ni en ningún otro documento remitido de mi parte ante esa Superintendencia nunca hice referencia a que tal reclamo ***esté en tramitación o controversia judicial de ninguna naturaleza*** *y ello sencillamente porque tal cosa no existe. Dicho de otra manera, Dr. Calvo,* ***mis asesores decidieron no incorporar ese reclamo en ninguno de los procesos judiciales en curso*** *(ordinario en el Juzgado 1° de Partido en lo Civil a demanda nuestra y Coactivo civil en el Juzgado 6° de Partido en lo Civil, ilegalmente iniciado por el Banco BISA), para inicialmente* ***solo recurrir ante la Superintendencia de Bancos v Entidades Financieras*** *con la respectiva y formal denuncia. Así se procedió.*

Sin embargo y pese a las primeras determinaciones de esa Superintendencia, como las contenidas en la carta SB/IAJ Documento 24232 de 12/10/01 en sus puntos 3 y 4 y lo determinado también por ese ente fiscalizador en su carta SB/IAJ Documento 18738 de 30/07/01, ***sobre la base de una lógica jurídica indiscutible se refirió al cheque N° 243602 del Banco de la Paz S.A. por $us. 25.000.-.*** *Extraña e inexplicablemente, el tratamiento posterior que aplica la misma Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al cheque N° 243601 por Sus. 100.000.- (idéntico en sus características al 243602, excepto por la suma y el memo) no condice con esa misma lógica, es absolutamente contradictorio afecta gravemente mis legítimos intereses.*

A tiempo de reproducir y ratificar íntegramente mi memorial de "REVOCATORIA" de 13 de junio del 2001, muy particularmente lo contenido en el 'OTROSI', me permito citar lo siguiente: 'La jurisdicción de la SIB es PRIVATIVA E INDELEGABLE A NINGÚN OTRO ORGANISMO DEL ESTADO, según el Art. 4° de su Estatuto Orgánico, en cuanto a la aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y obviamente a las del Estatuto Orgánico, en todo el ámbito del sistema bancario y financiero. Más bien, es la justicia ordinaria que no puede interferir en el conocimiento de asuntos de exclusiva jurisdicción y competencia de la Superintendencia'

2.- Acompaña prueba.- *Los originales de las Certificaciones de fechas 16 de julio del 2003 y 11 de agosto del 2003 expedidas respectivamente por los señores secretarios abogados de los juzgados 1° y 6° de Partido en lo Civil de esta Capital, mediante las correspondientes órdenes judiciales,* ***acreditan fehacientemente y sin la más mínima duda de que en ninguno de los procesos judiciales que sostenemos con el Banco BISA existe reclamación alguna con relación a los Sus, 100.000.- correspondientes al cheque N° 243601 del ex Banco de La Paz S.A.***

En fojas 6 útiles se acompañan los originales de las referidas certificaciones.

POR LO TANTO REITERO Y RATIFICO QUE AL NO EXISTIR CONTROVERSIA JUDICIAL ALGUNA CON RELACIÓN AL CHEQUE DE LOS SUS. 100.000.- girado exclusivamente con mi firma CON EXPRESAS Y ESCRTTAS INSTRUCCIONES EN RELACIÓN AL DESTINO DE ESOS DINEROS, la jurisdicción de la SIB ES PRIVATIVA E INDELEGABLE A NINGÚN OTRO ORGANISMO DEL ESTADO, según el Art 4° de su Estatuto Orgánico, en cuanto a la aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y, obviamente, a las de su Estatuto Orgánico, en todo el ámbito del sistema bancario y financiero. Más bien, es la justicia ordinaria que no puede interferir en el conocimiento de asuntos de exclusiva jurisdicción y competencia de la Superintendencia.

Por ser pertinente al asunto le ruego referirse al punto 5. de su carta SB/ISB/D-9892/2002 dirigida al Vicepresidente ejecutivo del Banco BISA S.A. en fecha 4 de marzo de 2002.

Con la legítima y sana intención de precautelar mis intereses y con el ***expreso propósito*** *de evitar cualquier intento de* ***prescripción*** *(pese a existir un requerimiento de mora mediante Carta Notariada ECJ/068/2. de fecha 27 de noviembre del 2000, cuya fotocopia adjunto, fs. 24 y 25),* ***también reproduzco, reitero y ratifico los términos de mi denuncia contenidos en mi memorial de fecha 14 de diciembre del 2000, recepcionado en esa Superintendencia el día 19 de diciembre del 2000.***

(cita textual de una parte de mi carta Nº ECJ/010/04 dirigida a esa Superintendencia en fecha 29 de enero del 2004).

Por lo tanto, señor Superintendente, corresponde también que en estricta aplicación de disposiciones legales absolutamente vigentes esa Superintendencia de Bancos y Entidades proceda a ordenar al Banco BISA S.A. la restitución de los $US. 100.000.- (CIEN MIL DÓLARES 00/100) correspondientes al cheque Nº 243601 girado por mi persona a la orden de BANCO INDUSTRIAL S.A. el día 1º de julio de 1996 ***CON EXPRESAS INSTRUCCIONES DE HACER PAGO A CAPITAL E INTERESES A LA LÍNEA DE CRÉDITO DE 'JUVALGO' LTDA., NO SOLO SEGÚN EL 'MEMO' INSERTO EN EL INSTRUMENTO, DE MANERA TOTALMENTE EXPLÍCITA SEGÚN CARTA DE 2 DE JULIO DE 1996 DEBIDAMENTE RECEPCIONADA POR EL BANCO BISA Y TAMBIEN SEGÚN LA RESPECTIVA PAPELETA DE DEPÓSITO Nº 274913, IMPRESO AL MARGEN INFERIOR DERECHO.***

Los Arts. 984 y 994 concordantes con el Art. 967 del Código Civil, son categóricos cuando se producen estos "hechos ilícitos", incluyen dentro el resarcimiento, fuera del capital, ***LOS INTERESES*** *y frutos desde el día que se produjo el pago de mala fe, o sea el doble concepto: la pérdida sufrida por la víctima y la* ***falta de ganancia****. No es justo que el Banco BISA S.A., haya burlado la restitución que debe por 'hechos ilícitos' y a cambio haya pretendido cobrar con intereses ordinarios y penales algo que más bien me adeuda, llegando al inaudito extremo de haber dado inicio al ilegal cuanto* ***FRAUDULENTO*** *juicio coactivo sobre la base de* ***una escritura pública falsa****, sustento de su demanda y documentos* ***que no han sido registrados*** *como manda la ley, además de* ***una torpe manipulación en las oficinas de Derechos Reales;*** *esto sin considerar que han motivado que mi empresa Constructora 'JUVALGO' LTDA., de primera categoría, haya sido injustamente ingresada a la Central de Riesgos del Sistema Financiero Nacional con las nefastas consecuencias que ello implica para una constructora que sin boletas de garantías una empresa total y absolutamente inútil, tal como ha ocurrido con 'JUVALGO' gracias al BANCO BISA.*

Por lo expuesto, reitero mi pedido para que se ordene al Banco BISA S.A. la ***inmediata restitución*** *de esos fondos más los intereses activos a la Cta. Cta. De 'JUVALGO' LTDA. (que el Banco deba reactivar)* ***para cumplir el destino originalmente instruido.***

III.- ACOMPAÑA PRUEBA DE RECIENTE CONOCIMIENTO *con el propósito de que su autoridad señor Superintendente, valore a cabalidad la conducta observada por el Banco BISA S.A. a lo largo de todos estos años y observe entre otras cosas:*

1.- *La ratificación hecha por el Banco BISA S.A. en su carta BISA-VPRN-693/00 de 26.10.00 dirigida a Mario López Prada en la cual le manifiestan que* ***'las operaciones se efectuaron bajo responsabilidad de ustedes…'***

2.- *La ilegítima descalificación que pretendió hacer contra la competencia del Intendente General de Bancos (incluso ante jueces), cuando se refiere a 'defectos de forma'.*

3*.- En la carta VPRN-291/2005 de 25.10.05* ***maliciosamente no se refieren al ilegal cuanto fraudulento juicio coactivo que nos inició****, pero a sabiendas mencionan un existente juicio 'por*

rendición de cuentas' que dizque me iniciaron Coinbol y Comteco. Niego rotundamente la existencia de tal juicio; el juicio radicado en el Juzgado 6º de Partido en lo Civil fue iniciado por Mario López contra COMTECO LTDA. y JUVALGO LTDA. por: 'Cumplimiento de contrato y Restitución de Facultades y Funciones'

En esa misma carta, nuevamente y sin argumentos válidos, desconocen lo dispuesto por los ***Arts. 11 y 14 del D.S. Nº 22203*** *cuando solapadamente insisten en su descalificación a la competencia del Intendente General de Bancos y rematan en el último parágrafo 'rompiendo' con su asociado en conclusión.*

4.- *La carta VPRN-313 de 24.11.05, no hace otra cosa que ratificar lo maliciosos términos de las anteriores y pretende curarse en salud ante la emergencia de un resultado adverso e ilegal cuanto FRAUDULENTO juicio coactivo civil al que se refiere el Auto de Vista de fecha 06 de febrero del año en curso, cuya copia legalizada al igual que las cartas antes referidas las adjunto en calidad de prueba.*

Sin otro particular saludo a usted con toda atención. ***Julio H. Valenzuela González GERENTE GENERAL 'JUVALGO' "***

De la lectura de esa nuestra carta ECJ/030/06 podrá su autoridad comprobar que la Resolución ***ASFI N° 750/2010*** *además de ser extremadamente benigna con el Banco denunciado BISA S.A., en los CONSIDERANDOS 3, 5, 7, 8, 9 y 11 es incompleta puesto que no se refiere a los puntos resaltados en rojo, sin que desconozcamos que esta inteligentemente redactada, pero con evidentes sesgos, lo que ciertamente nos agravia.*

De otra parte, es ilegal puesto que:

1.- Continúa con la política de evidente PARCIALIZACIÓN con el Banco denunciado BISA S.A. vulnerando así la literal f) del Art. 4.- del Procedimiento Administrativo (Ley N° 2341). Como prueba de mi aseveración me refiero a la ninguna acción y ***menos pronunciamiento*** *de la ASFI en relación a mi expreso pedido de que el Banco BISA* ***EXHIBA,*** *el documento o contrato que le haya permitido* ***'conceder'*** *un sobregiro nada más ni nada menos que de una cantidad que sobrepasa los* ***CINCUENTA MIL DÓLARES AMERICANOS ($US 50.000.-).*** *Lícitamente y con profunda preocupación me pregunto: ¿Es esa una cantidad pequeña para la ASFI? ¿Cual la interpretación que hace la ASFI a lo dispuesto por el Art. 1.353 del Código de Comercio cuando dispone:* ***'Esta permisión (sobregiros) SOLO SERA POSIBLE cuando se trate de cantidades pequeñas.".*** *¿Se ha dejado convencer y/o persuadir la ASFI con el denunciado Banco BISA, que* ***'a título de excepción y en forma unilateral'*** *(sic) le asiste el 'derecho' de violar una norma de* ***ORDEN PÚBLICO*** *que es* ***DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO?***

Sin duda alguna resulta parcialización con el Banco BISA sostener lo que con toda mala fe afirmó el Banco denunciado cuando 'convenció' a la ex SBEF que la instrucción contenida en el cheque N° 243601 por SUS. 100.000.- dice 'ambiguamente': 'Línea crédito', cuando la única 'verdad Material' es que con claridad meridiana dice: ***A LINEA CRÉDITO'.*** *La impugnada Resolución* ***ASFI N° 750/2010*** *en el CONSIDERANDO 5, al referirse al 'SEGUNDO CARGO', 'Cheque N° 243601 por $us. 100.000', además de no referirse, analizar y compulsar la instrucción también escrita en la parte inferior derecha de la boleta de depósito, que evidentemente lleva mi firma, me acusa de no haber especificado la cuenta de destino y el beneficiario. De suyo, señor Director Ejecutivo, la instrucción:* ***'A LINEA CRÉDITO'***

expresamente escrita, ***en forma tácita también está 'especificando' la 'cuenta de destino' y el 'beneficiario'.*** *Pero más allá de eso incurre en parcialización evidente a favor del Banco BISA cuando inaceptablemente se refiere en la última línea del tercer parágrafo de la página 13 de la* ***Resolución N° 750/2010*** *y dice:* ***'cheque que consignaba en la parte inferior "Línea Crédito'*** *(sic), mutilando así, esta vez lamentablemente la ASFI, la preposición "A". ¿Cuál el propósito, señor Director Ejecutivo?.*

...La preposición 'A' es altamente significativa y así debería entenderlo la ASFI, puesto que quiere decir - en la legua española – ***'que vaya', 'que se destine'*** *y en el caso que nos ocupa:* ***que se apropie a la Línea de Crédito de JUVALGO, QUE ERA LA ÚNICA QUE EXISTÍA VINCULADA AL CONSORCIO COINBOL JUVALGO EN EL BANCO BISA,*** *extremo que lo conocían perfectamente puesto que así lo demuestran las cartas y más importante que eso, porque* ***CON DOBLE MORAL*** *exactamente así actuó en fecha* ***28 de diciembre de 1999*** *al descontar la Letra de Cambio Municipal N° 035872 por la suma de $US. 70.000.- (SETENTA 00/100 MIL DÓLARES AMERICANOS) girada a nombre del CONSORCIO COINBOL JUVALGO como lo demuestra la Letra misma y la carta de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. de fecha 28 de diciembre de 1999 dirigida a Tomás Barrios, con la REF.: "Remite Letra de Cambio Municipal N° 035872 para su descuento". En dicha carta se dice textualmente:* ***'Una vez descontada dicha Letra, sírvase instruir a la sección correspondiente se proceda a cancelar la obligación vencida desde el día 14 de los corrientes QUE TIENE LA EMPRESA CONSTRUCTORA JUVALGO LTDA., y que el saldo vaya a disminuir el capital remanente.'.*** *Pues bien, señor Director Ejecutivo de la ASFI,* ***esa obligación vencida desde el día 14 de los corrientes****....' se refería* ***A LA LÍNEA DE CRÉDITO*** *a la que también se refirió la instrucción en el cheque N° 243602 por SUS. 100.000.- Extrañamente la* ***Resolución N° 750/2010*** *no toma en cuenta en su valoración de las pruebas cursantes en el expediente del trámite esas evidencias. Para una mejor comprensión del asunto me permito acompañar, como parte integrante del presente Recurso de Revocatoria, copias de las citadas carta y letra que esperemos el BISA no niegue haberlas recibido exhibiendo su* ***'montado'*** *Libro de Correspondencia.*

2.- Pero aún hay más: La carta ***DEL CONSORCIO COINBOL JUVALGO*** *de fecha 14 de abril de 1997, suscrita por mi persona y por Luis Tórrez G.O. dirigida a Tomas Barrios, recepcionada por el BISA en día 15 de abril de 1997 como también lo demuestra el sello de recepción (ojala el BISA no niegue haberla recibido, exhibiendo su* ***"preparado"*** *Libro de Correspondencia) en su parte pertinente dice:*

'Por lo expuesto y en atención a los términos del contrato que tenemos suscrito con la Alcaldía no estamos certificando, vale decir no estamos cobrando, motivo por el cual el nivel de liquidez del Consorcio está muy bajo lo que no nos permite enfrentar nuestras obligaciones como las teníamos programadas. Por estas razones solicitamos a Ud. señor Vicepresidente, nos permita renovar los dos Pagarés, uno de Sus. 110.000.- (Ciento diez mil dólares 00/100) el otro de Sus. 40.000.- (cuarenta mil dólares 00/100 QUE TIENE SUSCRITOS CON UDS. NUESTRA EMPRESA ASOCIADA AL CONSORCIO, LA EMPRESA CONSTUCTORA JUVALGO, con vencimientos al 1° de mayo, PUESTO QUE DICHOS RECURSOS ESTÁN ÍNTEGRAMENTE INVERTIDOS EN LAS OBRAS. MOTIVO POR EL CUAL DEBEMOS ASUMIR EL PAGO RESPECTIVO a esa estimable casas bancaria.'(textual).

Lo anterior prueba, otra vez, que el Banco BISA sabía perfectamente de que: 'A LÍNEA DE CRÉDITO' se refería la instrucción contenida en el MEMO del cheque 243601. La valoración de la Resolución ***ASFI 750/2010*** *también ignoró esa prueba cursante en el trámite, cuya copia, al igual que la anterior, la aparejó como parte integrante del presente Recurso de Revocatoria.*

3.- Suma y sigue: El Banco BISA sabía sin duda alguna a cual LINEA DE CRÉDITO se refería la instrucción contenida en el cheque N° 243601 en razón de las cartas ECJ/011/96 de 18 de enero de 1996 y con la más absoluta precisión por el texto de la ECJ/013 de 25 de enero de 1996 con la Ref.: ***'Crédito para capital de operaciones',*** *cuando dice: '…* ***de conformidad con la conversación sostenida con el señor Lic. Tomas Barrios, Gerente de esa prestigiosa entidad crediticia.' 'Pretendemos otorgarle mayor fortalecimiento al consorcio conformado por las empresas COINBOL JUVALGO, con el fin de encarar obras de pavimento rígido para la H. Municipalidad de Cochabamba.' (") 'Nuestro requerimiento supone una línea de crédito con un techo de hasta trescientos mil dólares americanos…'*** *(Esperemos que el BISA no niegue haberlas recibido, exhibiendo su* ***'montado'*** *Libro de Correspondencia). Se adjuntan las dos cartas referidas para que formen parte del presente Recurso de Revocatoria*

** La carta N° E.C.J. 019/96, dirigida a Tomas Barrios y recepcionada por el Banco BISA el día 12 de junio de 1996* ***(tómese en cuenta que es de 18 días antes a la entrega del cheque N° 243601 por SUS 100.000.- con la instrucción. 'A LINEA CRÉDITO')*** *en su parte pertinente textualmente dice:*

'1°.- A muy breve plazo *(los 18 días)* ***la alícuota parte de JUVALGO LTDA. en el proyecto '100,000 M2. de pavimento rígido' será únicamente de 150.000.- dólares, lo que automáticamente habilitará a la Empresa con CIEN MIL DÓLARES (los del cheque N° 243601) para Boletas de Garantía.'*** (textual). *... Y entonces, señor Director Ejecutivo, con estos antecedentes y otros que también se han pasado por alto, ¿Cómo pudo la Resolución* ***ASFI 750/2010*** *sostener que:* ***'En consecuencia, los argumentos de descargos presentados por el Banco BISA S.A. con relación al cheque de Sus 100.000.- desvirtúan el cargo notificado mediante carta ASFI/DSR I/R-52839/2010 de 27 de mayo de 2010. Tampoco se advierte daño o menoscabo en el titular de los recursos, no correspondiendo de esta manera restitución...'***

Finalmente, con relación a este tema, corresponde preguntar a la 'ASFI' si para calificar el tipo y/o modalidad de las cuentas corrientes aperturadas exclusivamente por mi persona el día 29 de febrero de 1996 en el Banco Industrial S.A. (hoy Banco BISA S.A.), a tiempo de redactar la impugnada ***'RESOLUCIÓN ASFI 750/2010'*** *de 25 de agostó de 2010 hizo y analizó lo siguiente:*

> ***1°.- Dio atenta lectura y comprendió a cabalidad los términos de mi carta escrita en papel membretado de la 'EMPRESA CONSTRUCTORA JUVALGO LTDA', y firmada exclusivamente por mi persona en mi condición de GERENTE GENERAL de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA.?*** *Como parte integrante del presente Recurso de Revocatoria se adjunta copia de la referida carta que esperemos no la niegue el BISA.*

2º.- Percibió que al referirme al 'manejo de dichas cuentas', mis instrucciones expresas, textuales y precisas TAN SÓLO Y EXCLUSIVAMENTE SE REFIEREN a: 'En los cheques siempre deberán figurar las firmas de:…'.

3º.- ¿Observó que en ninguna parte de las instrucciones se faculta la libre disposición de fondos por parte de Zulema López de López o de Luis Tórrez por medio de transferencias entre cuentas, contratos de avance en cuenta u otras operaciones semejantes?.

4º- ¿Estudió y analizó que esas facultades estaban reservadas única y exclusivamente a mi persona en virtud a lo estipulado en la CLÁUSULA SÉPTIMA de la escritura pública N° 761/95 de Constitución Social de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. que es el único documento que comanda todos y cada uno de los otros documentos constitutivos del Consorcio COINBOL JUVALGO en los que invariablemente se lee: 'CON LAS MISMAS AMPLIAS FACULTADES QUE LE CONFIERE LA CLÁUSULA SÉPTIMA DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN SOCIAL DE LA EMPRESA JUVALGO LTDA.', acuerdo que me permitía y permite actos de disposición debido a que los únicos dueños de los recursos disponibles en el Consorcio en el Banco BISA S.A. eran y son la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. y sus socios, extremo que bien sabía y sabe el Banco BISA S.A. y muy particularmente su funcionario Tomás Barrios, puesto que incluso ello se desprende de sendos CERTIFICADOS expedidos por el referido Banco.

Por lo expuesto resulta un exceso de la Resolución ASFI 750/2010 resolver en el Incumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 604, 623 6(sic) 624 del Código de Comercio por el pago del Cheque N° 243601 por Sus 100.000.

** En relación al cheque N° 243602 por $us. 25.000.- la Resolución ahora impugnada también nos agravia al no haber rechazado categóricamente algo que salta a la vista y que se constituye en otro acto de muy mala fe del Banco BISA S.A, cuando por primera vez en 10 años hace aparecer en forma mágica* ***'líneas diagonales paralelas trazadas en el anverso de acuerdo con el Art. 623 del Código de Comercio.'*** *Esa, señor Director Ejecutivo, es otra más de las falsedades y mañas con las que ha actuado y actúa el Banco denunciado. Era pues obligación de la ASFI en su investigación y análisis de la prueba cursante en el expediente haberse dado cuenta de tal engaño con solo observar las fotocopias del cheque en cuestión que cursan en el expediente, para comprobar que no tienen ninguna línea, menos paralelas en el anverso como falaz y cínicamente les dice el Banco BISA S.A. Consulto, señor Director Ejecutivo de la ASFI, ¿Es así como administra justicia el nuevo ente regulador creado por el Gobierno del Cambio en el Estado Plurinacional?.*

Le pido y ruego observar las fotocopias de los dos cheques: N° 243601 y 243602 que adjunto como parte integrante del presente Recurso de Revocatoria.

5º.- Pretender justificar en la impugnada ***Resolución ASFI 750/2010*** *que la evidente vulneración al Código de Comercio y al contrato de cuenta corriente, al haber pagado en forma evidentemente anómala el cheque N° 1195207 por $us. 10.000.- sin mi firma, y decir increíble e inaceptablemente:* ***'…en cuanto a la posible devolución de Sus. 10.000.-correspondientes al Cheque N° 1195207 y sobre el cual se han establecido***

deficiencias referidas a que el mismo no fue autorizado por todos los titulares de la cuenta *(la ASFI debería saber que para esa fecha instruí al Banco no aceptar más la firma de Zulema López de López, a quien retiré la facultad de firmar cheques y hacer cualquier gestión bancaria a nombre del Consorcio por los malos manejos que se le comprobaron,* ***consta que los recursos fueron destinados a cubrir una transacción del Consorcio.*** *(Nada más falso).****EN CONSECUENCIA, NO SE ADVIRTE UN PERJUICIO, MENOSCABO, O DETRIMENTO PARA EL CITADO CONSORCIO, POR LO QUE NO CORRESPONDE RESTITUCION ALGUNA'*** *(las negrillas, mayúsculas y el subrayado me pertenecen) Eso, señor Director Ejecutivo de la ASFI, es otro inaceptable despropósito que nos agravia seriamente puesto que la ASFI no tiene facultad o autoridad para evaluar y aceptar como verdad absoluta aquello de: se encuentran consignados en los asientos contables, puesto que TODAS Y CADA UNA DE LAS CONTABILIDADES DEL CONSORCIO FUERON HECHAS POR ZULEMA LÓPEZ DE LÓPEZ Y/O CON INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR ELLA y todas sesgadas, razón por la cual fueron impugnadas y Zulema López de López procesada. Eso la ASFI lo debería conocer y saber por la prueba que cursa en el expediente del trámite. Sin duda alguna, señor Director Ejecutivo, que el haber hurtado esa suma ha perjudicado grandemente a JUVALGO puesto que esa obligación era de exclusiva responsabilidad de CONTECO LTDA. Y no del Consorcio.*

Para cerrar ***'con broche de oro'*** *el presente Recurso de Revocatoria y asumiendo la más completa responsabilidad de lo que diré a continuación, con la capacidad de sostenerlo y probarlo ante cualquier instancia y/o autoridad denuncio que la sentencia pronunciada por el ex 'RENUNCIADO' Juez de Partido Primero en lo Civil, el sujeto que obedece al nombre de* ***ALFREDO CABRERA CAMACHO*** *'redactor'???? de la corrupta sentencia de primer grado dentro el juicio ordinario que seguimos contra el Banco BISA, nos resultó adversa por la sencilla razón de no haber aceptado entregarle la suma de $US. 2.000.- (Dos mil dólares) que vino a pedírmelos en mi propia casa para* ***'sacarla (la sentencia) favorable a ustedes'.*** *Es obvio, señor Director Ejecutivo, que a quién 'saqué' de mi domicilio en andas y sin velas fue al corrupto 'administrador de justicia' a quién no denuncié públicamente (con las pruebas que tengo a buen recaudo) fue a pedido de uno de mis asesores legales.*

El cínico, sinvergüenza y corrupto ex 'juez' ***Alfredo Cabrera Camacho*** *hoy está siendo procesado penalmente por un gravísimo asunto que afectó y dañó seriamente a la Contraloría. Es con una sentencia pronunciada por semejante sujeto que el Banco BISA S.A. pretende zafarse de sus obligaciones llegando a sostener la inadmisible y falsa versión de que la suspensión del* ***FRAUDULENTO juicio coactivo civil*** *'está sujeta a las resultas de ese juicio ordinario', falaz versión a la que tampoco la ASFI le prestó atención alguna en detrimento de nuestros intereses, de la justicia y de la legalidad sin embargo de contar con prueba plena en contrario, lo que también nos agravia, como nos agravia y ofende la ridícula sanción impuesta al Banco denunciado BISA S.A., que no guarda relación ni proporción con los daños y perjuicios irreparables que nos ha ocasionado en los últimos 14 años."*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 876/2010 DE 13 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 876/2010 de 13 de octubre de 2010 se confirma totalmente la Resolución ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010 de acuerdo a

los siguientes términos:

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los argumentos expuestos por el recurrente, de la revisión de los antecedentes y de las normas legales que regulan el tema que se dilucida, se establecen las siguientes consideraciones:

Que, con respecto a la falta de notificación con la Resolución ASFI N° 750/2010 a la Empresa Constructora JUVALGO S.R.L., se tiene:

Que, los incisos II) y III) del artículo 25 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 15 de septiembre de 2003 determinan: "//. Las resoluciones de alcance particular, deberán ser notificadas personalmente a los interesados, remitiéndoseles copia de las mismas a las direcciones que hayan fijado (…)" "III. Serán objeto de notificación personal, los siguientes actos: a) Los de alcance particular que concluyan el procedimiento seguido ante una Superintendencia Sectorial y tengan carácter definitivo (...)".

Que, la norma transcrita determina de manera clara que la notificación es necesaria para todos los actos administrativos de contenido particular, como una condición de su eficacia de ahí la obligatoriedad para la Autoridad Administrativa de hacer conocer los actos administrativos que de él emanen a todas las partes que participan de un procedimiento administrativo, sea en calidad de regulados, denunciantes, terceros interesados, etc.

Que, debe señalarse que la falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos, no constituyen causal de nulidad de los mismos, sino un requisito de eficacia y oponibilidad; es decir, la publicidad de un acto administrativo no es requisito para su validez, sólo constituye un requisito de eficacia del mismo, este no será obligatorio para las partes hasta tanto no se lo de a conocer. La notificación es la forma de publicitar los actos de contenido particular o general y a través de ella, los administrados conocen las decisiones de la administración y pueden controvertirlas ejerciendo su derecho de defensa, si así lo estiman.

Que, lo dicho encuentra sustento legal en el artículo 24 del Decreto Supremo N° 27175 cuando expresa: ***"Validez y, Eficacia de los Actos Administrativos)*** *7. Los actos administrativos se presumen validos y producen efectos jurídicos* ***desde la fecha de su notificación o publicación,*** *según se trate de actos de alcance particular o general (...)". (Negrillas y subrayado nuestros)*

Que, por su parte el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 determina: ***'(Anulabilidad del Acto)*** *(...) II. (...) el defecto de forma solo determinara la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados".*

Que, la norma transcrita determina dos supuestos de hecho, a saber: 1) que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para ***"alcanzar su fin",*** *y 2) que dé lugar a la* ***"indefensión de los administrados".***

Que, en el caso de análisis ninguno de los dos supuestos se ha configurado toda vez que al ser Julio Valenzuela González representante legal de la Empresa JUVALGO LTDA. la notificación que se le practico (sic) *en calidad de persona natural ha cumplido con su finalidad, puesto que a través de él ha llegado a conocimiento de la persona jurídica, no habiendo, por tanto, dado lugar a la indefensión de JUVALGO; lo dicho se acredita de la sola lectura del memorial presentado el 15 de septiembre de 2010, donde Julio Humberto Valenzuela González se presenta por sí y como representante legal de la Empresa constructora JUVALGO LTDA. para interponer Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 750 de 25 de agosto de 2010.*

Que, al respecto la doctrina es concluyente al decir: ***"si no obstante la omisión o el vicio, el destinatario pudo conocer en tiempo el acto administrativo, la notificación ha logrado su finalidad específica y no hay motivo para declararla*** *inválida" (Carlos Rosas: Lichtscehein. Explicación, p. 69-70).(negrillas nuestras)*

Que, lo anterior también ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional de Bolivia en la Sentencia Constitucional 606/2006-R, y otras, al mencionar: "...los emplazamientos, citaciones y notificaciones (notificaciones en sentido genérico), que son las modalidades más usuales que se utilizan para hacer conocer a las partes o terceros interesados las providencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales o administrativos, para tener validez, deben ser realizados de tal forma que se asegure su recepción por parte del destinatario; pues ***la notificación, no está dirigida a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino a asegurar que la determinación judicial o administrativa, objeto de la misma, sea conocida efectivamente por el destinatario;*** *dado que solo el conocimiento real y efectivo de la comunicación asegura que no se provoque indefensión en la tramitación y resolución en toda clase de procesos; pues no se llenan las exigencias constitucionales del debido proceso, cuando en la tramitación de la causa se provocó indefensión (art. 16.11 y IV de la CPE);* ***sin embargo, en coherencia con este entendimiento toda notificación por defectuosa que sea en su forma, que cumpla con su finalidad (hacer conocer la comunicación en cuestión) es válida****". (Negrillas y subrayado nuestro)*

Que, como se ha observado tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia han sentado una línea clara sobre la omisión o la indebida notificación de un acto administrativo, quedando en consecuencia desvirtuado el punto A) del agravio alegado, al haber cumplido la notificación, efectuada a Julio Valenzuela G., la finalidad de llegar también a conocimiento de la Empresa JUVALGO LTDA. a quien legalmente este representa.

Que, con respecto al punto B), en el que el recurrente alega que ASFI no dio cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2009 de 30 de noviembre, por no haber considerado los siguientes aspectos:

- ***Auto de Vista de 6 de febrero de 2006.-***

Que, no obstante haber varios pronunciamientos del ente de Supervisión y Control que dan cuenta de las deficiencias operativas en el manejo de las cuentas corrientes correspondientes al Consorcio COINBOL-JUVALGO, detectadas en visita de inspección realizada al Banco BISA S.A, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) declinó competencia al evidenciar la existencia de varios procesos judiciales incoados de manera separada por BISA S.A. y por JUVALGO LTDA.

Que, la base fundamental para que los Vocales de la Sala Civil Segunda del Distrito Judicial de Cochabamba hayan emitido el Auto de Vista de 6 de febrero de 2006 lo constituye, sin

duda, la serie de pronunciamientos de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras que, como Órgano especializado y técnico por excelencia con la competencia privativa e indelegable para aplicar la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 16 de abril de 1993, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 154 de dicha Ley determinó que existan malos manejos en las Cuentas Corrientes del consorcio COINBOL-JUVALGO por lo que dispuso de manera inicial (carta SB/IAJ/25207/2000 de 27 de septiembre de 2000) que el BANCO BISA S.A., al haber incurrido en errores operativos, devolviera los importes de $us17,000.00, $us25,000.00 y Bs8,619.00 a Julio Valenzuela Gonzales como representante de la Empresa Juvalgo Ltda.; orden que fue motificada mediante carta SB/IAJ/28870/2000 de 1 de noviembre de 2000 para que dicha reposición sea efectuada en favor del Consorcio COINBOL-JUVALGO; sin embargo y después de tomar conocimiento de la existencia de procesos que, aun hoy, se sustancian por vía jurisdiccional, se procedió a declinar competencia (hasta que los procesos alcancen calidad de cosa juzgada, tanto formal como material) no sin antes instruir que la Entidad Financiera constituya provisión de los fondos en conflicto.

Que, el Auto de Vista de 6 de febrero de 2006 suspendió la ejecución de la sentencia, dentro del proceso coactivo civil interpuesto por el Banco BISA S.A. contra la Empresa Constructora JUVALGO, decisión aprobada por el Tribunal Constitucional (dentro del amparo constitucional interpuesto por el Banco BISA contra el mencionado Auto de Vista), cuando en la Sentencia Constitucional 0548/2007-R de 3 de julio de 2007 menciona: "según afirman los Vocales correcurridos en el Auto de Vista impugnado, ***que la institución bancaria es deudora de los coactivados.*** ***(...)*** *por lo que* ***existe la posibilidad de una compensación.*** *máxime cuando arriban a la conclusión de que* ***el Banco es responsable de equivocaciones en transacciones bancarias de las cuentas de la sociedad accidental COINBOL JUVALGO, en base a las conclusiones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras*** *(...) De lo expuesto, se deduce que los Vocales correcurridos, no solo consintieron la presentación de una excepción por causal sobreviniente pidiendo la compensación de obligaciones, sino que producto de ella dispusieron* ***la suspensión de la fase de ejecución del proceso coactivo, hasta que se resuelvan los litigios entre las partes involucradas****(...)' continua la sentencia constitucional diciendo que: '(...) Respecto al último de los argumentos de los recurrentes, referido a que serían personas diferentes, de un lado los coactivados, y de otro la sociedad accidental COINBOL JUVALGO, por lo que no sería posible una compensación; dicha observación no es atendible para modificar la decisión asumida en el presente recurso, pues aunque lo aseverado fuera evidente, sin afirmar que lo sea,* ***prima un factor determinante, cual es que JUVALGO Ltda. es la empresa coactivada, y al mismo tiempo es parte de la sociedad accidental COINBOL JUVALGO, por tanto, cualquier prestación a favor de dicho consorcio tiene necesaria repercusión en JUVALGO Ltda.*** *máxime cuando, como en el caso presente solo conformaban una asociación accidental, la cual no tiene personalidad jurídica, conforme las normas del art. 365 del Ccom(sic) y en su relación con terceros, los encargados de las operaciones actúan en su nombre propio y los derechos y obligaciones que se asumen también son propios; y en el caso presente,* ***la sociedad accidental COINBOL JUVALGO es titular de la cuenta corriente favorecida con la restitución ordenada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, por tanto, dicha restitución favorece a JUVALGO Ltda. resultado de ello que JUVALGO Ltda. como coactivada ES TAMBIEN ACREEDORA DEL BANCO BISA S.A.(...)".*** *(Las mayúsculas, negrillas y subrayado son nuestros)*

Que, en base a lo dispuesto por el Auto de Vista de 6 de febrero de 2006 y la aprobación de la Resolución de 3 de agosto de 2006 (que resuelve el Recurso de Amparo Constitucional) por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia 0548/2007-R de 3 de julio de 2007, se infiere lo siguiente:

1) *Que Juvalgo Ltda., al ser parte de la sociedad accidental COINBOL JUVALGO es acreedora del Banco BISA S.A.*

2) *Que existe la* ***"posibilidad"*** *de compensación entre las obligaciones emergentes de la línea de crédito adeudada por JUVALGO Ltda. al Banco BISA S.A. por los montos de $us17,000.00, $us10,000.00, $us25,000.00 y Bs.8,619.00 resultantes de los errores operativos en que hubo incurrido el Banco BISA S.A.*

3) *Que, no obstante los reconocimientos anteriores se supedita de manera implícita la decisión final a dos supuestos: i) al resultado del proceso ordinario instaurado por JUVALGO al Banco BISA, o ii) como textualmente lo menciona el Auto de Vista de 2006 "La de la obligación parcial o total tendrá que depender de una previa* ***liquidación que deberá hacer llegar la Institución Bancaria ante el Juez a-quo, por lo que queda en suspenso la continuidad de la presente ejecución o el inicio de una nueva que pueda hacer la Institución Bancaria".***

Que, al no haberse verificado a la fecha de emisión de la presente Resolución: i) que el proceso ordinario seguido por JUVALGO LTDA. contra el Banco BISA S.A. haya alcanzado calidad de cosa juzgada material, o ii) que el Banco BISA S.A. haya remitido al Juez a-quo la liquidación, ordenada por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia del Distrito de Cochabamba, que de lugar a la continuidad de la ejecución coactiva civil o al inicio de una nueva demanda, este Órgano de Regulación Sectorial no puede emitir pronunciamiento alguno.

- ***Respecto a que "Dichas sumas que debe constituir la liquidación que deberá hacer llegar la Institución Bancaria ante el Juez a-quo deben contemplar los intereses activos desde la fecha en que se originó la respectiva irregularidad y hasta la fecha en que se produzca la devolución".***

Que, a pesar de que el Banco BISA S.A. es regulado de ASFI es claro que esta última al haber declinado competencia no pueda ordenar a la Institución Bancaria que la liquidación que deba hacer llegar al Juez de Partido Sexto del Distrito Judicial de Cochabamba, dentro del proceso coactivo civil BANCO BISA/JUVALGO, contemple los intereses activos desde la fecha en que se genero la irregularidad; por lo que corresponde, en todo caso que el ahora recurrente haga valer su pretensión en la vía jurisdiccional, abierta para el efecto.

- ***"El tratamiento que la ASFI da al cheque 243601 por $us100,000.00 idéntico en sus características al 243602 por $us25,000.00 es absolutamente contradictorio"***.

Que, ASFI ha dado diferente tratamiento a los cheques mencionados por las siguientes razones:

Cheque N° 243601 por $us100,000.00	***Cheque N° 243602 por $us25,000.00***

Cheque girado a nombre de Banco BISA como beneficiario *Tiene instrucción en el memo: A Línea de Crédito* *El tenedor del cheque, Julio Valenzuela González, era el titular de la cuenta.* *El titular mediante papeleta deposito N° 274913 de 2 de julio de 1996, impartió la instrucción de su destino: "deposito en la Cuenta M/E N° 205952012 de COINBOL-JUVALGO.*	*Cheque girado a nombre de Banco Bisa como beneficiario.* *Tiene instrucción en el memo: Pagos obra* *El tenedor del cheque, Mario López, no era titular ni beneficiario ni contaba con un endoso a su favor y menos podía depositarlo en la cuenta de un tercero (Empresa COINBOL).*

Que, lo expuesto demuestra de manera diáfana que los cheques y el procedimiento de cobro no fueron idénticos en sus características, por lo que no se habría vulnerado uno de los elementos que conforman el derecho al debido proceso, cual es el respeto al acto propio, entendido como: "que no le está permitido a quien profiere una definición sobre un caso concreto modificar la posición jurídica inicial, en otro de idénticas características". Por lo que al haberse constatado que ambas situaciones de hecho no son similares, se justifica la diferencia de trato.

Que, con respecto a la solicitud de referirse al; "punto 5 de su carta SB/ISB/D-9892/2002 dirigida al Vicepresidente Ejecutivo del Banco BISA S.A. en fecha 4 de marzo de 2002".

Que, el punto 5 de la carta SB/ISB/D-9892/2002 de 4 de marzo de 2002, dirigida a José Luis Aranguren, Vicepresidente Ejecutivo del Banco BISA S.A. textualmente menciona; "En lo que se refiere a las normas transgredidas por el Banco BISA en el presente trámite, recuerdo a usted que el artículo 604 del Código de Comercio establece que los cheques emitidos o endosados a favor de un banco no son negociables, es decir que los bancos no pueden destinar los recursos de un cheque, cuyo beneficiario es la entidad (en este caso el Banco BISA S.A.) a favor de un tercero ajeno a la operación. En el caso que nos ocupa, al darse esta situación, corresponda al Banco BISA S.A. presentado ante el entonces Banco de La Paz S.A. por medio de la Cámara de Compensación, para su cobro y conservar los recursos hasta que reciba instrucciones específicas del titular de la cuenta".

Que, esta línea de pronunciamiento es la que ASFI ha mantenido en todo el procedimiento administrativo hasta concluir con la emisión de la Resolución ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010, ahora impugnada, en la que precisamente una de las sanciones que se impone al Banco BISA S.A. es la referida a la inobservancia de lo dispuesto por el artículo 604 del Código de Comercio; es decir, el pago del cheque N° 243602 por la suma de $us25,000.00 sin observar que los cheques expedidos o endosados a favor de un banco no son negociables por un tercero.

Que, sin embargo y como se tiene referido, si bien el Órgano Regulador tiene facultades para instruir la devolución o restitución de los montos por las transacciones deBs8.619.00 $us 17,000.00 y $us25,000.00, al encontrarse la controversia en consideración de instancias jurisdiccionales, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se abstiene de emitir

criterio en tanto y en cuanto no exista un pronunciamiento, de Juez competente, que haya causado estado.

- ***Alega también que; "Corresponde que se proceda a ordenar al Banco BISA S.A. la restitución de los $us100,000.00 del cheque N" 243601, con expresa instrucción de hacer pago a capital e intereses de la línea de crédito de JUVALGO LTDA., no solo por el memo inserto en el cheque sino por el instructivo de la carta de 2 de Julio y la respectiva papeleta de depósito"***

Que, al respecto se confirma el pronunciamiento concreto de ASFI en sentido de que: 'si bien el recurrente dirigió inicialmente su denuncia al Órgano Regulador, al existir aspectos controvertidos sobre la existencia y autenticidad de la carta de 2 de julio de 1996, (mediante la cual alega haber instruido a la Entidad Financiera que los fondos provenientes del cheque N° 243601 sean imputados a la Línea de Crédito de JUVALGO LTDA), corresponderá que la controversia se dilucide ante juez competente" por ser la vía jurisdiccional la idónea para discutir hechos controvertidos.

- ***Con respecto a que; "la orden de restitución de los $us100,000.00 debe contemplar también los intereses conforme lo establecen los artículos 984 y 994 concordantes con el artículo 967 del Código Civil".***

Que, como ya se expuso, corresponderá que una vez abierta la vía jurisdiccional para el conocimiento del hecho controvertido el recurrente pueda hacer valer su pretensión con respecto a los intereses y al resarcimiento del daño invocado.

- ***En el punto C) el recurrente alega que ASFI no ha realizado; " ninguna acción y menos pronunciamiento en relación a mi expreso pedido de que el Banco BISA EXHIBA, el documento o contrato que le haya permitido 'conceder' un sobregiro nada más ni nada menos que de una cantidad que sobrepasa los $US50,000.00. (…) con profunda preocupación me pregunto: ¿Es esa una cantidad pequeña para la ASFI? ¿Cual la interpretación que hace la ASFI a lo dispuesto por el artículo 1353 del Código de Comercio cuando dispone: 'Esta permisión (sobregiros) SOLO SERA POSIBLE cuando se trate de cantidades pequeñas…)"***

Que, de la revisión del expediente administrativo se verifica que en fecha 2 de agosto de 1996, mediante carta E.C.J 022/96, Julio Valenzuela Gonzales en su calidad de Gerente General de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA., solicitó al señor Tomas Barrios, Vicepresidente del BISA, franquee un certificado que acredite entre otras cosas: "4. (...) si es evidente que hay una instrucción escrita mía a ese Banco, para destinar los recursos depositados en la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo a diferentes cancelaciones en base al depósito de $us100,000.00 de fecha 2 de julio pp. con cheque ajeno N° 243601 del Banco de La Paz con el MEMO: 'A Línea crédito".

Que, en fecha 2 de agosto de 1996, el Banco Industrial BISA responde certificando al punto: "4. No existe la instrucción escrita mencionada en la carta de solicitud ", posición que el ahora Banco BISA S.A. ha sostenido durante todo el procedimiento, como aún hoy se puede evidenciar del memorial que responde al Recurso de Revocatoria que se tramita.

Que, es importante comprender que la operativa de sobregiro en una cuenta corriente bancaria está referida a todos aquellos giros efectuados en la cuenta sin que existan fondos

disponibles, constituyendo, por lo tanto, créditos que el banco librado concede al cuentacorrentista.

Que, estos sobregiros pueden obedecer a una modalidad de crédito previamente acordada con el titular de la cuenta corriente ***(sobregiros pactados),*** *o bien, pueden originarse por una contingencia o una operación especial, sin que al comitente le asista un derecho contractual para sobregirar la cuenta* ***(sobregiro sin pacto previo).***

Que, el artículo 1353 del Código de Comercio establece: "(PAGO DE CHEQUES SIN FONDOS SUFICIENTES) En caso que el Banco, a título de excepción, pague cheques por importe superior al saldo disponible en la cuenta corriente, el excedente será exigible dentro del plazo de veinticuatro (24) horas de su aviso y el cuentacorrentista estará obligado a reponerlo. (...) Esta permisión sólo será posible cuando se trate de cantidades pequeñas (...).

Que, cursa a fojas 156 del expediente el extracto de la Cuenta Corriente 20595-202-2 (Dólares Americanos) del Banco BISA que da cuenta que los cheques Nos. 1118366 por $us3,825.22 a nombre de Carmen Valenzuela; 1118358 por $us21,197.00 a nombre de Martha de Valenzuela; 1118362 por $us12,309.30 a nombre de Emisa; 1118363 por $us.8,520.71 a nombre de Emisa; y 1118364 por $us4,733.73 también a nombre de Emisa (fojas 219 a 228), se encontraban girados al 2 de julio de 1996, es decir antes de que se efectué el depósito de los $us100,000.00, lo que significa que la Cuenta se encontraba sobregirada en $us50.585.96 y que al efectuarse el depósito en la cuenta del Consorcio COINBOL - JUVALGO, el Banco debito dicho monto dentro de las veinticuatro horas.

Que, con respecto a la última parte del artículo 1353 del Código de Comercio que determina que: "esta permisión será posible cuando se trate de cantidades pequeñas", debe indicarse que no existe dentro el Código de Comercio, como tampoco en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, ni en norma regulatoria alguna parámetros de calificación de lo que pueda entenderse por cantidades pequeñas; en todo caso ello esta librado a la normativa interna de cada Banco y sujeto al grado de confianza que dispense la Entidad Financiera al cliente.

Que, lo dicho es coincidente con el comentario que efectúa el tratadista Carlos Morales Guillen (Código de Comercio concordado y anotado, tomo II) sobre el artículo en cuestión al decir: "El supuesto del artículo depende exclusivamente del criterio del Banco que, de ordinario, se manifiesta según los antecedentes de crédito y el tipo de relaciones permanentes que le vincula al cuentacorrentista (...)".

- ***El recurrente en el inciso D) expresa agravio al mencionar que: "La impugnada Resolución ASFI N° 750/2010 en el CONSIDERANDO 5, al referirse al 'SEGUNDO CARGO', Cheque N° 243601 por $us100,000.00' además de no referirse, analizar y compulsar la instrucción también escrita en la parte inferior derecha de la boleta de depósito, que evidentemente lleva mi firma, me acusa de no haber especificado la cuenta de destino y el beneficiario"***

Que, si bien el recurrente alega que son tres los documentos que sustentan que el cheque N° 243601 por $us100,000.00 debió haber ingresado a disminuir la línea de crédito que la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. mantenía en el Banco BISA, se ha compulsado y analizado los mismos llegándose a la siguiente conclusión: i) Evidentemente, el cheque lleva en el MEMO la nota: "A Línea Crédito"; ii) No obstante, la boleta de depósito especifica de manera clara la cuenta de destino y el nombre del beneficiario del cheque,

es decir Cuenta Corriente N° 0205952012 del Consorcio COINBOL-JUVALGO, pero además en dicha boleta (fotocopia) no se puede evidenciar, lo manifestado por el recurrente, de que la parte inferior derecha contenga la misma instrucción (A Línea Crédito); iii) Cursa a fojas 158 del expediente fotocopia de la carta de 2 de julio de 1996 que en su parte sobresaliente menciona: "(...)Estos dineros deberán utilizarse a disminuir el monto utilizado de la Línea de Crédito de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. a favor del Consorcio COINBOL JUVALGO" continuando que: "Por razones de estricto ordenamiento administrativo y contable se ha acordado con el señor Salamanca efectuar el depósito en la Cta. Cte. (M.E.) del Consorcio para luego efectuar la respectiva operación de traspaso (transferencia) a la Línea de Crédito de JUVALGO LTDA.(...)".

Que, sobre la carta de 2 de julio de 1996, citada en el último inciso (iii) y que el Banco BISA S.A. manifiesta no haberla recibido, se confirma lo manifestado por este Órgano Regulador en sentido de que: "existiendo aspectos controvertidos sobre la existencia y autenticidad de esa carta corresponde a las instancias jurisdiccionales aclarar los hechos".

- ***Con referencia al inciso E) en la que el recurrente efectúa cuestionamientos a ASFI, se tiene:***

Que, precisamente porque ASFI dio lectura y comprendió los términos de la carta de 29 de febrero de 1996, cursante a fojas 75, mediante la cual el recurrente hace conocer a Tomas Barrios, Gerente del BISA que; "(...) En los cheques siempre deberán figurar las firmas de: Julio H. Valenzuela González,(...) como Gerente General; Zulema Norah López de López(...) como administradora; Luis O. Tórrez Gómez Ortega,(...) como Director (y/o alternativamente solo en este último caso, la de su esposa, Ivette Sanjinez de Tórrez (...). Vale decir que todo cheque deberá llevar siempre las tres firmas", es que se ha sancionado tanto a los personeros como al Banco BISA S.A. por incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1346, 1347, 1351 y 1352 del Código de Comercio, al considerar (Resolución ASFI N° 750/2010) que la entidad bancaria ***NO REQUIRIO TODAS LAS FIRMAS AUTORIZADAS PARA EL MANEJO DE CUENTAS CONJUNTAS EN LAS SIGUIENTES OPERACIONES:*** *i) Transferencia de Bs8,619.00 de la Cuenta del Consorcio COINBOL JUVALGO (Moneda Nacional) a la cuenta de Mario López Prada y Zulema López de López; ii) Transferencia de $us17,000.00 de la cuenta del Consorcio COINBOL JUVALGO (Moneda Extranjera) a la cuenta de COINBOL; iii) Pago del cheque de $us10,000.00 sin observarse que sólo llevaba la firma de Luis O. Tórrez; iv) con referencia al cheque N° 243601 por la suma de $us100,000.00 no se sanciono al Banco BISA S.A. toda vez que el mismo cumplía con las formalidades establecidas en los artículos 604, y 624 del Código de Comercio para su pago.*

- ***Con referencia al inciso F) en el que el recurrente alega: "Era obligación de la ASFI en su investigación y análisis de la prueba haberse dado cuenta de que el cheque N° 243602 por $us25,000.00 no tiene ninguna línea, menos paralelas en el anverso de acuerdo con el artículo 623 del Código de Comercio".***

Que, el artículo 623 del Código de Comercio expresa: "(CHEQUE CRUZADO). El cheque cruzado que el girador o tenedor crucen con dos líneas paralelas diagonales trazadas en el anverso, sólo podrá ser cobrado por un Banco y se llama cheque cruzado".

Que, la norma transcrita está referida al cruzamiento especial que pueda realizar el ***girador o tomador*** *de un cheque a objeto de restringir la negociabilidad del mismo exclusivamente a la persona o entidad que nominalmente se designa como primer beneficiario, limitación que legalmente se autoriza como medida de protección contra el eventual riesgo de un cobro indebido del título.*

Que, contrario lo aseverado por el recurrente, el artículo 623 del Código de Comercio no es aplicable al Girado (Banco BISA S.A.) en razón a que el ***sello de cruzado*** *puesto por la Entidad Financiera en los cheques de $us25,000.00 y $us100,000.00 responde a políticas internas del Banco para el cobro de cheques ajenos por vía de Cámara de Compensación.*

Que, lo dicho encuentra sustento en la Circular O & M Nro. 692/96 de 5 de julio de1996 (Organización y Métodos) dirigida a los Vicepresidentes, Gerentes, Sub Gerentes, Jefes de Departamento y Jefes de Sección que de manera textual menciona: "Mediante la presente se norma el procedimiento que deben seguir las cajeras con relación a los cheques que deban ser enviados a la Cámara de Compensación: 1. La(s) Cajera(s) deberá(n) colocar en el centro de la cara de cheque el sello de 'CRUZADO', el (o los) cual(es) deberá(n) ser entregado(s) al canjista dentro el horario establecido, horas 15:30 P.M.; 2) El funcionario encargado del canje deberá verificar que los cheques recibidos de la(s) cajera(s) contengan este sello, informando al Supervisor de Cajas o Jefe de Agenda cualquier inobservancia a esta disposición (...)"

Que, adicionalmente ASFI en la Resolución ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010, ahora impugnada, se refirió al tema al decir textualmente: "(...) el cheque ***contaba con un sello de cruzado,*** *aspecto que habría sido consignado con el objeto de canjearlo mediante Cámara de Compensación, según procedimiento establecido por el Banco mediante Circular O&M N° 637/95 de 28 de diciembre de 1995".*

Que, lo expuesto demuestra que ASFI en la investigación y en el análisis de la prueba consideró todos los aspectos referidos al mencionado cheque y al procedimiento de cobro.

- ***Con relación al inciso G) en el que el recurrente alega que: "Pretender justificar y decir increíble e inexplicamente****(sic)* ***'...en cuanto a la posible devolución de $us10,000.00 y sobre el cual se han establecido deficiencias referidas a que el mismo no fue autorizado por todos los titulares de la cuenta, consta que los recursos fueron destinados a cubrir una transacción del consorcio, en consecuencia no se advierte perjuicio, menoscabo o detrimento para el citado consorcio por lo que no corresponde restitución alguna', (...) eso nos agravia seriamente".***

Que, durante todo el procedimiento administrativo ASFI reconoció que en el pago del cheque mencionado la entidad financiera no aplicó los controles operativos, así el informe/SB/IAJ/D-18134/2009 de 2 de abril de 2009, en la página 3 establece: ***"Cheque N° 1195207 por $us10,000.00.*** *El 5 de noviembre de 1996 se emitió el cheque N° 1195207 por $us10,000.00 de la cuenta corriente N° 0205952012 que el Consorcio tenía en el Banco BISA S.A., el cual fue cobrado por el Banco Económico S.A. mediante Cámara de Compensación el 15 de noviembre de 1996, y abonado en la cuenta N° 3042005284 a favor de la Estación de Servicio Cochabamba'. Este cheque estaba firmado* ***SOLO POR LUIS TORREZ,*** *observándose que la entidad no aplicó los controles operativos previos al proceso de canje de cheques, AL NO VERIFICAR LOS REGISTROS DE FIRMAS AUTORIZADAS VIGENTES A ESA FECHA, conforme lo dispone la Circular interna O&M N° 665/96 de 9/04/1886, la que instruía el control de firmas en medio magnético". (Las mayúsculas y negrillas son nuestras)*

Que, de igual forma la Resolución SB N° 068/2002 de 14 de junio de 2002, en la página 7 menciona. ***"d) Cheque N° 01195207 por $us. 10,000.00.*** *Este cheque girado el 5 de noviembre a la orden de Estación de Servicio Cochabamba con cargo a la cuenta corriente 205952012 del Consorcio COINBOL-JUVALGO, fue girado solamente por el señor*

Luis Oni Tórrez Gómez Ortega, incurriendo el Banco en un error operativo, ya que no se ha observado que los cheques emitidos por el Consorcio COINBOL-JUVALGO, debían contener por lo menos tres firmas autorizadas"

Que, asimismo el informe ISB/17408 de 12 de Julio de 2001, en la página 6 (fojas 279) indica: ***"c) Cheque N° 01195207 por $us10,000.00*** *girado al 5.11.96 a la orden de Estación de Servicio Cochabamba con cargo a la cuenta corriente 205952012 del Consorcio COINBOL-JUVALGO, fue girado solamente por el señor Luis Oni Tórrez Gómez Ortega. El Banco presenta carta firmada por los señores Mario López Prada y Luis Oni Tórrez Gómez Ortega, como Gerente General de COINBOL SRL y Gerente General de CONTECO Ltda., respectivamente, en la que aseveran que estos recursos fueron destinados para el pago a la Estación de Servicio Cochabamba, empresa proveedora de gasolina y diesel utilizados en los vehículos del Consorcio COINBOL-JUVALGO-CONTECO. Conclusión.-* ***El banco ha incurrido en un error operativo, que ha permitido el pago de un cheque en forma indebida*** *a la Estación de Servicio Cochabamba, ya que* ***no ha observado que los cheques que genera el Consorcio COINBOL-JUVALGO, deben contener por lo menos tres firmas autorizadas,*** *como ya se ha explicado anteriormente".(Las negrillas son nuestras)*

Que, son precisamente los antecedentes mencionados que han dado lugar a que se imponga la sanción al Banco BISA S.A.; sin embargo en la Resolución, ahora impugnada, se determina que no es posible ordenar la restitución de los $us10,000.00, correspondiente al Cheque Nº 1195207, por cuanto los recursos provenientes del mismo fueron destinados a cubrir una transacción propia del consorcio, extremo que se constituye en verdad material.

Que, lo anterior se establece de manera inequívoca en el Balance General del Consorcio COINBOL JUVALGO al 31 de marzo de 1998, documento aportado, por el recurrente, en calidad de prueba al Juzgado 5to. de Partido en lo Civil dentro el proceso Ordinario de cumplimiento de contrato de asociación accidental, restitución de facultades y funciones interpuesto por Mario López Prada contra las Empresas JUVALGO y CONTECO, cuya sentencia N° 120 (que se encuentra en apelación), fue notificada el 3 de noviembre de 2006 a las partes, la misma que en la página 18, punto 5) establece textualmente: "CON RELACION A LA PRETENSION DE RENDICION DE CUENTAS.- (...) Como consta del Acta de Reunión Ordinaría de Directorio del CONSORCIO CONTECO-COINBOL-JUVALGO de 8 de mayo de 1998(...) el señor Julio H. Valenzuela Gonzales, renuncia irrevocablemente al cargo de Gerente General, en dicha reunión el Dr. Maldonado Asesor Legal del Sr. Valenzuela pide un término de 20 días calendario, hasta el 18 de mayo de 1998 para presentar rendición de cuentas y consiguientemente el Balance. ***Se evidencia a fs. 720 por oficio de 15 de julio de 1998 que Julio H. Valenzuela G. remite Balance entregado por el Lic. Jorge Tapia,*** *documentación remitida a Lic. Luis O. Tórrez G., Gerente de CONTECO y a Mario Prada Gerente de COINBOL S.R.L, documentos que se encuentran en los anillados en el número 8, nota de entrega que cursa a fs. 718, asimismo por nota de 16 de Julio de 1998 a fs. 721, Julio H. Valenzuela Gonzales, Ex Gerente General del Consorcio, remite informe de labores y rendición de cuentas a Conteco y Coinbol de febrero de 1996 al 31 de marzo de 1998, por ello es que el demandante mediante memorial de fs. 1292 de 27 de noviembre del 2000, solicita se disponga prohibición de modificar el estado actual de las cuentas del consorcio (...)", de lo transcrito resulta entonces que el Órgano de Regulación ha tenido por valido el contenido del Balance, remitido por Julio Valenzuela Gonzales al Juzgado de Partido 5º del Distrito Judicial de Cochabamba, en el que consta de manera cierta que el monto de $us10,000.00, que pretende sea restituido, cubrió una transacción propia del Consorcio.*

*Que, no obstante lo verificado el recurrente insiste en que: "(...) ASFI no **tiene facultad o autoridad para evaluar y aceptar como verdad absoluta,** aquello de que se encuentran consignados en los asientos contables, puesto que todas y cada una de las contabilidades del Consorcio fueron hechas por Zulema López de López y/o con información proporcionada por ella y todas sesgadas", esta apreciación de Julio Valenzuela Gonzales es coincidente con el criterio sostenido por ASFI, pero para la transacción de $us100,000.00, en sentido de que al existir aspectos controvertidos sobre el destino de los recursos corresponde a las instancias jurisdiccionales aclarar los hechos, por lo que hasta que no exista un pronunciamiento de autoridad judicial este Órgano de Supervisión no puede emitir mayor criterio al ya vertido.*

CONSIDERANDO:

Que, el presente recurso ha sido tramitado de acuerdo a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; Código de Comercio y toda la normativa conexa.

Que, durante todo el procedimiento recursivo se ha garantizado al recurrente y tercer interesado, todas las condiciones para que ejerzan plena defensa de sus derechos, observando en todo momento los preceptos y principios establecidos en la Constitución Política del Estado, en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 y en el Decreto Supremo N° 27175."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 29 de octubre de 2010, **Julio Humberto Valenzuela González**, por sí y como representante legal de la Empresa Constructora "JUVALGO" LTDA., asociada a la Asociación Accidental "COINBOL-JUVALGO" interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 876/2010 de 13 de octubre de 2010, argumentado lo siguiente:

"(…) ***II.- ANTECEDENTES.***

*En razón a que el presente Recurso Jerárquico se resolverá **'de puro derecho';** dando cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 52.- in fine del D.S. 27175, lo que nos permite suponer la seguridad de que se procederá en estricta sujeción a las Leyes y Normas que regulan el asunto que nos ocupa; nos valemos del presente recurso para ratificar y reproducir íntegramente los términos contenidos en el de Revocatoria de fecha 14 de septiembre del 2010, recepcionado oficialmente en dependencias de la ASFI el día 15 del mismo mes y año como lo acredita el sello oficial de recepción.*

*Apoyados en la uniforme jurisprudencia nacional que por semejanza trata sobre el **'recurso** de **casación',** resulta pertinente y necesario señalar como antecedentes, previos a las consideraciones de fondo, lo siguiente:*

1.- *La* ***Resolución ASFI*** *N° **876/2010** de 13 de octubre del 2010, motivo del presente Recurso Jerárquico, utilizando "inteligentemente" medias y forzadas verdades incurre en lo que correctamente se denomina como "sofisma" "Falso razonamiento para inducir a error", lamentablemente llega al extremo de la FALSEDAD como lo pasamos a demostrar de inmediato:*

Ante nuestra aseveración de que el Banco denunciado BISA S.A. recibió por diferentes vías tanto escritas como verbales el destino que debió dar a la (sic) $US 100.000.- del cheque 243601. Incluso en la 'Papeleta de Depósito', la Resolución ASFI N° 876/2010 falsamente sostiene al extremo de contradecir la confesión del Banco BISA cuando ambos dicen:

1°- El Banco BISA en la pág. 8 de 22 ***"El HECHO de que en la parte final de la papeleta de depósito exista una simple nota marginal que indica "A línea de crédito" no tiene significación legal alguna, debido a que este dato no es parte de los requisitos a llenar en el respectivo formulario impreso del Banco para el depósito de un cheque de otros bancos y tampoco es un requisito establecido en norma alguna respecto al contenido que deba contar una papeleta de recibo de depósito en cuenta corriente (...) más si tal mera nota no cuenta con las firmas autorizadas de las otras 'personas v representantes legales de las empresas asociadas al Consorcio Coinbol Juvalgo*** *cotitulares de dicha cuenta,* ***en señal de conformidad con tal disposición de fondos."*** *(sic) Las mayúsculas, negrillas, cursivas y el subrayado son nuestras)*

2° La ASFI en la pg. 18 de 22 sobre lo mismo dice:' ***pero además en dicha boleta (fotocopia) no se puede evidenciar, lo manifestado por el recurrente, de que la parte inferior derecha contenga la misma instrucción (A Línea Crédito);...'*** *(sic) Las negrillas son nuestras.*

Pero al margen de lo demostrado y de la confesión voluntaria que hace el BISA, ¿es qué no correspondía que la ASFI ente estatal llamado por ley para controlar a las entidades financieras, darse cuenta, investigar y establecer las siguientes falsedades o verdades manipuladas por el Banco denunciado?

1.- 'más (sic) si tal mera nota ***no cuenta con las firmas autorizadas de las otras personas y representantes legales de las empresas asociadas al Consorcio Coinbol Juvalgo'*** *¿Cual la razón para que la ASFI no haya tomado en cuenta frente a esa aseveración, para comprobar la doble moral del Banco BISA S.A., lo dicho en nuestro Recurso de Revocatoria de fecha 14 de septiembre del* ***2010 cuando decimos: '.., porque CON DOBLE MORAL exactamente así actuó*** *(sic)* ***en fecha 28 de diciembre de 1999 al descontar la Letra de Cambio Municipal Nº 035872 por la suma de $US 70.000.- (SETENTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), girada a nombre del CONSORCIO COINBOL JUVALGO como lo demuestra la Letra maisma*** *(sic)* ***y la carta de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. de fecha 28 de diciembre de 1999 dirigida a Tomás barrios*** *(sic),* ***con la REF.: 'Remite Letra de cambio Municipal N° 035872 para su descuento.' En dicha carta se dice textualmente. 'Una vez descontada dicha Letra, sírvase instruir a la sección correspondiente se proceda a cancelar la obligación vencida desde el día 14 de los corrientes QUE TIENE LA EMPRESA CONSTRUCTORA***

JUVALGO LTDA., y que el saldo vaya a disminuir el capital remanente.' *El Banco BISA 'olvidándose' de su apego a la ley en esa oportunidad hizo caso omiso a lo que ahora defiende con tanta vehemencia y a ultranza cuando dice:* ***'no cuenta con las firmas autorizadas de las otras 'personas v representantes legales de las empresas asociadas al Consorcio Coinbol Juvalgo'*** *Es decir que para el cheque de los $US 100.000.- eso es válido, ley y hay que respetar como "buenos y honestos" banqueros; pero para cuando de la Letra de cambio se trato, los ataco la "amnesia" semejante a la sufrida por el tristemente célebre Gral. Luís García Meza:* ***'No sé, no recuerdo'.***

2.- No es acaso obligación de la ASFI, como al parecer lo fue cuando se refiere en la Resolución N° ASFI 876/2010 al cheque por $US. 10.000.- ilegalmente pagado (contra lo dispuesto por la ley) por el BISA a la Estación de Servicio Cochabamba ***'no cuenta con las firmas autorizadas de las otras 'personas v representantes legales de las empresas asociadas al Consorcio Coinbol Juvalgo'*** *, prestando oídos y dando fe a la insostenible aseveración de:* ***"cotitulares de dicha cuenta".***

Las forzadas especulaciones altamente subjetivas, impropias de la ASFI y contenidas en las Págs. 21 de 23 y 22 de 23 en relación al cobro del cheque N° 01195207 por $US. 10.000. absolutamente contradictoria con su invariable posición de los últimos 10 años, importa señor Director hacerse pasible a la aplicación de la "Doctrina de los Actos propios".

La ley debe ser para todos por igual y no es admisible que se la aplique como 'ley del embudo': ancha para unos y angosta para otros.

*Las Resoluciones ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010 y ASFI 876/2010 de 13 de octubre del 2010, no pueden desligarse de la 'penumbra' que tiene desplegada sobre esa repartición del Estado Plurinacional el soberbio, abusivo e "influyente" Banco BISA SA. concluyendo con su tajante: '****UNICO.- CONFTRMAR TOTALMENTE*** *la Resolución ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010.'. Para nuestro 'consuelo' al parecer en los anales de la ex SBEF y aparentemente ahora en la ASFI no hay antecedentes de que se haya revocado y/o anulado una resolución dictada por sus dependientes. Para eso señor Director Ejecutivo se requiere de una entereza y templanza a toda prueba.*

1.2. Se debe recordar y tomar -en cuenta que nuestras denuncias, por tanto "los fundamentos" y "los antecedentes que cursan en el expediente administrativo" versan sobre operaciones ilícitas (graciosa e impropiamente denominados por la ex SBEF como 'errores operativos'), efectuadas por el denunciado Banco BISA S.A. vulnerado-sin defensa que compruebe lo contrario - normas legales contenidas en los Códigos de Comercio y Civil; en la Ley de Bancos y en los Contratos de apertura de cuentas corrientes. que al ser de Orden Público son de cumplimiento obligatorio.

Sin embargo de esa aplastante verdad, la Resolución de la ASFI que motiva el presente Recurso Jerárquico, trata por todos los medios de minimizar tales vulneraciones a la Ley e incluso hasta pretende justificarlas, lo que sin duda alguna importa indebida parcialización en detrimento de nuestros intereses. ¿Por que señor Director Ejecutivo? .... será porque los simple (sic) y comunes usuarios del sistema

bancario somos considerados 'ciudadanos de segunda clase'?. Eso importaría violación a la reciente Ley N° 045 aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional: 'Ley contra el Racismo ***v toda forma de Discriminación****'. No alcanzamos a entender como se le permite al Banco denunciado BISA S.A. salirse* ***SIEMPRE*** *con la suya. (Marginalmente sólo recuérdese el bullado asunto 'Agrocapital'. Sería digno de una severa investigación el comportamiento de algún fiscal).*

Hemos reclamado expreso, cabal y puntual pronunciamiento por parte de la ASFI sobre ***evidentes y flagrantes violaciones a la Ley por parte del denunciado Banco BISA S.A****. ¿y que hemos logrado? Nada, señor Director Ejecutivo, como lo demuestra palmariamente la Resolución ASFI 876/2010 que ahora impugnamos pese a nuestros específicos y reiterados pedidos como consta en antecedentes, v.gr.(sic) nuestro expreso pedido de imposición de las correspondientes, legales y pertinentes multas a que se refiere el Art. 99.- inc. 2) de Ley de Bancos*

1.3. Es de destacar que utilizando una serie de lo que ya hemos denominado ***sofismas,*** *la ASFI no se ha pronunciado como es debido, vale decir, cabal y categórica sobre la realidad y validez de nuestros argumentos centrales los que están debidamente explanados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 2009, emitida por el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas que en su parte resolutiva expresa y mandatoriamente dispone: '…****debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.'*** *Eso, señor Director Ejecutivo, no se ha cumplido como lo pasaremos a demostrar más adelante para que el superior jerárquico lo subsane. (El subrayado y las negrillas son nuestras)*

Nótese que la Resolución de la ASFI 876/2010 evita al ultranza referirse, con propiedad, severidad ***y la cita de leves que ameritan la gravedad de las faltas. a: 'las infracciones administrativas en los aspectos operativos',*** *como lo tiene dispuesto la Resolución Jerárquica, vulnerando así lo dispuesto en las literales d) y e) del Art. 17.- n. del D.S. N°"27175 de 15.09.03, concordante con los Arts. 190.- y 192.- 2) del Código de Procedimiento Civil y otras normas legales.*

1.4. La Resolución de la ASFI 876/2010 evita también un claro, expreso y preciso pronunciamiento sobre nuestra demostración, entre otras cosas, de que las 'controversias judiciales' son POSTERIORES a todas y cada una de las denominadas ***'inobservancia de las normas'.*** *La multicitada Resolución de la ASFI, deliberadamente ha ignorado* ***sin contar argumentar jurídicamente*** ***que el caso de autos radico en sede administrativa antes que en sede jurisdiccional.*** *Peor aún le asigna importancia y valor determinantes a la 'prueba' presentada por el Banco denunciado BISA S.A. relativa a los juicios que se están tramitando en estrados judiciales de Cochabamba y se apoya en las falaces e interesadas afirmaciones del BISA S.A., sin haber intentado conocer el otro lado de la medalla y preguntarnos que teníamos que decir al respecto. Es más JUVALGO LTDA. ha quedado en indefensión puesto que no se nos ha hecho conocer de oficio, como es obligación de la ASFI, la 'prueba' presentada de contrario y mucho menos conocemos el tenor de las dos cartas que le envió el denunciado Banco BISA S.A.*

Las caprichosas y por cierto francamente favorecedoras interpretaciones que la Resolución Administrativa impugnada hace y da a Leyes del Estado Plurinacional de Bolivia la invalidan y la hacen altamente susceptible de ser anulada por el superior jerárquico.

*¿En verdad que se pretende lograr con esas actitudes ciertamente forzadas?... **Someter** (como ya lo dijimos en anterior oportunidad) **al desvalido usuario del sistema de intermediación financiera a años y más años de penosos y tediosos juicios ordinarios, donde las más de las veces por cansancio y por dificultades económicas para solventar y enfrentar juicios contra temibles, soberbios e influyentes contendores, como es el caso del Banco BISA S.A., se lo deje librado a su propia suerte, reitero. al desvalido usuario?.***

*La Resolución de la ASFI 876/2010, motivo del presente Recurso, ha violado nuevamente lo dispuesto por la segunda parte del Art. 60.- del Decreto Supremo N° 27175 de 15.09.03 que reglamenta la Ley N° 2341, lo que de suyo hace perfectamente viable el presente Recurso Jerárquico **puesto que sin duda se ha vulnerado el inc. C) del Art 4.- de la Ley del Procedimiento Administrativo. (Principio de sometimiento pleno a la ley.).***

*Sin embargo de que **la Ley le exige** a la ASFI que ante la evidente presencia de actos o hechos delictivos tiene **el deber** de remitir antecedentes ante el Ministerio Público, no lo hizo y por el contrario se resistió 'pasivamente' **pese a nuestros expresos pedidos** como consta en antecedentes. A esto se sumaron hechos posteriores como la **GRAVISIMA** falsificación del documento público con el que nos inició el **FRAUDULENTO** juicio coactivo civil (la escritura pública N° 1414/98) ante la indolencia de la ex SBEF, y ahora MUY LAMENTABLEMENTE de la ASFI cuando irresponsablemente intenta desentenderse **al no referirse en forma expresa a esos hechos** tantas y tantas veces pedidos.*

*También la ASFI ha pasado por alto y ha incumplido el **'principio de verdad material'** legislado en el inc. d) del Art. 4.- de la Ley 2341 'Procedimiento administrativo', particularmente en lo que se refiere al cheque N° 243601 del ex Banco de La Paz por la suma de $US. 100.000.-*

*Sobre este particular tema resulta imperioso decir lo siguiente: La ASFI no ha adoptado una posición y menos ha emitido un pronunciamiento claro y expreso en relación a nuestros múltiples pedido de **que el Banco denunciado BISA S.A. EXHIBA COMO ES SU OBLIGACIÓN** el documento o contrato que le haya permitido **'conceder'** un sobregiro que sobrepasa la elevada suma de $US. 50.000.-. Es más, con sus 'novedosos' o lo que nosotros denominamos 'argumentos sofistas' sobre este particular, la ASFI pretende justificar lo injustificable ante el evidente y flagrante incumplimiento en que ha incurrido el Banco BISA S.A. al vulnerar lo imperativamente dispuesto en la parte final del Art. 1353.- del Código de Comercio que textualmente dice: **'Esta permisión sólo será posible cuando** (sic) **de trate de cantidades pequeñas.'.** Señor Director Ejecutivo: Ninguno de los cheques involucrados en ese sobregiro JAMÁS pedido de ninguna forma por mi persona, es de menos de cuatro (4) dígitos. El Banco denunciado **sabía y conocía perfectamente** que los sobregiros solicitados por mi persona como Gerente General del Consorcio COINBOL JUVALGO **y único titular de las cuentas corrientes. SIEMPRE tenían que ser formalmente hechas** de acuerdo a lo instruido a Tomás Barrios S., Vicepresidente del Banco en mi carta **E.C.J.020/1996** de*

*fecha **12 de junio de 1996** como con la Ref.: **'Solicita se tenga presente'**, carta esa que en su parte pertinente textualmente dice: '... **RUEGO A USTED TENGA A BIEN DISPONER, A PARTIR DE LA FECHA, QUE NINGUNA OPERACIÓN QUE INVOLUCRE A JUVALGO LTDA. O AL CONSORCIO COINBOL JUVALGO DEL CUAL SOY GERENTE GENERAL SE EJECUTE SIN PREVIA SOLICITUD Y AUTORIZACIÓN ESCRITA, DEBIDAMENTE FIRMADA POR MI , PERSONA, PRINCIPALMENTE EN LAS CANCELACIONES, Y/O AMORTIZACIONES POR AVANCES EN CUENTA. INTERESES, CARGOS, ETC.'** Lo anterior encuentra prueba plena en mis cartas (entre otras) de 5 de agosto, de 9 de agosto y de 30 de agosto de 1996.*

*Es nuestra esperanza **que la instancia jerárquica superior** haga una cabal y correcta interpretación de esa instrucción plenamente apegada al espíritu del citado Art, 1.353 del Cdgo. (sic) de Comercio y al Art. 620.-inc.1) del Código de Comercio.*

*En esa cuenta corriente (la de moneda extranjera) **para esas fechas DEBÍA existir saldo positivo** tal como se lo dije en su momento al Banco BISA en profusa correspondencia que cursa en el expediente. Ocurre que no lo había - ahora lo sabemos - por la festinatoria forma en que el BISA S A. les permitió a los López (Mario y Zulema) 'manejar' las cuentas del Consorcio. Es un cobarde argumento además de violatorio a la ley decir que se pagaron esos cheques 'SIN FONDOS' porque también llevaban mi firma. ¿Qué obligación tenía el BISA para ser tan generosamente condescendiente conmigo?. La respuesta es NINGUNA!! y jamás lo fue en otros asuntos en que sí requerí de su apoyo **y me lo negó**; ahora - reitero - cobardemente utiliza ese 'sofisma' para otra vez mas salirse con la suya y terminar, de arruinarnos. El Banco BISA S.A., señor Director Ejecutivo, TENÍA LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON LA LEY Y RECHAZAR TODOS Y CADA UNO DE LOS CHEQUES QUE SE PRETENDIERON COBRAR Y QUE HABÍAN SIDO GIRADOS EN DESCUBIERTO, **ASÍ HAYA ESTADO MI FIRMA EN ELLOS.** ELLO POR INDISCUTIBLE MANDATO DEL ART. 620.- 1) DEL CDGO. DE COMERCIO CONCORDANTE CON EL ART. 602.- DEL MISMO CUERPO DE LEYES. Ha vulnerado también la parte final del Art. 609.- del Cdgo. de Comercio. Si el Banco BISA - en ese momento- o me comunicaba la falta de fondos (COMO ERA DE SU OBLIGACIÓN Y NO LO HIZO POR NINGÚN MEDIO) o si rechazaba los cheques, me hubiese hecho el más grande de los favores, puesto que en ese preciso momento hubiese descubierto los malos manejos de los López (Zulema y Mario); no lo hizo por la amistad íntima que los unía (y aún une) con Tomás Barrios Santivañez y porque para esa fecha ya se constituyó en cómplice de las fechorías que ya se habían realizado.*

*Para terminar con este tema, me asalta otra interrogante: ¿Por qué o cual la razón para que la ASFI **no haya comprendido debidamente,** investigado, valorado el verdadero sentido Y RECIÉN ENTONCES SE HAYA PRONUNCIADO **CORRECTAMENTE** sobre nuestra prueba consistente en la carta **E.C.J.022/96 de fecha 2 de agosto de 1996, con la Ref.: "Solicita certificación".** No ha hecho un análisis técnico y profesional sobre el contenido y VERDADERO ALCANCE Y SENTIDO de la pregunta: "... **Si es evidente que hay una instrucción escrita mía a ese Banco, para destinar los recursos depositados en la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo a diferentes cancelaciones***

en base al depósito de $us. 100.000 de fecha 2 de Julio pp. Con cheque ajeno Nº 243601 del Banco de La Paz con el MEMO: 'A Línea crédito'.

Analicemos: 1.- ***'Si es evidente que hay una instrucción escrita mía....'*** *La pregunta obedece a que en aquel momento el BISA, Tomas Barrios y Mario López quisieron deslindar responsabilidades ante mis cargos por no haber cumplido la instrucción 'A Línea Crédito', sosteniendo sin fundamento alguno que había una instrucción de mi parte para destinar esos recursos (los $us. 100.000.-) a diferentes cancelaciones (los cheques sin fondos del jamás solicitado sobregiro). El BISA en las primeras horas de ese día pretendió soslayar la respuesta y solo reaccionó ante mi enérgica reacción y amenaza de denunciar el hecho (la ASFI debió examinar el texto del fax que me pasaron a la 20:00, es decir en la noche de esa misma fecha.*

No les quedó otra cosa que decir la verdad y respondieron: ***'No existe la instrucción escrita*** *(se refieren a la mía)* ***mencionada en la carta de solicitud.'***

Dicho de manera fácil: El BISA desvió los $us. 100.000.- destinados e instruidos 'A Línea Crédito' y abusivamente se auto pagó el sobregiro de los cheques que sumaron más de $us. 50.000.-, sobregiro que mi persona jamás pidió por ningún medio. Eso es: "diferentes ***cancelaciones en base al depósito de $us. 100.000 de fecha 2 de julio pp. Con cheque ajeno Nº 243601 del Banco de La Paz con el MEMO: 'A Línea crédito'****.*

*Pues bien, lo único verdadero, muy particularmente en relación a este tema, en la Resolución motivo del presente Recurso Jerárquico ASFI 876/2010, es aquello que dice en la pg. 16 de 23: "****Que, en fecha 2 de agosto de 1996, el Banco Industrial BISA responde certificando al punto '4. No existe la instrucción escrita mencionada en la carta de solicitud', posición que el ahora Banco BISA S.A. ha sostenido durante todo el procedimiento, como aún hoy se puede evidenciar del memorial que responde al Recurso de Revocatoria que se tramita****.' Las negrillas, subrayado y las cursivas, son nuestras.*

Eso la ASFI en su Resolución 876/2010 debió tomarlo y ***esperamos que así lo haga la instancia jerárquica superior, como una confesión con el valor que le asigna el Art. 1321.- del Código Civil****. Nunca existió la instrucción escrita (MIA) para que se desvíen los $us. 100.000.- a pago de cheques, puesto que estaba instruido 'A Línea de Crédito'.*

Tampoco ha dicho nada sobre la carta de 14 de abril de 1997, suscrita por mi persona y por Luis Tórrez dirigida al Banco, carta esa que prueba plenamente que el Banco conocía y sabía perfectamente bien de la existencia de la 'Línea de Crédito', su destino y de donde debían provenir los fondos para su repago.

No se ha pronunciado, como se le solicitó, sobre los alcances de la cláusula SÉPTIMA de la escritura pública de constitución de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. puesto que guarda íntima relación con todos y cada uno de los documentos públicos que constituyeron el Consorcio COINBOL JUVALGO.

Finalmente la ASFI tampoco dice nada sobre si observó debidamente y si las examinó con detenimiento las fotocopias (anverso y reverso) de los cheques N° 243601 y 243602 que se le adjuntaron a nuestro Recurso de Revocatoria de fecha 14 de septiembre del 2010 para comprobar cómo le miente el BISA y manipula lo de 'las dos líneas trazadas' Por cierto que no nos estamos refiriendo a los sellos. Antes de tildarnos de 'ignorantes' los ilustrados y honrados??? banqueros, deberían dar cabal lectura a lo; que dice al respecto la Resolución Administrativa ASFI N° 750/2010 citándolos a ellos.

En todos los casos citados la ASFI ha vulnerado y quebrantado su obligación de valorar la prueba debidamente.

Por lo hasta aquí expuesto se demuestra que resulta y así lo ratificamos, por decir lo menos, un exceso de la ASFI resolver porque se desestimen los cargos notificados al Banco BISA S.A. por incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 604, 623, 624 del Código de Comercio por el pago del cheque N° 243601 por $US. 100.000.- Ello además de ser agraviante a nuestros legítimos intereses se apoya - como ya lo tenemos demostrado - en razonamientos 'sofistas' por tanto contrarios a las leyes que el Banco BISA S.A tenía LA OBLIGACIÓN de observar y CUMPLIR.

Para acabar de una vez y por todas con las cobardes y falaces argucias del Banco denunciado BISA S.A. en relación a la inexistencia de las instrucciones que recibió, tanto verbales como por rescrito, en relación al destino de los $US. 100.000.- correspondientes al cheque N° 243601, en definitiva corresponde decirles que sería útil e 'ilustrativo' para ellos preguntarle a su funcionaria la Srta. o, Sra. ***EVELYN EULATE*** *a quien pertenece la 'mosca' y/o rúbrica que tanto los "inquieta" y que les ha permitido decir y sostener durante tantos años mentirosamente lo que les ha dado la gana, reitero, haciendo gala de una vergonzosa* ***COBARDIA.*** *También les resultaría útil e 'ilustrativo' preguntarle a su ex funcionario* ***DANIEL SALAMANCA*** *que sabe y que conoce del asunto relativo a esos $US. 100.000.- y cuáles fueron los términos de su versión cuando* ***'aterrado'*** *me visito en mi domicilio particular.*

Sería prudente que el Banco BISA S.A. acabe de una vez y para siempre esas sus majaderías para honradamente enfrentar sus obligaciones y deje de seguir causándonos tantos daños y perjuicios. Se nos agota la paciencia y no le permitiremos al Banco BISA S.A., irrespetuoso de determinaciones judiciales, manipulador y distorsionador incluso de la terminología usada en Autos de Vista y otros documentos judiciales (para no seguir refiriéndome a falsificaciones de escrituras públicas), que la ex SBEF se resistió a remitirlas al Ministerio Público como era de su obligación por lo dispuesto en la Ley de Bancos y reiteramos, salirse con la suya. Felizmente, para los que no estamos habituados a hacer tráfico de influencias, ni mal utilizar el poder económico, ***se nos abre un nuevo horizonte con la 'Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz'.***

Ya lo hemos dicho. el BISA reconoce y confiesa que además la instrucción para que los $US. 100.000.- vaya a disminuir la Línea de Crédito ***está contenida en la papeleta de depósito*** *y pese a los esfuerzos que hace para descalificar dicha instrucción, la*

misma que cuando menos les tuvo que haber causado dudas y/o hasta curiosidad ***para 'entender' de que se trataba.*** *Lo que correspondía entonces era que me llamen y me pidan una explicación, eso no ocurrió y arbitrariamente se pagaron un sobregiro JAMAS solicitado en ninguna forma, eso motivó mi carta E.C.J. 022/96 de 2 de agosto de 1996 que la ASFI la ha interpretado sesgadamente.*

No deja de ser otro exceso de la ASFI dar la ***'interpretación'*** *antojadiza a determinaciones judiciales absolutamente claras y definidas, cuando al referirse al Auto de Vista de 06 de febrero de 2006 utiliza el sustantivo* ***'posibilidad'*** *de compensación, más aún cuando esa supuesta 'posibilidad' la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba la ha basado y fundamentado en determinaciones absolutamente* ***firmes*** *de la ex S.B.E.F., hoy ASFI no como también sesgadamente se sugiere,* ***posibles.***

La ASFI no actúa como se lo impone el inciso g) del Art. 4.- de la Ley 2341 y saca ventaja a favor del Banco BISA cuando ***destaca*** *una parte del contenido de la S.C. 0548/2007-R de 3 de julio de 2007 que en forma lamentablemente errada dice - presumimos que de muy buena fe -citando equivocadamente el A.V. de 06 de febrero del 2006 (NO EN SU PARTE RESOLUTIVA)* ***'...hasta que se resuelvan los litigios entre las partes involucradas.'****. No resiste el más elemental análisis jurídico ese error y solo hubiese bastado que se dé atenta y cuidadosa lectura al Auto de Vista citado para establecer que en ninguna de sus partes dice* ***'... hasta que se resuelvan los litigios entre las partes involucradas.'****, de donde en cabal y correcta aplicación de los principios de 'verdad material' y de 'legalidad y presunción de legitimidad', tenía la obligación de darse cuenta de lo aquí afirmado. Al no haberlo hecho nos ha agraviado y ha vulnerado el principio de imparcialidad. Más allá de eso, señor Director Ejecutivo, los asesores legales de la ASFI tienen la obligación de saber que el Tribunal Constitucional* ***no tiene facultades legales para modificar Resoluciones del Órgano Jurisdiccional,*** *excepto cuando determina en forma inequívoca que existen violaciones a normas constitucionales, ello está ampliamente respaldado en sendas y numerosas Sentencias Constitucionales. Por todo lo dicho reiteramos y ratificamos que ese 'exceso' de la ASFI encuentra su origen en lo que ya hemos denominado muchas veces como 'SOFISMA' que nos perjudica de sobremanera y favorece al denunciado Banco BISA, por lo tanto pedimos que el superior jerárquico enmiende tal exceso y reponga la majestad de la Ley y la Justicia.*

Rechazamos categóricamente, por ser impropio, que una Resolución Administrativa, como la que nos ocupa emita resolución sobre supuestos cuando sin seguridad alguna utiliza por ejemplo el verbo condicional 'abría'(sic) cuando al referirse a vulneraciones a normas legales cometidas por el Banco BISA S A. dice, reiteramos, ***'ABRÍA'****(sic)****. De lo dicho se infiere que sobre bases inciertas se nos quita razón y de la dan al denunciado, ello importa otro agravio en nuestra contra.***

Los agravios suman y siguen puesto que la sanción impuesta al BISA equivalentes a 5.500 DEGS son una minucia frente a los daños que nos ha causado y sigue ocasionando, más aún cuando la prueba aportada de esta parte además de profusa se constituye en 'prueba plena'. ¿En que queda el principio de

'proporcionalidad' y el contenido de normas claras y categóricas como las que establecen las sanciones en la 'Ley de Bancos'? Con sanciones como las impuestas en el pasado -dentro este trámite - y la actual, no se le está dando al denunciado Banco BISA la opción de delinquir cuando le venga en gana frente a lo magnánimo de las sanciones impuestas?

II NORMAS LEGALES VULNERADAS POR EL BISA Y LA ASFI.

** Art 1.351.- del Cdgo. de Comercio. El Banco BISA S.A. jamás me pidió y nunca tuvo el 'poder notariado' al que se refiere el citado artículo.*

** Art. 984.- del Cdgo. Civil. (Resarcimiento por hecho ilícito).*

** Art. 994.- del Cdgo. Civil (Resarcimiento)*

** Art. 967.- del Cdgo. Civil (Frutos e intereses)*

** Art. 112,- de la Ley de Bancos N° 1488, particularmente en la NO aplicación de las literales e) y f).*

** Art. 113.- de la Ley de Bancos N° 1488, particularmente en la NO aplicación de su segunda parte.*

** Art. 152.- de la Ley de Bancos N° 1488, por haberlo ignorado total y completamente.*

** Art. 154.- de la Ley de Bancos N° 1488, particularmente en la NO aplicación de sus numerales 1., 3. y 10. ¿Es qué acaso no es una* ***'norma de intermediación financiera'*** *el contrato de apertura de cuenta corriente?. Barrios, Camacho y Palacios "infringieron disposiciones legales" en nombre y representación del Banco BISA no a título personal.*

** Art. 155.- de la Ley de Bancos N° 1488.* ***Por su total inobservancia y quebrantamiento al no haber asumido su deber y responsabilidad, desligándose del 'TRAMITE N° 113430 con pretextos baladíes*** *(sic)* ***e infundados olvidando que: 'La JURISDICCIÓN administrativa de la Superintendencia es de carácter nacional. Su COMPETENCIA en lo concerniente a la aplicación de la presente Ley es PRIVATIVA E INDELEGABLE...'***

** Art. 166.- de la Ley de Bancos N° 1488. Por su flagrante violación puesto que le señala en forma nítida, expresa e incontrovertible el ámbito de sus atribuciones.*

** Art. 167.- de la Ley de Bancos N° 1488, que imperativamente señala:* ***'Para TODOS los fines legales, la 'autoridad administrativa de control y fiscalización competente' a que se refiere el Código de Comercio, ES LA SUPERINTENDENCIA.'***

III DOCTRINA PERTINENTE.

Aún a riesgo de ser calificados como ***'reiterativos y/o repetitivos',*** *respetuosamente solicitamos que a tiempo de ser resuelto el presente Recurso Jerárquico se considere en*

forma expresa y precisa y se tome en cuenta el apartado III.- de nuestro Recurso Jerárquico de fecha 22 de agosto del pasado año 2006, puesto que ahora resulta absolutamente pertinente citarlo debido a que cobra mejor y mayor actualidad en razón de ya existir, PESE AL DESCONOCIMIENTO QUE LE HACE LA ASFI, un pronunciamiento judicial. Pedimos se tome en cuenta que: ***'…el control comprende la revocación, modificación o sustitución del acto impugnado, y en sede judicial, el control es de legitimidad. EN ESTE ÚLTIMO CASO, EL ÓRGANO JUDICIAL SE LIMITA A DECLARAR NULO EL ACTO, OBLIGANDOA LA ADMINISTRACIÓN A DICTAR EL ACTO DEBIDO.' (sic) Las negrillas, cursivas, subrayado y mayúsculas son nuestras.***

IV. <u>CONCLUSIONES</u>. *En merito a todos los antecedentes expresados en el presente RECURSO JERARQUICO, hacemos nuestra la jurisprudencia administrativa producida mediante la Resolución Jerárquica de regulación Financiera SG SIREFI RJ 43/2005 de 01.11.05 en lo referente a:*

> ***'...el órgano regulador debe previamente analizar las peculiaridades del caso y determinar si existen posibles incumplimientos o violaciones a normas que regulan el sistema de regulación financiera, para que dicha autoridad administrativa tome conocimiento, investigue y sancione en consecuencia.'***
>
> ***'Esta actividad de control y supervisión debe ser efectuada por la SBEF (hoy A.S.F.I), sin perjuicio que estas situaciones sean sujetas a procesos de investigación, verificación y probanza ante las autoridades judiciales competentes por parte de los interesados, con el fin de determinar la existencia y correspondencia de derechos, así como de responsabilidades civiles o penales'. (sic)***

<u>V.-PEDIDO</u>

1°.- *Pedimos respetuosamente que* ***LA AUTORIDAD JERARQUICA SUPERIOR*** *admita el presente Recurso Jerárquico y deliberando en el fondo proceda a la* ***ANULACIÓN*** *de la Resolución ASFI 876/2010 DE 13 DE OCTUBRE DEL 2010 y por lógica consecuencia a la* ***ANULACIÓN*** *también de la Resolución ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010 y que pronunciando una nueva Resolución Jerárquica declare que la AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO debe cumplir y hacer cumplir a los regulados fielmente las disposiciones de las Leyes del Estado Plurinacional de Bolivia, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado al 20.12.01), así como todas las otras disposiciones legales que sean concordantes.*

2°.- Que en uso de las facultades que la ley le otorga ordene a la ASFI para que esa Superintendencia sectorial instruya y disponga sin más dilaciones y sobre la base del Auto de Vista de 06 de febrero del año 2006 pronunciado por la Sala Civil Segunda del Distrito Judicial de Cochabamba y de la Sentencia Constitucional 0548/2007-R de 03 de julio del 2007, que el Banco BISA S.A. reponga dentro de tercero día de su legal notificación, las sumas de $us. 25.000.-, $us 17.000.-, $us. 10.000 y Bs. 8.619.- correspondientes a las cantidades que la ex SBEF ha determinado fehacientemente, luego de investigaciones e inspecciones a las oficinas del Banco denunciado BISA S.A.,

que fueron ilícitamente dispuestas ***y sea con el cálculo, reconocimiento y pago de los intereses activos que corresponden, en cada mes, año y circunstancia económico financiera de las cuatro operaciones irregulares, con el reconocimiento claro y concreto de que los fondos originales fueron tramitados y obtenidos por la Empresa Constructora JUVALGO LTDA., empresa que comprometió su patrimonio y el patrimonio de sus socios, reposición que deberá, por mandato del Auto de Vista EJECUTORIADO de fecha 06 de febrero del 2006, dictado por la Sala Civil Segunda del Distrito Judicial de Cochabamba y confirmado por la Sentencia Constitucional N° 0548/2007-R de 03 de julio del año 2007, COMPENSAR las obligaciones entre el Banco BISA S.A y la Empresa Constructora JUVALGO Ltda.***

3°.-*Sancionar de acuerdo a ley, como corresponde a la debida PROPORCIONALIDAD a la entidad bancaria BANCO BISA S.A. por incumplimiento y vulneración de normas expresas contenidas en los Códigos de Comercio y Civil, así como en la Ley de Bancos (Art. 99.- inc. 2 de la Ley 1488) y otras disposiciones legales concordantes.*

4°.- *Amparados en disposiciones legales vigentes y para fines que en derecho nos competen pedimos también que la Autoridad Jerárquica Superior disponga en la Resolución Jerárquica a dictarse que la ASFI nos haga llegar de inmediato fotocopias debidamente legalizadas en triple ejemplar de todos los documentos que le remitidos (sic) en los últimos seis (6) meses por el banco denunciado BISA S.A. dentro el presente trámite administrativo y que nos corresponden como terceros interesados, lo contrario sería colocamos en deliberada indefensión, vulnerando con ello expresa garantía constitucional.(…)'*

5. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 26 de noviembre de 2010, Banco Bisa S.A., representado por su Gerente Nacional Adjunto de Negocios Gonzalo Alejandro Arandia Castellanos presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"Mediante auto de 8 de noviembre de 2010 hemos tornado conocimiento del recurso jerárquico interpuesto por Julio Valenzuela G., por si y en representación de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA., contra la resolución administrativa ASFI No. 876/2010 de 13/10/2010; por lo que dentro el plazo establecido, solicito respetuosamente a usted se sirva rechazar este recurso por su manifiesta improcedencia, en atención a los siguientes hechos y razones jurídicas que expongo:

1. *Como los propios fallos emitidos para la resolución de los Recursos Jerárquicos han establecido que todo recurso tiene que indicar con toda claridad lo que se pretende, de conformidad con el Art. 56 de la Ley de Procedimientos Administrativos y por mandato del Art.52 del D.S. No.27175, al tener que ser resuelto de 'puro derecho', necesariamente el recurso interpuesto debe indicar con precisión cuáles (sic)las normas jurídicas que habrían sido transgredidas o violadas por la autoridad recurrida; así como debe establecer cuáles los agravios que le causa la resolución impugnada a sus derechos o pretensión, fundamentando en forma concreta, clara, razonada y*

legalmente, todos los puntos que le causen perjuicio de la resolución recurrida; pues la simple critica o mención de actuados anteriores no constituye expresión de agravio sufrido a los derechos del recurrente o una cuestión de puro de derecho a resolver.

2. *Del memorial del recurso jerárquico interpuesto por Julio Valenzuela Gonzales por sí y en representación de la empresa constructora JUVALGO LTDA., su autoridad podrá inferir que el mismo hace una incoherente y confusa mención a la supuesta errónea valoración de pruebas, a través de apreciaciones meramente subjetivas y plagadas de temerarios insultos y adjetivos descalificadores contra la autoridad recurrida y nuestra institución, careciendo de todo razonamiento critico, argumentación legal y prueba alguna, pues solo hace una mera relación de algunas normas del Código Civil y de la Ley de Bancos sin establecer relación o interpretación alguna con el contenido de la Resolución recurrida y no indica expresamente que normas de la Ley de Procedimiento Administrativo o de qué manera las demás disposiciones legales aplicables al caso habrían sido violadas en la resolución recurrida; reiterando las mismas falsas acusaciones contenidas en sus anteriores memoriales.*

3. *La R.A. No. 876/2010 de 13/10/2010 dictada por el Sr. Reynaldo Yujra Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la disposición 'tercera'. objeto de este recurso, ha sido pronunciada por esa autoridad, ajustándose estrictamente a los datos y pruebas del proceso, así como de conformidad con las normas legales comerciales vigentes y aplicables al caso del cheque No.243601 por la suma de US$.100,000.- girado contra la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo en el ex Banco La Paz S.A., a la orden del Banco Industrial S.A. (actual Banco BISA S.A.) y depositado en la cuenta del mismo Consorcio en el Banco BISA S.A.*

4*. Por lo que reiteramos una vez más ante su autoridad los hechos y argumentos legales ya expuestos en nuestros memoriales de descargos y responde al recurso de revocatoria planteado por el recurrente Valenzuela Gonzales en cuanto, a la falsa y temeraria insistencia de Julio Valenzuela G., de haber supuestamente instruido el pago de la deuda de su empresa JUVALGO LTDA., se debe reiterar y dejar expresamente establecido una vez más, que Julio Valenzuela González* ***nunca instruyó al Banco BISA S.A.*** *que con el cheque No. 243601 por la suma de US$.100,000.- girado contra la cuenta del CONSORCIO COINBOL JUVALGO en el Banco La Paz S.A., se pague la deuda de su empresa Juvalgo Ltda., en atención a las siguientes razones legales y hechos probados de nuestra parte:*

4.1*. Ninguna de las supuestas nuevas pruebas adjuntas por Julio Valenzuela Gonzales al memorial que respondo, consistentes en simples fotocopias de cartas dirigidas al Banco BISA S.A, contiene expresión alguna que se refiera a una supuesta instrucción de pago del crédito concedido únicamente a la empresa JUVALGO LTDA. con el cheque No. 243601 por la suma de US$.100.000.- girado contra la cuenta del 'Consorcio Coinbol Juvalgo' en el ex Banco La Paz S.A., a la orden del Banco Industrial S.A., debido a que solo explican el destino de sus operaciones de crédito y las reprogramaciones solicitadas.*

En consecuencia, queda absolutamente claro que tales cartas presentadas en simples fotocopias no acreditan la existencia de instrucción u orden de pago alguna sobre el referido cheque.

***4.2.** Lo que si se ha probado de nuestra parte en forma plena dentro el proceso administrativo, es que **no existe carta de instrucción alguna** por parte de Julio Valenzuela, para que con el cheque No. 243601 por la suma de US$.100,000.- del Consorcio Coinbol Juvalgo Ltda. se pague la deuda contraída única y exclusivamente por su empresa JUVALGO LTDA., como hemos acreditado con los siguientes fundamentos legales y hechos probados de nuestra parte:*

***4.2.1**. Que en nuestro 'Libro de Ingreso de Correspondencia' no se tiene registrada ninguna carta enviada por Julio Valenzuela G. o por el CONSORCIO COINBOL, en fecha 2 de julio de 1996, en la que se instruya alguna operación de pago de crédito de JUVALGO LTDA o alguna tercera persona.*

En cuanto a lo sostenido por Julio Valenzuela en el memorial del recurso que respondo, que la prueba documental de nuestro libro de ingreso de correspondencia, hubiera sido 'montada', Valenzuela nunca acompaña prueba alguna. Además de ser una evidente muestra de la deslealtad procesal y mala fe con la que usualmente actúa el recurrente; resulta una acusación absolutamente falsa, sobre la que en su momento, reiteramos que también nos reservamos el derecho de iniciar las acciones legales correspondientes.

***4.2.2.** Asimismo, como consta en obrados, el Banco BISA S.A., como prueba de descargo, solicito se conmine al recurrente para que **exhiba y presente** la copia autentica con el acuse del sello original de recepción de la fraguada carta que supuestamente contenía la orden de pago con el cheque de US$. 100.000.- cuya simple copia adulterada en el sello de recepción fue presentada por Julio Valenzuela Gonzales (sic)a esa Superintendencia con su memorial de ampliación de reclamo; sin embargo, pese a la legal conminatoria de esa autoridad, este no cumplió con la misma **y no lo hizo, porque tal supuesta carta nunca existió,** por lo que de esta manera, hemos probado plenamente que ésta es falsa y fraguada, ya que en la parte del sello de recepción se nota claramente alterado y sobre escrito a mano el 'mes' y al lado una rúbrica de firma, que no corresponde a ningún empleado ni funcionario del Banco BISA S.A.. Tan es así que, en su recurso de revocatoria, así como en el jerárquico que respondemos, Julio Valenzuela Gonzáles ya no hace alusión a esta falsa carta; hecho que no impide de que posteriormente ejerzamos nuestro derecho de iniciar la acción penal respectiva por uso de instrumento falsificado.*

***4.2.3.** La **papeleta de depósito firmada por el mismísimo Julio Valenzuela**, cuya copia legalizada fue acompañada como prueba de nuestra parte, que cursa en el expediente del presente proceso, signado con Tarjeta Naranja No. 1004.113430.01, cuerpo 01, folios **236** y 237 y folio 254; acredita en forma plena e inequívoca que el cheque en cuestión No. 243601 girado contra el Banco de La Paz S.A. por US$.100,000.-, que era de la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo (no de JUVALGO LTDA.) y estaba*

girado también al Consorcio, fue depositado por el propio Julio Valenzuela González en la Cta.Cte. No. 205952012 del CONSORCIO COINBOL JUVALGO en el Banco BISA S.A.

4.2.4. *Este depósito del indicado cheque, efectuado por el mismo Julio Valenzuela, con el que ahora cínica y extemporáneamente pretende que se pague su deuda en ejecución judicial, cumple con todos los requisitos establecidos en el Art. 1356 del Código de Comercio, por lo que este depósito es plenamente valido y es de su plena responsabilidad; por lo tanto, no puede desconocer esta plena prueba documental y, pretender cínicamente que habiendo el mismo realizado tal deposito en la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo, a la vez el Banco, después de realizado el abono en dicha cuenta ajena, se pague con este cheque la deuda ajena de su empresa Juvalgo Ltda.*

Asimismo, el hecho de que en la parte final de la papeleta de depósito exista una simple nota marginal que indica 'A línea de crédito', esta no tiene significación legal alguna, debido a que este dato no es parte de los requisitos a llenar en el respectivo formulario impreso del Banco para el depósito de un cheque de otros bancos y tampoco es un requisito establecido en norma alguna respecto al contenido con el que deba contar una papeleta de recibo de depósito en cuenta corriente; ***por lo que tal expresión, que además no está dirigida a ninguna persona, no tiene ningún efecto jurídico en relación con el Banco BISA S.A.***

Por lo expuesto, queda claro que el Banco BISA S.A. no ha confesado ni reconocido validez alguna a tal expresión arriba indicada, como falsa y arbitrariamente sostiene Valenzuela Gonzales en su memorial del recurso jerárquico que respondemos.

Como su autoridad podrá compulsar, ***esta prueba consistente en la papeleta de depósito firmada por el propio Julio Valenzuela G. y el respectivo registro de su firma resultan suficientes para demostrar y enervar la falsa y temeraria*** *acusación* ***de este recurrente,*** *referida a que con este cheque se hubiera tenido que cumplir una inexistente orden de pagar una deuda de la empresa JUVALGO LTDA. persona jurídica distinta al Consorcio COINBOL JUVALGO.*

En consecuencia. al haber depositado este cheque, el mismísimo Julio Valenzuela González en la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo, como acredita la propia papeleta de depósito firmada por éste, queda claro que no existe ninguna transgresión o violación al Art.604 del Código de Comercio, ya que el Banco no realizó ni podía realizar acto alguno de negociación con ese cheque, sino simplemente se limitó a cobrarlo para la propia cuenta del CONSORCIO COINBOL JUVALGO; así como tampoco existe violación alguna de los Arts. 623 y 624 del mismo código, debido a que este título valor no presentaba ningún cruzamiento efectuado por el girador con las dos líneas paralelas trazadas u otra expresión en el cheque, ya que este solo presenta el propio sello de cruzado colocado por el Banco, requisito indispensable para posibilitar la cobranza vía Cámara de Compensación, para el cobro ante el ex Banco La Paz S.A. En su caso, de haber tenido estas restricciones también necesariamente hubiera tenido que ser depositado en esta misma cuenta del Consorcio.

4.2.5. *El Banco BISA S.A., de acuerdo con lo que faculta y dispone el Art. 1353 del Código de Comercio, a título de excepción, procedió a conceder en forma unilateral en fecha 02/07/1996 varios 'sobregiros' eventuales por 24 horas en la cta. cte.No.205952012 del CONSORCIO COINBOL JUVALGO, para el pago de varios cheques por varios importes de* ***cantidades pequeñas*** *(y no de una sola operación por una cantidad de más de US$.50,000.- como maliciosamente sostiene Julio Valenzuela en su recurso de revocatoria); lo que genero un saldo* ***total*** *negativo de US$.50,572,64 (ver anexo '2' del informe mediante nota CONT.NAL 078/01 de fecha 09/03/2001); por el pago de los cheques Nos.1118366; 1118358; 1118362; 1118363 y 1118364, por los varios importes que se detallan en el anexo '3' adjunto a la misma nota CONT.NAL 078/01 de fecha 09/03/2001.*

Todos estos cheques que ocasionaron los varios sobregiros y cuya obligación de pago se insiste en pretender negar y desconocer en este recurso jerárquico interpuesto, fueron girados y firmados por el mismísimo Julio Valenzuela González, como se ha acreditado en los Anexos '5, 6, 7, 8 y 9' del señalado informe CONT. NAL 078/01 de fecha 09/03/2001. Obviamente el total de estos sobregiros fue cubierto en forma automática con el depósito del mencionado cheque realizado ese día 2/07/1996 por el propio Valenzuela González; hecho que si era de su conocimiento y que lo fue lógicamente antes de interponer la ampliación de su reclamo, por lo que resulta un acto de total mala fe y temerario pretender que con ese cheque se pague la deuda de su empresa y personal.

Además, cabe dejar expresamente aclarado que, el Banco BISA S.A. habiendo efectuado tales operaciones crediticias por montos pequeños como simples 'sobregiros eventuales' por 24 horas y no un contrato de 'avance en cuenta corriente', de acuerdo con el citado Art. 1353 del Cdgo. de Comercio, no tenía porque requerir una carta de solicitud de sobregiro al titular de la cuenta, bastando a tal efecto la relación jurídica basada en el contrato de la cuenta corriente.

Por lo tanto, queda absolutamente claro, que el único que dispuso de ese cheque por US$.100,000.- fue Julio Valenzuela González y no funcionario alguno del Banco BISA S.A. y en su caso, hubiera sido de objeto imposible darle otro destino a ese cheque una vez que fue el mismo depositado por el propio Valenzuela en la cuenta del Consorcio; por lo que su pretensión de que el Banco BISA S.A. le hubiera dado otro destino a ese cheque destinado supuestamente al pago de su deuda en ejecución, resulta simplemente un acto temerario, con el que pretende burlar el pago de lo que adeuda legal y legítimamente al Banco BISA.

4.2.6. *En consecuencia ratificamos toda la prueba de descargo presentada de nuestra parte dentro este proceso Sancionatorio, ratificando una vez más los argumentos legales y técnicos contables y contenidos en nuestros anteriores memoriales, que desvirtúan plenamente el temerario y falso reclamo de Julio Valenzuela Gonzales, al no existir violación alguna a los Arts. 604, 623 y 624 del Código de Comercio; por lo que pedimos a usted que se tenga presente y como parte del contenido de este*

memorial de respuesta al recurso jerárquico, nuestros memoriales de 'formula descargos' de 11 de junio de 2010 y 'presenta plena prueba' de 22 de julio de 2010.

Por último, Sr. Ministro y por su intermedio a los miembros de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, reiteramos que la única y verdadera intención del recurrente Julio Valenzuela Gonzales, simplemente es el de usar la vía administrativa, en un intento que dura más de diez años, para sorprender a las autoridades haciendo aparecer una acreencia fraguada a favor de su empresa JUVALGO LTDA., a objeto de dañar patrimonialmente al Banco BISA S.A., impidiendo que así recupere lo que adeudan él y su empresa JUVALGO LTDA., cuya recuperación se persigue dentro un proceso coactivo civil radicado en el Juzgado Sexto de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba.

Cabe hacer notar a su autoridad que dentro el presente proceso administrativo el recurrente Valenzuela Gonzales ha interpuesto y abusado del recurso jerárquico por más de tres veces, para prolongar por más de 10 años este trámite administrativo en contravención del Art. 69 inc. a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el Art. 60 - I del D.S. No. 27175: con el único propósito de no honrar su obligación de pago de la deuda contraída con el Banco BISA S.A. que se encuentra en ejecución judicial durante todo este tiempo.

Por todo lo expuesto, pedimos a su autoridad se sirva rechazar este nuevo recurso jerárquico, ratificando expresamente la inexistencia de irregularidad alguna sobre le operación de depósito del cheque No.243601 por US$.100,000.- efectuada por el mismo recurrente y sea esta vez, con multa, por su manifiesta improcedencia y temeridad."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por Julio Humberto Valenzuela González, por sí y como representante legal de la Empresa Constructora "JUVALGO" LTDA., asociada a la Asociación Accidental "COINBOL-JUVALGO**",** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

Que, con carácter previo a realizar la valoración de todo lo fundamentado y adentrarse en el recurso interpuesto, corresponde delimitar el ámbito de función de la jurisdicción administrativa regulatoria financiera, misma que se circunscribe en las disposiciones legales, normativas y/o reglamentarias específicas al mercado, atribuciones específicas que deben ser respetadas por las autoridades que ejercen jurisdicción administrativa regulatoria, no siendo pertinente adentrarse en otros ámbitos del derecho ni de competencias delegadas que pondrían en duda la legalidad y eficacia del pronunciamiento a emitir.

En este contexto el recurrente hace alusión a una serie de normas legales al presente recurso, mismas que no corresponden al ámbito legal ni jurisdiccional administrativo; disposiciones legales que corresponde a otra autoridad su aplicación, competencia y conocimiento. Asimismo en cuanto a procesos legales que se encuentren en trámite y no estén dentro el ámbito jurisdiccional administrativo regulatorio **no será motivo de mayor análisis** por esta jurisdicción jerárquica administrativa, en cumplimiento a un principio de especialidad y sometimiento pleno a la ley y separación de poderes.

Con la aclaración realizada adentremos en el análisis y valoración de lo fundamentado por Julio Valenzuela Gonzales en el Recurso Jerárquico presentado, así como los criterios manifestados por el Banco BISA S.A. en su condición de tercero interesado.

Fuera de todas las alusiones personales (que no serán objeto de pronunciamiento ni valoración debido a su carácter altamente subjetivo), realizadas por el recurrente corresponde delimitar de manera precisa los agravios alegados correspondientes al fondo del recurso:

1. Sobre el cheque N° 243601 por $us 100.000.00.- (Cien Mil 00/100 Dólares Norte Americanos).-

El principal agravio se relaciona con el pronunciamiento que realizó la autoridad administrativa sobre el depósito de $us. 100.00.00.- (Cien Mil 00/100 Dólares Americanos), realizado por Julio Humberto Valenzuela a la Cuenta Corriente del Consorcio COINBOL – JUVALGO.

En este sentido el recurrente manifiesta que la instrucción dada al Banco BISA S.A. en forma escrita y verbal, sobre el destino que se debía dar al cheque No. 243601, así como en la propia Papeleta de Depósito, no fue correctamente valorada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, limitándose a realizar "falsos razonamientos para inducir en error"

Por lo que, corresponde, traer a colación lo señalado por el Director de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, quien manifiesta lo siguiente:

> *Que, si bien el recurrente alega que son tres los documentos que sustentan que el cheque N° 243601 por $us100,000.00 debió haber ingresado a disminuir la línea de crédito que la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. mantenía en el Banco BISA, se ha compulsado y analizado los mismos llegándose a la siguiente conclusión: i) Evidentemente, el cheque lleva en el MEMO la nota: "A Línea Crédito"; ii) No obstante, la boleta de depósito especifica de manera clara la cuenta de destino y el nombre del beneficiario del cheque, es decir Cuenta Corriente N° 0205952012 del Consorcio COINBOL-JUVALGO, pero además en dicha boleta (fotocopia) no se puede evidenciar, lo manifestado por el recurrente, de que la parte inferior derecha contenga la misma instrucción (A Línea Crédito); iii) Cursa a fojas 158 del expediente fotocopia de la carta de 2 de julio de 1996 que en su parte sobresaliente menciona: "(...)Estos dineros deberán utilizarse a disminuir el monto utilizado de la Línea de Crédito de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA. a favor del Consorcio COINBOL JUVALGO" continuando que: "Por razones de estricto ordenamiento*

administrativo y contable se ha acordado con el señor Salamanca efectuar el depósito en la Cta. Cte. (M.E.) del Consorcio para luego efectuar la respectiva operación de traspaso (transferencia) a la Línea de Crédito de JUVALGO LTDA.(...)".

Que, sobre la carta de 2 de julio de 1996, citada en el ultimo inciso (iii) y que el Banco BISA S.A. manifiesta no haberla recibido, se confirma lo manifestado por este Órgano Regulador en sentido de que: "existiendo aspectos controvertidos sobre la existencia y autenticidad de esa carta corresponde a las instancias jurisdiccionales aclarar los hechos".

De lo transcrito y el Recurso Jerárquico presentado se tiene que los aspectos controversiales sobre la instrucción a la que hace referencia el recurrente sobre el destino del Cheque No. 243601, se circunscriben a tres: el **primero** la instrucción en el mencionado cheque que contiene la escritura en la parte inferior "A línea de Crédito", el **segundo** referente a la carta de fecha 02 de julio de 1996 y **tercero** la cuenta a la que fue depositada el aludido cheque por el monto de $us. 100.000.00.- (Cien mil 00/100 Dólares americanos), misma que se encontraba con sobregiro; analicemos cada uno de estos casos.

En el primer caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero evidentemente incurre en un error de apreciación sobre la escritura que aparece al margen inferior del cheque No. 243601 al referirse a una fotocopia ilegible e incompleta debiendo tomar como hecho real el reconocimiento que hace el Banco BISA S.A. sobre dicha escritura (A Línea de Crédito) inserta en la mencionada papeleta de depósito. Empero dicha omisión no limita al órgano de fiscalización de emitir un pronunciamiento al respecto, aspecto que no compromete la eficacia del acto ya que menciona de manera categórica evidentemente el cheque lleva en el MEMO la nota "A Línea de Crédito" reconociendo entonces la verdad real de que el cuestionado documento de depósito sí contenía la eventual instrucción dada por el depositante, tal cual así lo refiere.

Lo que queda claro es que JUVALGO LTDA. y el Consorcio COINBOL JUVALGO son personas jurídicas distintas, y el Sr. Julio Valenzuela Gonzales ha depositado un monto determinado de dinero ($us100.000.00.-), a una cuenta perteneciente a una persona jurídica (COINBOL JUVALGO), en la que necesariamente tuvo que consignar el número de cuenta de dicha empresa en la papeleta de depósito y no así a otra persona jurídica (JUVALGO LTDA.).

A demás, no se puede soslayar el hecho, que quien depositó el cheque N° 243601 por $us. 100.000.00.- (Cien Mil 00/100 Dólares Americanos) a la cuenta fue la misma persona (Julio Humberto Valenzuela Gonzales) que ahora manifiesta que dicho monto debió ser para cubrir una "Línea de Crédito" de otra empresa que no es la titular de la cuenta bancaria en la que se realizó dicho depósito.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con meridiana claridad señaló que la instrucción "A línea de crédito" que consignaba la papeleta de depósito cuestionada no constituye un requisito expreso establecido en el Código de Comercio aspecto que tampoco fue demostrado por el recurrente.

Al segundo punto en lo que concierne a la carta de de fecha 02 de julio de 1996 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, manifestó que la misma contiene aspectos

controvertidos sobre la efectiva recepción de la misma por parte del Banco BISA S.A. y la afirmación del recurrente que asegura haberla presentado a la mencionada entidad financiera, además del cuestionado sello de recepción el cual es ilegible y denunciado como falso.

Como bien lo manifestó la autoridad administrativa, los aspectos controversiales que ponen en duda la veracidad de la correspondencia citada son actos y hechos que no conciernen dilucidar a la jurisdicción administrativa, debido a que el entorno que involucra dicha misiva es susceptible de ser investigada y/o analizada por autoridad competente, ya que se relaciona con ilícitos que comprenden delitos de orden público que la Jurisdicción Administrativa no tiene competencia dilucidarlos, menos constituirse en agentes de investigación, ni peritos que permitan llegar a determinar la autenticidad de dicha nota. En consecuencia mientras no exista un pronunciamiento legal por autoridad competente sobre la autenticidad de la recepción de la nota de fecha 02 de julio de 1996, ni esta instancia jerárquica ni ninguna instancia procesal administrativa se encuentra facultado a emitir pronunciamiento al respecto.

Asimismo, dentro las competencias que correspondan en materia administrativa la Autoridad Supervisora del Sistema Financiero solicitó, tanto al Banco BISA S.A. como a Julio Humberto Valenzuela Gonzales se presente y exhiba el original de la carta de fecha 02 de julio de 1996 a lo que la entidad financiera respondió categóricamente que dicha nota jamás fue recepcionada ni llegó a conocimiento de dicha entidad, habiendo presentado el libro de correspondencia perteneciente al Banco, situación que el recurrente la calificó de "Libro montado" manifestación que en instancia jerárquica tampoco será dilucidada por limitaciones a su competencia.

Asimismo Julio Humberto Valenzuela, solo se limitó a manifestar que tenía la copia de dicha correspondencia y que era deber del Banco BISA S.A. exhibir y presentarla ante autoridad administrativa.

En consecuencia ninguna de las partes adjuntó el original de dicho documento habiendo la autoridad administrativa dentro sus atribuciones y competencias, realizado las acciones correspondientes, para poder obtener de esta manera un documento idóneo que le permita emitir pronunciamiento tanto en instancia inferior como en instancia jerárquica.

Al tercer punto, mismo que va relacionado estrechamente con lo manifestado líneas arriba, ya que como se dijo anteriormente el cheque No. 243601 por $us. 100.000.00.- (Cien Mil 00/100 Dólares Americanos) fue depositado a la cuenta Corriente Nº 205952012 perteneciente al Consorcio COINBOL JUVALGO. Al respecto, dicha cuenta se encontraba con un sobregiro de $us.- 50.572,64 (Cincuenta mil quinientos setenta y dos 64/100 Dólares americanos) por concepto del pago de cinco (5) cheques monto (sobregiro) que fue cubierto con el depósito realizado por Julio Valenzuela.

Al respecto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señaló que en el expediente cursa extracto de la Cuenta Corriente perteneciente al Consorcio COINBOL JUVALGO, en el que se evidencia el sobregiro de dicha empresa por el monto señalado – aspecto que era

de conocimiento del recurrente, debido a que nunca negó el sobregiro bancario en el que se encontraba el consorcio – y que con el depósito realizado por Julio Valenzuela a dicha cuenta específicamente el Banco debitó el monto del sobregiro invocando lo establecido en el artículo 1353 del Código de Comercio.

Como se puede apreciar, la autoridad Supervisora fundamentó legalmente la procedencia de cobro que hizo el Banco BISA S.A. por el sobregiro bancario en el que encontraba el Consorcio COINBOL JUVALGO con el cheque depositado por Julio Valenzuela (valga la redundancia) a dicha cuenta específica.

Ahora bien el recurrente manifiesta que el Banco BISA S.A. debió trasladar dicho monto a la cuenta corriente perteneciente a la empresa JUVALGO LTDA., debido a que la papeleta de depósito instruía "a línea de Crédito". En el hipotético caso de que la instrucción hubiera sido entendida de esta manera, dicha instrucción tampoco pudiera haber sido viable puesto que el **recurrente realizó un depósito a una Cuenta Corriente sobregirada**, en consecuencia conllevaba una obligación patrimonial (deuda), no pudiendo pretenderse trasladar un monto de dinero a una cuenta, si en la cuenta que se hizo el depósito tiene otra deuda (sobregiro).

No es sustentable manifestar que no se dio una instrucción ni autorización para que se paguen cheques que no tienen fondos, ya que debió remitirse a la clausula séptima la contrato de cuenta corriente suscrito entre partes y que tiene fuerza de ley entre estas (art. 519 Código de Procedimiento Civil),debido a que en dicho documento **se le otorgaba al banco la facultad de debitar cualquier cantidad proveniente de obligaciones directas o indirectas contraídas por el depositante** y el "sobregiro bancario" constituye una obligación contraída por – en este caso – el Consorcio COINBOL JUVALGO. Por otro lado el Código de Comercio le da la facultad a la entidad financiera a pagar montos por encima de los recursos que mantenga la cuenta llamándolo "sobregiro bancario" (Art. 1353 Código de Comercio). En este contexto, si bien la precitada disposición legal establece que el sobre giro bancario debe ser en cantidades pequeñas, dicha norma no establece una limitante a dichas cantidades dejándola a la discrecionalidad y riesgo con el que deba actuar las entidades financieras con sus clientes, así lo manifestó la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a momento de emitir pronunciamiento citando inclusive doctrina en el que señala que el criterio de determinar una determinada cantidad como "pequeña" responde exclusivamente a la decisión del Banco según los antecedentes del crédito, cliente, cartera, etc.

De lo manifestado se tiene que para el recurrente el monto de $us.- 50.572,64 (Cincuenta mil quinientos setenta y dos 64/100 Dólares Americanos) constituye una cantidad excedente de dinero, para el Banco Bisa S.A., a momento de tomar la decisión de pagar los cheques sin fondos no fueron considerados así, aspecto que se traduce que es decisión de la entidad financiera determinar el monto a sobregirar bajo su propia responsabilidad y riesgo y lamentablemente y como se dijo anteriormente no existe norma legal que limite dicho monto, por lo tanto no existe vulneración a disposición legal alguna.

En los hechos, se tiene que Julio Humberto Valenzuela González fue quien realizó el depósito

de $us. 100.000.00.- **consignando la cuenta beneficiaria** (Cta. Nº 205952012) de manera específica a favor del Consorcio COINBOL JUVALGO.

Que la cuenta corriente Nº 205952012 perteneciente al Consorcio COINBOL JUVALGO a momento de realizar el depósito de los $us. 100.000.00 (Cien mil 00/100 Dólares Americanos) se encontraba con un sobregiro de $us.- 50.572,64 (Cincuenta mil quinientos setenta y dos 64/100 Dólares Americanos), concedido por el Banco BISA S.A. con la facultada contenida en el artículo 1353 del Código de Comercio.

Que con el depósito bancario por $us. 100.000.00 (Cien mil 00/100 Dólares Americanos), el Banco BISA aplicó la cláusula séptima contenida en el contrato de cuenta corriente suscrito entre partes debitando el monto de la obligación.

Que la instrucción dada por Julio Valenzuela Gonzales en la papeleta de depósito "A línea de crédito" es genérica y no constituye un elemento legalmente sustentable, para que el Banco hiciera la transferencia de lo depositado a otra cuenta bancaria. Además de que resulta ilógico pretender realizar el traspaso de montos económicos de una cuenta a otra, si la cuenta a la que se depositó el monto tenía una obligación que cubrir como consecuencia de haberse pagado cheque sin fondos.

Por todo ello, la autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, realizó una compulsa adecuada de todos y cada uno de los antecedentes consignados en el expediente procesal, motivando en derecho su pronunciamiento con el suficiente sustento legal, aspecto que no pudo llegar a desvirtuar el recurrente referente al presente análisis.

Habiendo compulsado el agravio fundamental dentro el presente recurso corresponde valorar y emitir pronunciamiento sobre los demás fundamentos expresados en el recurso jerárquico de autos.

2. Sobre el cuestionamiento acerca de una inadecuada valoración en cuanto al Auto de Vista de 06 de febrero del año de 2006, pronunciada por la Sala Civil Segunda del Distrito Judicial de Cochabamba.-

El Auto de Vista de 06 de febrero del año de 2006, pronunciada por la Sala Civil Segunda del Distrito Judicial de Cochabamba a Fs. 177–176 dentro del proceso coactivo iniciado por el Banco Bisa S.A. a la Empresa Constructora JUVALGO señala:

> "…*Sin embargo de existir una posible compensación de la obligación demandada entre los sujetos procesales mencionados, la extinción de la obligación que pueda ser parcial o total tendrá que depender de una* ***previa liquidación que deberá hacer llegar la Institución Bancaria ante el Juez a- quo por lo que queda en suspenso la continuidad de la presente ejecución o el inicio de una nueva que pueda hacer la Institución Bancaria contra los ahora coactivados,*** *esto en virtud precisamente de las conclusiones a las que arribó la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de fecha 12 de octubre de 2002 (fs 393-399 originales) dirigida a la Vicepresidencia del Banco Bisa. En cuya parte pertinente señala "… precautelando los intereses de esa entidad y teniendo en consideración que la sustanciación de los procesos judiciales representa una*

contingencia legal para el banco, esa cantidad debe constituir dentro de las 48 horas de recibida la presente carta, los montos de $us 25.000,$us 17.000, Bs 8619 en una cuenta transitoria en la que deberán ***permanecer hasta que el órgano jurisdiccional resuelva los litigios que actualmente se encuentran en trámite entre las partes involucradas …" la última parte de lo transcrito se refiere a COINBOL JUVALGO.***

En consecuencia, este tribunal dispone la suspensión de la presente ejecución coactivada, por ser la institución coactivante responsable de las equivocaciones en las transacciones bancarias.

Por tanto la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia revoca el auto de 25 de febrero de 2004 ***dispone la suspensión de la presente ejecución*** *conforme se ha expuesto en el último considerando de esta resolución sin costas"*

De acuerdo a lo manifestado por el Órgano de Supervisión, la parte considerativa del Auto de Vista de 06 de febrero del año de 2006, no establece la reposición de los montos señalados, sino la suspensión de la ejecución del auto, en virtud a que existiría una posible compensación, previa liquidación que deberá hacer llegar la Institución Bancaria ante el Juez, hecho que a la fecha no sucedió de acuerdo a los antecedentes procesales; en consecuencia el proceso civil de referencia continúa en trámite y no cuenta con fallos ejecutoriados, por lo que debe quedar claro que mientras el proceso no cuente con autoridad de cosa juzgada material y/o formal instancia administrativa no puede emitirse pronunciamiento al respecto.

3. En cuanto a que las controversias judiciales, fueron posteriores a la radicatoria del proceso administrativo por ende le corresponde a la Autoridad Administrativa pronunciarse.-

El recurrente hace una observación a que las instancias judiciales fueron llevadas a cabo posteriormente a que la administración pública tomó conocimiento de su denuncia, por lo que se estaría pretendiendo eludir una competencia atribuida con anterioridad a la competencia jurisdiccional.

Al respecto corresponde señalar que en materia civil, ya existe un pronunciamiento legal respecto a los montos económicos litigados en dicha vía, en consecuencia la competencia fue atribuida a dicho órgano jurisdiccional y reconocida por las partes intervinientes al apersonarse ante dicha autoridad a realizar solicitudes, impugnaciones presentar documentación, en fin todo lo que conlleva el procedimiento civil y esperar un pronunciamiento definitivo sobre el caso.

Los derechos son ejercidos por las personas, ya sean estas jurídicas o naturales; derechos en los que se encuentran la facultad de solicitar la protección de estos mediante las vías legales que el Estado otorga a través de sus diferentes órganos de poder, es en este sentido que éstas personas son quienes deben ejercer ese derecho y acudir ante autoridad competente a dirimir una determinada pretensión. En el presente caso al estimar el recurrente que los hechos que acontecían ya se encontraban en competencia de la administración pública, debió hacer uso de su derecho de desconocer la competencia civil

incidentando el proceso y solicitando la declaratoria de incompetencia de la autoridad civil y no – por el contrario – reconocer su competencia apersonándose al proceso y esperando un pronunciamiento final.

A momento de cosa juzgada el pronunciamiento emitido por la autoridad civil; será ella quien deba hacer cumplir el fallo pronunciado de acuerdo a lo establecido por su norma especial (Art. 514 Código de Procedimiento Civil).

Para concluir, la **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2009** de 30 de noviembre de 2009, determinó la existencia de dos procesos administrativos, el primero correspondiente a la Resolución Administrativa **Nº SB 068/2002,** de fecha 14 de julio de 2002, en el que señala:

> *"(…)Una condición para pronunciarse sobre la reposición de los dineros que fueron transferidos por inobservancia de las normas.* ***En este caso la condición quedó supeditada a un pronunciamiento previo de la vía Judicial en cuanto a la reposición de los dineros.*** *Estableciendo que: "****habiendo tomado conocimiento que algunos de los hechos controvertidos emergentes de estas operaciones se encontraban en consideración de autoridades jurisdiccionales, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ordenó a constitución de los montos litigados en una cuenta transitoria, hasta la resolución judicial"***

El segundo, ya dentro del presente proceso, en el que se determinó mediante nota SB/ISB/D-9892/2002 enviada al Banco Bisa S.A. el 4 de marzo de 2002, en su numeral sexto expresa lo siguiente:

> *"La instrucción de depósitos en una cuenta transitoria de los fondos reclamados por Julio Valenzuela responden a la contingencia, que representa a la entidad la sustanciación de procesos judiciales.* ***Sin embargo, se ha dejado pendiente de resolución la determinación del derecho sobre los montos depositados que se encontraría sujeta a los resultados de los procesos judiciales..."***

En este entendido queda claro que la decisión de dejar ***pendiente la devolución de los montos hasta la resolución de los procesos judiciales dentro de otro proceso administrativo,*** inhibe tanto a esta cartera de estado así como la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a efectos de pronunciarse sobre la devolución o no de determinados montos de dinero, quedando ésta supeditada y condicionada a un pronunciamiento expreso y final de autoridad jurisdiccional, pronunciamiento que al momento de resolverse el presente recurso Jerárquico no existe.

4. Incorrecta interpretación de una parte de la Sentencia Constitucional SC 0548/2007-R de 3 de julio de 2007.-

La Sentencia Constitucional 0548/2007-R de 3 de julio de 2007 (Fs. 178-184) en la parte pertinente sobre los fundamentos jurídicos del fallo a (Fs. 179) refiere:

(...) De lo expuesto, se deduce que los Vocales correcurridos, no sólo consintieron la presentación de una excepción por causal sobreviniente pidiendo la compensación de obligaciones, sino que producto de ella dispusieron la suspensión de la fase de ejecución del proceso coactivo, ***hasta que se resuelvan los litigios entre las partes involucradas*** *"(...)*

Respecto al último de los argumentos de los recurrentes, referido a que serian personas diferentes, de un lado los coactivados, y de otro la sociedad accidental COINBOL JUVALGO, por lo que no sería posible una compensación; dicha observación no es atendible para modificar la decisión asumida en el presente recurso, pues aunque lo aseverado fuera evidente, sin afirmar que lo sea, prima un factor determinante, cual es que JUVALGO Ltda. es la empresa coactivada, y al mismo tiempo es parte de la sociedad accidental COINBOL JUVALGO, por tanto, cualquier prestación a favor de dicho consorcio tiene necesaria repercusión en JUVALGO Ltda. máxime cuando, como en el caso presente solo conformaban una asociación accidental, la cual no tiene personalidad jurídica, conforme las normas del art. 365 del Ccom(…)(sic)" y en su relación con terceros, los encargados de las operaciones actúan en su nombre propio y los derechos y obligaciones que se asumen también son propios; y en el caso presente, la sociedad accidental COINBOL JUVALGO es titular de la cuenta corriente favorecida con la restitución ordenada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, por tanto, dicha restitución favorece a Juvalgo Ltda. resultado de ello que Juvalgo Ltda. como coactivada es también acreedora del Banco Bisa S.A.(...)".

Que en el presente caso la Autoridad de Supervisión Financiero al haberse referido a la Sentencia Constitucional y haber transcrito parte de la misma simplemente se remitió a señalar lo establecido por el Tribunal Constitucional, en cuanto al proceso coactivo seguido por el Banco Bisa S.A., contra la empresa constructora, Juvalgo Ltda., representado por Julio Valenzuela González dentro del amparo constitucional interpuesto por el Banco BISA contra los Vocales de la Sala Civil Segunda de la Corte Superior y el Juez Sexto de Partido en lo Civil, por lo que los argumentos referidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tienen explícita relevancia con el presente caso y el Auto de Vista de 06 de febrero del año de 2006.

A su vez, el Sr. Julio Valenzuela González señala que la parte de los fundamentos expuesta por la ASFI no se encontraría en la parte resolutiva, dando a entender que los mismos no fueran vinculantes ni obligatorios. Al respecto corresponde precisar que los fundamentos contenidos en las Sentencias Constitucionales son en todos los casos la razón de la decisión (ratio decidendi) es decir que el contenido en la sentencia constitucional debe ser entendido como un precedente obligatorio para la autoridad regulatoria ya que esta hace referencia justamente a lo determinado por el del Auto de Vista de 6 de febrero de 2006, motivo del presente recurso.

5. PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.-

La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226) ha establecido que:

"…el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma

que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (...)

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

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

*Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador **a)** la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b**) naturaleza de los perjuicios causados **c)** la reincidencia en la comisión."*

Dicho esto se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó en la Resolución Administrativa ASFI N° 750/2010 de 25 de agosto de 2010 sancionar al BANCO BISA S.A. con la imposición de **multa equivalente al 0.10% del capital mínimo para entidades bancarias de acuerdo con el numeral 2) Artículo 99 de la Ley N° 1488, Ley de Bancos y Entidades Financiera *equivalente a 5.500 DEGS*** *(CINCO MIL QUINIENTOS 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO,) por* ***Incumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1346, 1347, 1351 y 1352 del Código de Comercio****, considerando que la entidad bancaria no requirió todas las firmas* autorizadas para el manejo de cuentas conjuntas en las siguientes operaciones: **a)** Transferencia realizada el 26 de junio de 1996 por Bs8.619, de la cuenta corriente en Moneda Nacional N° 205950010 del Consorcio COINBOL JUVALGO a la cuenta corriente en moneda nacional N° 21000019 de los señores Mario López Prada y Zulema López de López **b)** Transferencia realizada el 4 de julio de 1996 por $us17.000.- de la cuenta corriente en Moneda Extranjera N° 205952012 del Consorcio COINBOL JUVALGO a la Cuenta Corriente N°23062011 de la empresa COINBOL. **c)** Pago del Cheque N°1195207 por $us10.000.- proveniente de la Cuenta Corriente N° 205952012 del Consorcio COINBOL JUVALGO sin observarse que el mismo no fue girado por todos los titulares de la cuenta. Incumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 604 del Código de Comercio en el pago del cheque N° 243602 por $us25.000,- que los cheques expedidos o endosados a favor de un banco no son negociables.

Ahora en cuanto a la proporcionalidad y la gravedad del hecho la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó:

"Se ha considerado también la ausencia de sanciones anteriores firmes por éste mismo tipo de incumplimiento (reiteración), así como la ausencia de perjuicio aún no determinado en la vía jurisdiccional sobre las transacciones de Bs 8.619, $us 17.000.- Asimismo, se ha considerado la materialidad de las cuatro transacciones en las que no se observó las disposiciones de los Artículos 604,1346, 1347, 1351 y 1352 del Código de Comercio y cuyo monto asciende a $us 53.237.

Que, debe considerarse en el presente caso la existencia de pluralidad de infracciones por parte del Banco BISA S.A ., tomando en cuenta por una parte que en las transacciones de Bs 8.619.- y $US 17.000.- y $US 10.000.- se ha incumplido las mismas disposiciones legales referidas al Código de Comercio en sus artículos 1346, 1347, 1351 y 1352 con relación a las cuentas de manejo conjunto del Consorcio, y por otra parte en la transacción referida al cheque de $us 25.000. se ha incumplido el artículo 604 del Código de Comercio. Teniendo en común las mencionadas transacciones originarse en las cuentas del Consorcio COINBOL JUVALGO, en este entendido corresponde de acuerdo al numeral 2 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras la imposición de sanción única consistente en multa a la entidad financiera del 0.10% del capital mínimo para entidades bancarias, considerando que las infracciones cometidas pudieron evitarse con la debida observación al Código de Comercio…"

De lo transcrito tenemos que en el ente regulador apoyado en las anteriores consideraciones y aplicando el principio de proporcionalidad estableció que en el caso de autos, el hecho imputado se encuentre previamente calificado como infracción, que se encuentra plenamente probado. Asimismo y en cuanto a la proporcionalidad de la sanción y la gravedad del hecho, determinó que no hubo reiteración por parte del Banco Bisa S.A, que en el presente caso y hasta la fecha no se ha demostrado perjuicio debido a que no existe una sentencia ejecutoriada en la vía jurisdiccional, que a su vez determinó que en el presente caso las infracciones cometidas por el Banco Bisa S.A pudieron evitarse.

Por lo que en el presente caso la sanción aplicada no se ha debido a la discrecionalidad de la Autoridad, como manifiesta el recurrente sino que las sanciones se han dado orientadas a las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor, etc., determinando así una multa equivalente al 0.10% del capital mínimo para entidades bancarias de acuerdo con el numeral 2) Artículo 99 de la Ley N° 1488, Ley de Bancos y Entidades Financieras, cumpliendo de esta forma con los criterios de proporcionalidad normados.

Respecto a lo manifestado por el recurrente en sentido de que se debería dar una multa mayor al Banco Bisa S.A., corresponde aclarar que **el recurso jerárquico tiene atribuido una competencia para revisar los criterios de legalidad que se habrían dado para la sanción** y no así determinar el porcentaje de la misma ni pronunciarse respecto a que si esta debería ser mayor o menor debido a que dicha atribución es delgada al ente regulador.

6. Normas legales vulneradas por el BISA y la ASFI.-

6.1. Artículo 1351 del Código de Comercio.-

La autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sancionó al BANCO BISA S.A. con una multa equivalente a 5.500 DEGS **por incumplimiento** – entre otras disposiciones comerciales – **al artículo 1351 del Código de Comercio.**

De acuerdo a lo manifestado es evidente la vulneración realizada por el BISA a la disposición legal señalada por el recurrente puesto que la imposición de la sanción fue precisamente por incumplimiento al artículo que señala.

6.2. Artículos 984, 994, 967 del Código Civil.-

Una vez más corresponde manifestar que no es competencia del ámbito administrativo, conocer y tipificar disposiciones legales que conciernen a otra jurisdicción legal, cual es la jurisdicción civil. Durante el desarrollo de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se dejó claramente establecido las competencias legales otorgadas por el Estado a sus diferentes órganos de poder, por lo que no corresponde emitir pronunciamiento alguno en el ámbito administrativo con relación a aspectos que involucren a otra materia que no sea la administrativa.

6.3. Artículo 112, incisos e) y f) de la ley de Bancos y Entidades Financieras.-

Respecto a ello, corresponde precisar que los incisos e) y f) de la aludida disposición legal, establecen infracciones que conllevan un procedimiento previo para determinar su incumplimiento, aspecto que en el presente caso no fueron objeto de cargos al regulado. Asimismo importa recalcar que no es competencia de instancia jerárquica imponer cargos e iniciar un procedimiento sancionatorio al mercado regulado.

6.4. Artículo 113 segunda parte de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.-

De igual forma a lo manifestado precedentemente dentro el presente proceso, no es competencia de ésta instancia Jerárquica emitir cargos e iniciar proceso sancionatorio, ya que dicha competencia es delegada al órgano de supervisión.

6.5. Artículos 152, 154 155, 166, 167 del Código de Comercio.-

Que las disposiciones legales citadas corresponden al ámbito de competencia, atribuciones, funciones y objeto de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, misma que fueron ejercidas de acuerdo a la tramitación del proceso en cuestión, ya que se cumplió con el procedimiento legalmente establecido, emitiendo pronunciamiento de acuerdo a sus atribuciones, sancionando al regulado por infracciones al ámbito regulatorio administrativo, por lo que, lo manifestado por el recurrente no tiene sustento legal suficiente para determinar tales incumplimientos.

Como se puede apreciar, importa revisar al instituto jurídico de la **competencia, como elemento esencial del acto administrativo,** misma que ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia General del SIREFI en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005 de 12 de septiembre, que determina:

> *"(…) Competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas (…) "Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo.*
>
> *Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia norma Fundamental dispone en su artículo 122 la sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley"*

Por lo referido es imprescindible determinar la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que pasamos a determinar en observancia a la normativa, las facultades y atribuciones que la ley N° 3076, de 20 de junio de 2005, artículo 1-IV señala " *La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros*" de igual manera la Ley 1488 de 14 de abril de 1993 en sus artículos 153 y 154 establecen que " *La Superintendencia de Bancos es el órgano rector del sistema financiero que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera, En cuanto a las atribuciones están "vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, normar el control interno y externo de toda intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y demanda.*

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

Obviamente sin que esta limitante inhiba al órgano de regulación pronunciarse en los aspectos referidos a su regulación, para evidenciar si el regulado se encuentra cumpliendo con las disposiciones legales a las que se encuentra sometido.

Es así y que dentro de su competencia la Autoridad de Supervisión Financiera determinó sancionar al Banco Bisa S.A., por incumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 134, 1346, 1347, 1351 y 1352 del Código de Comercio.

CONSIDERANDO:

Que, las disposiciones legales jurídico-administrativas señalan que las infracciones al ordenamiento jurídico administrativo constituyen infracciones administrativas y no ilícitos, ni delitos de orden público como manifiesta el recurrente debido a que la comisión de ilícitos de orden público son competencias privativas de investigación juzgamiento y sanción de autoridades adscritas al ámbito penal, ilícitos que en su caso de ser evidenciados en materia administrativa hubieran sido remitidos ante autoridad competente.

Asimismo el aseverar que todo lo actuado y el pronunciamiento emitido son ilegalidades que corresponden a ilícitos de orden público no es fundamento suficiente para que la Administración Pública presente denuncia correspondiente a sólo pedido de las partes procesales.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta valoración de la prueba así como una correcta interpretación de la norma por lo que en el presente caso la Autoridad del Sistema Financiero no tiene competencia para pronunciarse sobre hechos controvertidos, los mismos que deberán ser dilucidados de acuerdo a ley.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículos 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa ASFI N° 876/2010 de 13 de octubre de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N°

750/2010 de 25 de agosto de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El no pronunciamiento administrativo, no inhibe a las partes de recurrir los derechos que se crean vulnerados por la jurisdicción llamada por ley para el caso en controversia.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA.
"SERPREC LTDA."

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 890/2010 DE 20 DE OCTUBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 009/2011 DE 18 DE MARZO DE 2011

FALLO

ANULAR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011

La Paz, 18 de marzo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA.**" legalmente representada por Magno Guillermo Mayori Machicao, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 890/2010 de 20 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 019 de 10 de marzo de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 10 de noviembre de 2010, **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA.**" legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 103/2008 de 31 de enero de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera clase Nª 3 del Distrito Judicial de

Cochabamba a cargo de la Dr. Ramiro Villarroel,, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 890/2010 de 20 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 18 de noviembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA.**"

Que, mediante Auto de fecha 19 de noviembre de 2010, se hizo un llamamiento a los terceros interesados **Banco Económico S.A y Jaime Enrique Quiroga Angulo** para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, el 25 de enero de 2011, a horas 16:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA.**"

CONSIDERANDO:

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

1.- RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010 DE 23 DE FEBRERO DE 2010.

Que, en fecha 23 de febrero de 2010, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010, misma que determinó en su parte resolutiva lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE*** *la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmándose y anulando en parte la resolución recurrida, conforme lo siguiente y en base a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica:*
>
> **I.** *Se MODIFICA el numeral 1 con el siguiente texto:*
>
> *"1. Desestimar sanción para los cargos 1, 2, 3 y 5 imputados mediante nota ASFI/DDC/R-14164/2009 de fecha 30 de junio de 2009, al haberse operado la prescripción en aplicación de lo establecido en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*
>
> *II. Se ANULA los numerales 2 y 4, debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa y tramitarla por cuerda separada, conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*

Los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI SIREFI 08/2010 expuestos en la parte considerativa son:

"Compulsado el expediente administrativo, y en función a los hechos alegados por las partes, en los diferentes memoriales presentados de conocimiento de esta instancia jerárquica, se hace necesario la consideración de tres aspectos de importancia, cual son: a) Las infracciones, sanciones y prescripción; b) La previsión por riesgo legal; y c) Argumentos presentados por SERPREC LTDA. y no considerados por la ASFI.

1.1 Infracciones, sanción y prescripción.-

En primer término corresponde revisar el instituto jurídico de la prescripción, que conforme define el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, es la Caducidad de los derechos en su eficacia procesal, por haber transcurrido los plazos legales para su posible ejercicio.

Por su parte el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, señala que la prescripción de acciones, es la caducidad de los derechos en cuanto a su eficacia procesal, por haber dejado transcurrir determinado tiempo sin ejercerlos o demandarlos.

Es así que, la prescripción permite al administrado la liberación de las consecuencias que acarrea las infracciones, cual es la imposición de la sanción. Esta liberación se da por efecto del transcurso del tiempo y claro está bajo las condiciones establecidas en Ley, cesando de esta manera el derecho de la Autoridad de Supervisión a imponer la sanción. Ahora bien, para que opere la prescripción debe analizarse el elemento subjetivo como es el ejercicio o inactividad del derecho por parte del administrado.

*La prescripción, por constituir un medio de liberación de una obligación por el transcurso del tiempo fijado por la ley, sirve a la seguridad jurídica en cuanto determina la estabilidad de los derechos, y su fundamento no está dado por una simple presunción de que la infracción se ha extinguido, sino que es una institución de orden público, fundada en que al Estado, al orden jurídico, le interesa que los derechos adquieran estabilidad y certeza, así el artículo 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo determina: "**(Prescripción de Infracciones y Sanciones)**.- Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...".*

Entonces, la prescripción se configura por los siguientes elementos: i) el transcurso del tiempo y ii) la inactividad del interesado, sin embargo el recurrente (SERPREC LTDA.) plantea un tercer elemento, cual es la razonable posibilidad de conocimiento del hecho dentro del plazo de la prescripción.

Los precedentes administrativos sentados por la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, establecen que en materia administrativa para efectos del cómputo de plazos, la prescripción se empieza a computar desde el "día siguiente de ***producida la infracción****..." (SG SIREFI RJ 16/2006 de 23/03/2006), y sólo reconoce la interrupción de la misma por la actividad investigativa del caso desarrollada por la Autoridad Fiscalizadora o en su caso por la presentación de denuncia del afectado. Es así que no puede concebirse diferentes momentos de inicio del cómputo del plazo o dejarse a criterios subjetivos la posibilidad de interrupción y menos aún transcurrido el plazo de dos años establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.*

En el caso de autos y habida cuenta que la infracción que habría cometido el Banco Económico S.A. se originó el 24 de septiembre de 2004 y la Empresa SERPREC formuló denuncia ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras el 20 de abril de 2009, como consta de la carta SERPREC 071/2009 cursante a fs. 1584 del expediente administrativo, es decir 4 años y 7 meses después de haberse producido la infracción no queda duda de que, visto desde la óptica objetiva, el procedimiento intentado en sede administrativa habría prescrito por la inacción de SERPREC durante el término fijado por el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y no ha existido ninguna acción que permita su interrupción.

No obstante lo anterior, habrá que pronunciarse sobre la falta de conocimiento que alega SERPREC de que el cheque 05079-9 se habría pagado indebidamente y que además existieron hechos llevados a cabo a ocultas de la empresa que no le permitieron ejercer las acciones administrativas correspondientes, fundamentación por la que alega que la prescripción no se habría operado.

Al respecto se tiene:

1. *En base a los precedentes administrativos, la prescripción en materia administrativa es objetiva, se comienza a computar a partir del día siguiente de producido el hecho, y en caso presente el hecho es fácilmente verificable por la fecha contenida en el anverso y reverso del cheque materia de la controversia y la documentación que cursa a fs.1.398 a 1.444. El conocimiento por su parte, al encontrarse en la esfera subjetiva no es considerado por cuanto no puede efectuarse una verificación del fuero interno de las personas.*

2. *La Empresa SERPREC alega que no corresponde a la instancia administrativa referirse a los poderes ni al contrato de Asociación Accidental suscrito entre dicha empresa y el Ing. Jaime Enrique Quiroga por cuanto esto debe ser dilucidado por ante autoridad jurisdiccional competente; aunque efectivamente es en la vía ordinaria civil donde se definirá si el cheque fue pagado a persona autorizada y si además se lo hizo de manera correcta o incorrecta, no debe olvidarse que es en esta vía administrativa donde deberá definirse si ha caducado el derecho del órgano regulador para*

imponer las sanciones por infracciones a las normas regulatorias y conexas, toda vez que SERPREC LTDA. alega no haberse operado la prescripción por no haber tomado conocimiento del hecho, por ello se hace imprescindible acudir a la prueba cursante en el expediente a efecto de establecer si efectivamente conocía o no del hecho motivo del presente Recurso.

3. *SERPREC LTDA. no puede alegar desconocimiento del hecho, habida cuenta que otorgó los siguientes poderes a favor de Jaime Enrique Quiroga Angulo: 245/2000 de 17 de julio de 2000; 223/2003 de 19 de mayo de 2003; 244/2003 de 6 de junio de 2003; 230/2003 de 26 de mayo de 2003; 369/2003 de 02 de septiembre de 2003; 82/2004 de 8 de marzo de 2004; 146/2004 de 15 de abril de 2004; 616/2004 de 05 de octubre de 2004; 304/2005 de 30 de marzo de 2005 (Revoca Poder 616/2004); 305/2005 de 30 de marzo de 2005 (Revoca Poder 369/2003); 379/2005 de 22 de abril de 2005; y 380/2005 de 22 de abril de 2005;. 10 poderes en total, 7 de los cuales estaban vigentes en el momento del cobro del cheque, ya que los otros 3 fueron otorgados de manera posterior al 24 de septiembre de 2004 (cuando se produjo el hecho), lo que demuestra de manera innegable que el Ing. Enrique Quiroga Angulo ya desde el año 2000 era apoderado de SERPREC LTDA. y que operó para el área financiera de esta empresa, no sólo en el contrato Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta sino también en una serie de contratos, como ser: con el Servicio de Caminos; con la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Mayor de San Simón, y con el Gobierno Municipal de La Paz en los proyectos Pasarelas de la ciudad de El Alto y Pavimento Rígido Paquete N° 3.*

   De los 10 poderes aportados al procedimiento por el Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo, se verifica que posterior al cobro del cheque, la empresa SERPREC siguió otorgando poderes a favor del Ing. Quiroga en los que meridianamente se aprecia la mutua confianza que envolvía la relación de las partes, ya que SERPREC LTDA. otorga amplias facultades al socio accidental para que, como textualmente mencionan los poderes: "(...)efectúe todo tipo de operaciones, contratos y actos bancarios, pudiendo realizar contratos de cualquier naturaleza, anticipos, descuentos, préstamos de dinero o mutuo, préstamos, ***apertura de carta de depósito a la vista y a plazo****(...) firmar todo tipo de documentos bancarios(...)* ***apersonarse ante la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba, a objeto de solicitar el pago de planillas de avance de obras por la construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta (...); Mas poder para cobrar dineros provenientes de la ejecución de esas obras, sea en efectivo o en cheque, depositar los valores o dineros en instituciones bancarias o de ahorro, efectuar depósitos a la vista o a plazo en cualquier entidad bancaria o financiera del país, suspender los depósitos(...) cobrar, aceptar, girar, endosar bajo cualquier modalidad y transferir sin restricción alguna los títulos valores de propiedad de la Sociedad, ya sea a favor de personas naturales o colectivas, INCLUSIVE A FAVOR DEL PROPIO MANDATARIO(...)"***

4. *Más aún, el Poder 146/2004 de 15 de abril es determinante por cuanto, a través de él, SERPREC otorga a Jaime Enrique Quiroga Angulo la facultad del manejo integro de las letras de cambio emitidas por la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba (se las endosa) lo que significa que en ese momento habría transferido su derecho sobre dichos títulos valores a favor de su socio accidental, situación que tiene coherencia con la Minuta de Contrato de Licitación Pública Nº 04/2003, cursante en el expediente, mediante la cual SERPREC LTDA. y Jaime Enrique Quiroga conforman la asociación accidental relacionada al Contrato de Obra suscrito entre la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba y SERPREC con financiamiento del contratista.*

   En dicho contrato de asociación accidental se observa que Jaime Enrique Quiroga ingresa en condición de financiador, al expresar textualmente: "...Cabe aclarar que el Contratista no cuenta con el flujo económico necesario para hacer frente al cumplimiento de este Contrato. En este entendido el Financiador será el responsable del manejo económico financiero del Contrato de Obra (...) 4.1. Porcentaje de Participación.- Los porcentajes de participación de las Partes en este contrato serán las siguientes: "a) ***Contratista*** *(SERPREC LTDA.) diecisiete y medio por ciento (17.5%). Dicho porcentaje se desglosa de la siguiente manera: (i) trece por ciento (13%) correspondiente al IVA (ii) tres por ciento (3%) correspondiente al IT y (iii) Uno y medio por ciento (1.5%), que se reconoce por el uso del nombre en el Contrato de Obra adjudicado. b)* ***Financiador*** *(Jaime Enrique Quiroga) Ochenta y dos y medio por ciento (82.5%). Las Partes compartirán en las proporciones precedentemente señaladas (1.5% y 82.5%) todos los derechos y las obligaciones que surjan del Contrato de Obra, utilidades o pérdidas, costos y gastos (...).*

5. *Se aprecia también en el Contrato de Asociación Accidental, cláusula QUINTA.- CONDICIONES ESPECÍFICAS lo siguiente: "(...) Las Condiciones para la administración y ejecución del Contrato de Obra son las siguientes: 5.1. El Contratista (SERPREC) (...) Por tratarse de un Contrato con financiamiento total el Contratista* ***emitirá factura fiscal correspondiente a favor de la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba CONSIGNANDO LA FECHA Y MONTO*** *que han sido definidos en el Plan de pagos (parciales) para el financiamiento (...). Esto deja entrever que el manejo y emisión de las facturas nunca estuvo a cargo del socio accidental (Jaime Enrique Quiroga Angulo) sino de SERPREC LTDA. (persona jurídica), por lo que no puede alegar desconocimiento del cheque toda vez que en fecha 24 de septiembre de 2004 emitió la factura 000196 a favor de la H. Municipalidad de Cochabamba por concepto de pago de Letras de Cambio Nº 61728, 61729, 61730, 61731, 61732 y 61733 por un monto de Bs. 7.478.092.24, todo esto respaldado de manera consistente con el Anexo 7 (Letras de cambio pendientes de facturación) del informe económico especial emitido por Acevedo Deloitte por el período comprendido entre el 10 de octubre de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, aportado por la propia Empresa SERPREC LTDA. al procedimiento arbitral formalizado el año 2005, donde claramente se establece que entre las letras de cambio pendientes de facturación sólo se encuentran los números 61721 al 61727, saltando exactamente los números facturados a la H.A.M. de Cochabamba por el cheque 05079-9 para continuar con los números 61747 hasta el 61757. Asimismo en el anexo 4 del mencionado informe económico especial, también se observa el registro del*

pago de las letras por parte de la Alcaldía que hacen a la emisión del cheque en controversia.

Como se mencionó en párrafos anteriores, la prescripción se comienza a computar a partir del día siguiente de producido el hecho, sin embargo, si se tomara el argumento del recurrente como válido, respecto a la falta de conocimiento, se llega a la conclusión conforme se analizó y demostró que SERPREC LTDA. si conocía del hecho.

Por lo anteriormente expuesto, y en base a criterios de razonabilidad y estricto apego a la normativa, se determina que las infracciones han prescrito en lo referente a los puntos 1, 2, 3 y 5 en aplicación de lo establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Sin embargo, corresponde precisar, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de la resolución del Recurso de Revocatoria, no puede establecer la "Revocatoria Parcial", cual determina en su punto 1 de la parte Resolutiva de la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, toda vez que no debe olvidarse que dicha figura corresponde ser aplicada en aquellos casos en los que se deja sin efecto parte de la Resolución recurrida (Art. 43 Parágrafo I b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo), situación que no ocurre en el caso de autos, toda vez que bajo un criterio sin mayor sustento en la Resolución impugnada (Resolución Administrativa ASFI Nº 74/2009 de 30 de julio de 2009,) no consideró sanción o desestimación para los cargos 1, 2 y 3 al establecer en la parte considerativa que: "...la determinación de la sanción podrá ser establecida cuando la autoridad jurisdiccional determine la responsabilidad, el daño y el perjuicio ocasionado en el pago del cheque Nº 05079-9 en cumplimiento a lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras'.

Si bien dicha situación, se aleja de todo procedimiento administrativo, y debía ser corregida en sujeción normativa por la propia Autoridad Supervisora, sin embargo siguió el camino de la Revocatoria parcial, mismo que no corresponde, ya que no puede dejarse sin efecto algo que no ha sido resuelto. Por lo que, regularizando y ajustando al procedimiento debe enmendarse dicha situación.
Por otro lado, al haberse determinado la prescripción, conforme a los argumentos precedentes, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no ingresa al argumento presentado por SERPREC LTDA. respecto a la imposición de sanción del 3% del Capital Mínimo, ya que carece de sentido su discusión.

Finalmente, corresponde precisar que la actuación del Banco Económico S.A. conforme se evidencia del expediente administrativo, no se ha ajustado a derecho, porque al margen de las circunstancias que adujo para justificarlo, como que el cheque fue pagado a un tercero que investía la calidad de apoderado de SERPREC y que el Banco al darse cuenta que había abonado en una cuenta personal revirtió los fondos de forma inmediata, no considera que por más perfecto que hubiere sido el poder que SERPREC LTDA. otorgó a Jaime Enrique Quiroga no le está permitido a ninguna entidad financiera abonar un cheque intransferible girado para abono en cuenta de una persona jurídica a

una cuenta particular o individual y, mucho menos pagar en ventanilla un título valor que quedó invalidado, en franca vulneración al mandato contenido en los artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, a los cuales el Banco debía someterse.

Este hecho denunciado por SERPREC, comprobado en la fiscalización efectuada por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y no desvirtuado por el Banco, dio lugar a que el infractor alegue desde el primer momento la prescripción como hecho exceptivo, situación que conforme se analizó, es aplicable al caso de Autos, por ello, se examinó con preferencia a los otros hechos invocados, y por lo tanto permite concluir que se hace manifiestamente superflua cualquier consideración relativa a las infracciones y la aplicación o no de sanciones administrativas.

1.2 Previsión por riesgo legal.-

Revisado el expediente administrativo, se evidencia que la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, sin mayor fundamentación (cual en derecho hubiera correspondido), resuelve ***cambiar la instrucción*** *impartida al Banco Económico S.A. mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 74/2009 de 30 de julio de 2009 de* ***provisionar*** *el monto correspondiente al pago del cheque Nº 05079-9, al resolver que el regulado constituya una* ***previsión*** *gradual del 33.33%, 66.66% hasta el 100% del importe del mencionado cheque.*

Se verifica asimismo que la instrucción no queda ahí, ya que la parte considerativa que sustenta dicha decisión determina: "Que, de acuerdo al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras ***Código 250.00 Grupo Previsiones*** *se tiene que en esta cuenta, corresponde registrar entre otras descripciones que señala el Manual el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad.* ***Bajo ese criterio normativo, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Título V, Capítulo I, Sección 3 Art. 1º relativo al régimen de previsiones especificas, establece el régimen de porcentajes para constituir previsiones específicas que van por categorías de menor a mayor riesgo, de la categoría A, que previsiona el 1% hasta la categoría H que previsiona el 100%, REGIMEN DE PREVISIONES APLICABLE AL PRESENTE TRAMITE POR REFERENCIA NORMATIVA****..."* (el resaltado de negrillas, mayúsculas y subrayado corresponden a la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si bien la previsión y la provisión tienen los mismos efectos, porque ambas afectan a la cuenta patrimonio, sin embargo su aplicación es distinta. La provisión se utiliza para hechos ya conocidos que deben ser cubiertos con seguridad a futuro, por tanto el gasto debe ser reconocido según establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en actual vigencia, por tanto dicha provisión no puede ser revertida; mientras que la previsión se aplica a hechos estimatorios futuros, a posibles contingencias que puedan representar un gasto o no en función al resultado principal con la posibilidad de reversión en caso de no ocurrencia de la contingencia.

Es así que, conforme establece la normativa establecida, la provisión no correspondía ser instruida por la ASFI, al no ser conocido el resultado, ni tener la seguridad a futuro, ajustándose la figura de previsión, al caso de autos.

Sin embargo, respecto a la previsión gradual instruida por la ASFI, y bajo los fundamentos anotados, está no corresponde pues no puede aplicarse una "previsión específica" para "riesgo de cartera" a una "previsión específica" para "riesgo legal", arguyendo "referencia normativa", cuando existe definición para el caso concreto, y más aún al corresponder a dos tipos de previsiones distintas y de aplicación específica, siendo la primera aplicada a cubrir el Riesgo de Crédito, por la probabilidad de que un deudor incumpla, en cualquier grado con el repago de sus obligaciones con la entidad de intermediación Financiera. Existiendo diferentes grados por categoría y tipo de moneda, (Reglamento de Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos – Régimen de Previsiones). El segundo tipo de previsión, referido al caso de autos se da para cubrir posibles pérdidas originadas por casos *contingentes legales.*

Debe asimismo considerarse que el Código 250.00 Grupo Previsiones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras está relacionado con varias cuentas, habiéndose observado que la disposición de previsión ordenada por la ASFI sólo hace referencia al Código 250.00 sin relacionarlo con la cuenta 257.00 (Otras Previsiones) dejando al arbitrio de la Entidad Financiera la apropiación correspondiente.

Es así que, al evidenciarse la existencia de un riesgo legal (a raíz de las controversias surgidas entre el Banco Económico S.A. y SERPREC LTDA. con relación al cheque 05079-9 y al incumplimiento de la normativa), éste riesgo debe ser cubierto, y la determinación de la previsión por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, permite el cumplimiento de dicho fin.

Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva, que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes.

Sin embargo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del uso de las atribuciones conferidas por Ley, debe asegurar que el riesgo legal sea satisfecho, pudiendo adoptar la medida preventiva de Previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado.

Por lo analizado precedentemente, corresponde anular el numeral 4 de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunciarse nuevamente sobre este punto, considerando los aspectos expuestos y dando correcta aplicación a la normativa.

1.3 Argumentos presentados por SERPREC LTDA. y no considerados por la ASFI.-

1.3.1 Auditoría Interna del Banco Económico S.A.-

*La Empresa SERPREC LTDA. alega que: "**la ASFI omitió pronunciarse sobre la solicitud de imposición de sanción efectuada al momento de la denuncia presentada a la Ex SBEF contra Felipe Aliaga y Jimena Prado por incumplimiento a la imparcialidad y objetividad de Auditoría Interna del Banco Económico".***

*Por su parte la ASFI manifiesta que: **"la falta de pronunciamiento se debe a que no habría sido inicialmente reclamado por SERPREC, sino que fue realizado en el Recurso de Revocatoria planteado en fecha 28 de agosto de 2009 y que en dicha instancia no corresponde un proceso sancionatorio".***

Efectivamente y como asevera SERPREC LTDA. el Informe Especial de Auditoria elaborado por la empresa Serviaudi S.R.L., presentado por el recurrente a la ASFI mediante nota SERPREC 071/09 en fecha 20 de abril de 2009, adjunto a la denuncia contra el Banco Económico S.A., hace referencia al Informe de Auditoría Interna del Banco Económico en la Parte II, numeral 3 inciso 3.5., cursante a fs. 37 y ss., lo que deja entrever que aunque la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no consideró el tema de manera oportuna no podría hoy imponer sanción alguna prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

Para llegar a la sanción, la Administración debe seguir un procedimiento formal, así lo enuncia el Capítulo VI, Procedimiento Sancionador de la Ley 2341 de 15 de abril de 2002, Sección Segunda, al establecer las etapas de dicho procedimiento; el que necesariamente deberá iniciarse con la notificación, a los presuntos infractores, con los cargos imputados para que estos tengan la oportunidad de presentar pruebas de descargo y/o alegaciones en el término previsto por Ley, esto, con el propósito establecido en el artículo 71 de la mencionada ley adjetiva que indica que:"Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad".

De ahí que la observancia de los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo no sólo tiendan a la protección subjetiva sino a la defensa de la norma jurídica, con el fin de mantener el imperio de la legalidad, colocando a la administración pública en la necesidad elemental de respetar, en el ejercicio de sus funciones, las garantías y derechos consagrados por la Constitución y, en particular, la de inviolabilidad de la defensa en juicio, por lo que corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero enmendar la omisión en la que incurrió.

1.3.2 Incumplimiento a normas que regulan el Sistema de Atención de Reclamos y Consultas (SARC).-

SERPREC LTDA. alega que: ***"a pesar de que el resuelve 2 dispone confirmar el numeral 1 de la parte resolutiva de la Resolución ASFI Nº 74/09 no existe argumento jurídico ni legal que sustente la determinación de desestimar el cargo referido al incumplimiento del reglamento del SARC****."*

Es cierto y evidente que la Empresa SERPREC LTDA., tanto en la denuncia presentada contra el Banco Económico S.A. como en su Recurso de Revocatoria expuso de manera detallada la relación de infracciones al Reglamento del SARC cometidas por el Banco Económico S.A.; sin embargo de la atenta lectura de la Resolución Administrativa ASFI 266/209 de 25 de septiembre de 2009, se evidencia que no existe ningún fundamento legal o técnico en la parte considerativa que sustente la parte resolutiva.

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, establece de manera insoslayable que los actos administrativos a tiempo de pronunciarse deben tener un "fundamento"(Art. 28 inciso e) y expresar de manera concreta las razones que inducen a emitir el acto, además de sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan a la causa y al derecho aplicable. En suma deben estar revestidos de una congruencia específica. Cuando se trata de recursos de acuerdo al artículo 30 de la Ley 2341, deben ser necesariamente motivados, es decir, están relacionados en la cadena de la petición-prueba-resolución, advirtiéndose que en el presente punto la ASFI actuó en forma contraria por lo que procede la anulación del resuelve 2, debiendo el ente de regulación aplicar el principio de congruencia para emitir el criterio que en ley corresponda.

Finalmente y respecto a los otros numerales de la parte Resolutiva de la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, los mismos no fueron objeto de impugnación, por lo cual deben ser confirmados en su totalidad (…)

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 786/2010 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"Primero.-*** *Instruir al* ***Banco Económico S.A.*** *previsionar el monto del cheque Nº 05079-9, en la cuenta 257 "Otras previsiones", en un 100%, por la posible contingencia resultante de la resolución judicial que resuelva la controversia, dentro del proceso ordinario civil en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., en el plazo de 7 días hábiles administrativos, debiendo remitir copias de los comprobantes contables correspondientes.*
>
> ***Segundo.-*** *Desestimar el cargo notificado mediante carta ASFI/DDC/R-14163/2009 de fecha 30 de junio de 2009, al Gerente General del Banco Económico S.A., señor Justo Yepez Kakuda por el supuesto Incumplimiento al parágrafo 2, artículo 3, sección 4, contenido en el Capítulo VIII, Título I, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, aprobada por la Resolución SB Nº 105/2004, "REGLAMENTO PARA EL*

FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO DE ATENCIÓN DE RECLAMOS Y CONSULTAS (SARC)", vigente a la fecha de las respuestas remitidas por el Banco Económico S.A., mediante cartas GR 925/08 de 23 de mayo de 2008, Certificación G.R. 080/2008 de 20 de junio de 2008, GG217/2008 de 8 de agosto de 2008 y Carta SGNO-2101/2008 de 31 de octubre de 2008, con relación a la respuesta sobre la forma en que se realizó el pago del cheque intransferible N° 05079-9 del Banco de Crédito de Bolivia S.A.

***Tercero.-** Instruir a la Dirección de Derechos del Consumidor, el análisis y evaluación de los informes ASFI/DSR I/R-79617/2010 y ASFI/DAJ/R-87436/2010 de 10 y 30 de agosto de 2010, que sustentan la presente Resolución, a efectos de establecer si corresponde el inicio de un proceso administrativo contra el Banco Económico S.A., respecto al Reglamento para el Funcionamiento del Servicio de Atención a Reclamos de Clientes (SARC), por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.*

***Cuarto.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del **Banco Económico S.A.,** debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 22 de septiembre de 2010, el Banco Económico S.A., representado legalmente por el Sr. Justo Yepez Kakuda presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, argumentando lo siguiente:

Que la previsión debió realizarse bajo los principios de verdad material y principio de proporcionalidad, que en el presente caso en cuanto al cheque N° 05079.9 SERPREC -sólo tendría una participación real y material del 17.5% y el Ing. Jaime Quiroga Angulo una participación real y material del 82% por ende la previsión debe realizarse sobre el 17.5 %, a su vez refiere que la sanción administrativa se encontraría prescrita y que a su vez existiría un proceso doble donde se hubieran opuesto las excepciones de prescripción trienal y la excepción de pago documentado del cheque efectuada en la persona de Ing. Jaime Enrique Quiroga que todos estos aspectos no fueron considerados al momento de determinarse una previsión del 100%.

Que en fecha 11 de octubre de 2010 Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA." legalmente representada por Magno Guillermo Mayori Machicao, presenta alegatos contra el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Económico S.A., argumentando lo siguiente:

El Banco no demostró a tiempo de la presentación del Recurso de Revocatoria el cumplimiento de la obligación dispuesta en la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, por lo que el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Económico S.A. debió declararse improcedente respecto a la prescripción señalada por el Banco Económico SA., se hace notar que no tiene nada que ver con la determinación de adoptar una previsión, con relación al otorgamiento de los poderes y la participación de

SERPREC LTDA., y Jaime Enrique Quiroga, el Banco Económico S.A., emite pronunciarse en cuanto a lo ya señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica N° 008/2007 que determino *"por más perfecto que hubiere sido el poder que SERPREC LTDA. otorgó a Jaime Enrique Quiroga, no le está permitido a ninguna entidad financiera abonar un cheque intransferible grado para abono de cuenta de una persona jurídica a una cuenta particular o individual y , mucho menos pagar en ventanilla un título valor que quedó invalidado en franca vulneración al mandato contenido en los artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículo 29 y 36 del Reglamento del Cheque, a los cuales el Banco debía someterse.."* el Banco manipula el principio de verdad material a su interés.

Que en fecha 13 de octubre de 2010 Bernarda de Lourdes Morales Salas apoderada del Sr. Jaime Enrique Quiroga Angulo a través de Poder N° 374/2010 de 6 septiembre de 2010 presenta alegatos contra el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Económico S.A., argumentos lo siguiente:

El Gerente General de SERPREC Ing. Mayori tenía conocimiento del cobro del cheque N° 05079-9 realizado el 24 de septiembre de 2004, que el proceso arbitral seguido por la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba entre Quiroga y SERPREC se litigó sobre ese cheque en el que se verificó como ingreso las letras de cambio (endosadas por Serprec a Quiroga, la factura N° 196 que origina la emisión del cheque 05079-9 y cuyo valor es igual al valor del cheque N° 05079-9 solicita que se considere la participación del 85% de la Asociación Accidental SERPREC-QUIIROGA, donde se originó el cheque en cuestión, que este no tiene la menor intención de pretender un doble pago o pedir previsiones sobre el importe de un cheque intransferible pagado a su persona cono representante de Serprec el año 2004, monto que a su vez hubiera ingresado a la contabilidad de dicha empresa conforme lo demuestra la factura emitida por SERPREC, el pago de impuestos y los informes de auditoría de Acevedo y Asociados

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 890/2010 DE 20 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 890/2010 de 20 de octubre de 2010 se resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, modificando el Resuelve Primero de la siguiente manera:

> ***"PRIMERO.-*** *Instruir al Banco Económico S.A. previsionar el monto del cheque N° 05079-9 por la suma de Bs 7,478,092.24, en la cuenta 257 "Otras Previsiones", de la siguiente manera;*
>
> *a) 20% del importe del cheque N° 05079-9 dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con la presente Resolución;*
>
> *b) 20% del importe del cheque, dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con la sentencia de primera instancia, si dicho fallo a ser dictado por el Juez Primero de Partido en lo Civil, del Distrito Judicial de Cochabamba, le fuera desfavorable y declarare probada la demanda interpuesta por SERPREC LTDA.*

c) 30% del importe del cheque, dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con el Auto de Vista si éste confirmara la sentencia de primera instancia.

d) 30% restante, hasta alcanzar el 100% del importe del cheque, durante el término en que se sustancie el Recurso de Nulidad o Casación por ante el Tribunal Supremo de Justicia".

***SEGUNDO.-** Instruir a la Entidad Financiera la remisión a ASFI de los comprobantes contables que acrediten el cumplimiento de la presente resolución, conforme al desarrollo del proceso."*

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los hechos y el derecho, de lo expuesto por el recurrente, de los alegatos del denunciante y el tercer interesado, se establece:

Con relación a la previsión

- ***El recurrente alega que ASFI no valoró los siguientes hechos i) la otorgación de 10 poderes a Jaime Enrique Quiroga; ii) la participación de SERPREC del 17.5% en el proyecto que originó el pago del cheque Nº 05079-9;iii) la declaratoria de prescripción del reclamo de SERPREC LTDA.; iv) la existencia de un proceso ordinario doble; y v) la imputación del Ministerio Público contra Magno Guillermo Mayori Machicao por el delito de extorsión al pretender un doble pago del cheque Nº 05079-9"***

i) Otorgación de 10 poderes y participación de los asociados en el Contrato de Asociación Accidental

Que, lo expresado por el tercero interesado, Jaime Enrique Quiroga, fue confirmado por la Autoridad Jerárquica cuando en la página 88 de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 00/2010 (sic) de 23 de febrero de 2010, determina que: "SERPREC LTDA. no puede alegar desconocimiento del hecho (pago del cheque N° 05079-9) habida cuenta que otorgó los siguientes poderes a favor de Jaime Enrique Quiroga Angulo (...) de los 10 poderes aportados al procedimiento (...) SERPREC- LTDA. otorga amplias facultades al socio accidental para que, como textualmente lo mencionan los poderes: 'efectúe todo tipo de operaciones, contratos y actos bancarios (...) apersonarse a la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba, a objeto de solicitar el pago de planillas de avance de obras por construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta (...) ***Mas poder para cobrar dineros provenientes de la ejecución de esas obras, sea en efectivo o en cheque, depositar los valores o dineros en instituciones bancarias o de ahorro, efectuar depósitos a la vista o a plazo en cualquier entidad bancaria o financiera del país, suspender los depósitos (...) cobrar, aceptar, girar, endosar bajo cualquier modalidad y transferir sin restricción alguna los títulos valores de propiedad de la***

***Sociedad, ya sea a favor de personas naturales o colectivas, INCLUSIVE A FAVOR DEL PROPIO MANDATARIO** (...)'. (Las mayúsculas, negrillas y subrayado son nuestros).*

*Que, no cabe duda que la razón por la que se acordó conformar una Asociación Accidental entre SERPREC LTDA. y Jaime Enrique Quiroga radicó esencialmente en la falta de liquidez de la Empresa Constructora SERPREC LTDA. para dar cumplimiento a la Licitación Pública de la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba N° 04/2003, hecho que se aprecia en la cláusula segunda de la Minuta de Contrato Licitación Pública N° 04/2003 de 30 de septiembre de 2003 (Contrato de Asociación Accidental), que a la letra dice: "(...) Dirá usted que mediante Resolución Administrativa de Adjudicación N° 21/2003 de 11 de septiembre de 2003, el Contratista se adjudicó la ejecución de Obras correspondiente a la Licitación Pública N° 04/2003 PROYECTO:'CONSTRUCCION DISTRIBUIDOR VEHICULAR MUYURINA Y RECOLETA' (CON FINANCIAMIENTO)(...) **Cabe aclarar que el Contratista no cuenta con el flujo económico necesario para hacer frente al cumplimiento de este Contrato. En este entendido el Financiador (Jaime Enrique Quiroga Angulo) será el responsable del manejo económico financiero del contrato de obra"** para continuar, en la Clausula Cuarta, diciendo: "(...) Los porcentajes de participación de las Partes en este contrato serán los siguientes: a) Contratista (17.5%) dicho porcentaje se desglosa de la siguiente manera: (i)13% correspondiente al IVA; (ii) 3% correspondiente al IT y (iii) 1.5% que se reconoce por el uso del nombre en el contrato de obra adjudicado. b) Financiador.- 82.5%. **Las partes compartirán en las proporciones precedentemente señaladas TODOS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SURJAN DEL CONTRATO DE OBRA. UTILIDADES O PÉRDIDAS, COSTOS Y GASTOS**"(Las mayúsculas, negrillas y subrayado son nuestros)*

*Que, por su parte el inciso 4.2. de la cláusula cuarta de la mencionada Minuta (Contrato de Asociación Accidental) determina: **"Responsabilidad.-** La responsabilidad **técnica** de la ejecución del contrato de Obra recae enteramente sobre el **contratista.** La responsabilidad **administrativa y gestión financiera** (...) es de responsabilidad del **Financiador. Cabe aclarar que el Contratista SERÁ QUIEN RECIBA LAS LETRAS DE CAMBIO DE PARTE DE LA H. ALCALDIA MUNICIPAL DE COCHABAMBA Y DEBERÁ ENTREGARSELAS AL FINANCIADOR MEDIANTE ACTA. POR TANTO ES DE ENTERA RESPONSABILIDAD DEL FINANCIADOR LA ADMINISTRACIÓN DE DICHAS LETRAS**"(Las mayúsculas, negrillas y subrayado son nuestros).*

*Que, asimismo el contrato de Asociación Accidental en el inciso 4.7), de la cláusula cuarta **estipula: "Representación Legal"** El Ing. Jaime Enrique Quiroga **queda designado como representante legal y común a las partes,** para todo lo relacionado con la administración y gestión económico financiera del Contrato de Obra suscrito con la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba, todo ello con amplias facultades que en ningún caso se consideran insuficientes estipuladas en el Testimonio Poder N° 369/2003 de 2 de agosto de 2003 (...). Esta representación legal regirá durante el proceso de ejecución y cumplimiento del contrato de obra".*

Que, finalmente la cláusula quinta del mencionado contrato que determina las condiciones para la administración y ejecución del Contrato de Obra, determina en el

inciso 5.2.: "El Financiador.- i) Es de entera responsabilidad del Financiador otorgar las garantías necesarias para la suscripción, ejecución y administración del Contrato de Obra; ii) Además ***es responsable de la gestión económico financiera del contrato en su totalidad;*** *iii) Mantendrá un oportuno y adecuado control sobre el flujo de caja de modo tal que la Obra no se perjudique o afecte su liquidez asegurando la dotación de recursos económicos o diferimiento de pagos para la compra de materiales y pagos por mano de obra, alquiler de equipos y servicios prestados por terceros; iv)* ***será responsable de la oportuna acción y coordinación con los bancos e instituciones financieras para el cobro*** *o* ***titularización de las letras de cambio que avalan el pago*** *según el contrato de Obra suscrito con la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba".*

Que, no obstante que SERPREC alegó haber presentado la denuncia contra el Banco Económico, después de cuatro (4) años y siete (7) meses de producido el pago del cheque, por haber existido hechos que se llevaron a cabo a ocultas de la empresa que no le permitieron tener conocimiento del cheque y su destino ni ejercer las acciones administrativas correspondientes, tal aseveración se desvirtúa por la carta Cite. SERPREC/281/04 de 27 de septiembre de 2004, suscrita por Magno Guillermo Mayori, en su condición de Gerente General de la Empresa Constructora SERPREC LTDA., (cursante a fojas. 96 del expediente administrativo) mediante la cual remite a la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba, a la atención del Lic. Nelson Romero, la Factura Original N° 000196, por Bs7,478,092.24 correspondiente al pago de las Letras de Cambio N° 61728, 61229(sic), 61730, 61731, 61732 y 61733.

Que, de igual manera este hecho se encuentra corroborado por lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPA/PSF//URJ-SIREFI 00/2010 (sic) de 23 de febrero de 2010, al decir."(...) todo esto respaldado de manera consistente con el Anexo 7 (Letras de cambio pendientes de facturación) del informe económico especial emitido por Acevedo Deloite por el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, aportado por la propia empresa SERPREC LTDA. al procedimiento arbitral formalizado el año - 2005, donde claramente se establece que entre las letras de cambio pendientes de facturación sólo se encuentran los números 61721 al 61727, saltando exactamente los números facturados por la H.A.M. de Cochabamba por el cheque 05079-9 para continuar con los números 61747 hasta el 61757".

Que, lo transcrito constituye la verdad material de los hechos y de ello se puede entrever que Jaime Enrique Quiroga Angulo no sólo era el financiador de la obra, sino que además era el representante legal y común a las partes para todo lo relacionado con la gestión económica financiera, por ello es que desde la firma del contrato de asociación accidental, Magno Guillermo Mayori le endoso las 40 letras de cambio por un valor de Bs35,233,609.27 que si bien estaban inscritas como deuda en el Ministerio de Finanzas, sólo podían ser descontadas en la medida que estuvieran visadas por dicho Ministerio y en función a la inversión ejecutada debidamente verificada por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba.

Que, lo anterior demuestra de manera fehaciente que Jaime Enrique Quiroga Angulo estaba legitimado mediante el contrato de Asociación Accidental y a través de los

diferentes poderes otorgados por SERPREC LTDA. para disponer libremente de las Letras de Cambio a objeto de obtener la liquidez necesaria para la ejecución de la obra.

Que, no obstante lo anotado, cabe destacar que el cheque N° 05079-9 girado a nombre de SERPREC LTDA. al ser de cuenta fiscal era intransferible y no podía ser cobrado de otra forma más que la establecida por el artículo 36 del Reglamento del Cheque, que determina: "el cheque de cuenta corriente fiscal es aquel girado por entidades del sector publico contra las cuentas corrientes fiscales que éstas mantienen en los bancos corresponsales. Será nominativo y llevará la inscripción preimpresa de 'cheque de cuenta corriente fiscal -intransferible'. Estos cheques podrán ser endosados para abono en la cuenta del beneficiario abierta en cualquier entidad financiera, y ser procesados a través de las CEC. El cheque de cuenta corriente fiscal tendrá caracteres magnéticos para su procesamiento electrónico que permitan su diferenciación en las CEC, además de otras características que los difieren de otro tipo de cheques". En este sentido, el Banco Económico S.A. incurrió en error operativo al aceptar que dicho cheque sea abonado en la caja de ahorros N°3054-091223 aperturada para el efecto a nombre de Jaime Enrique Quiroga Angulo, operación que fue revertida por la imposibilidad de efectuar el pago en la cuenta señalada, para luego efectivizarse a través de Cámara de Compensación.

Que, es precisamente esta situación que dio lugar a que el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF//URJ-SIREFI 00/2010 (sic) de 23 de febrero de 2010, se pronuncie en sentido que: '"...por más perfecto que hubiere sido el poder que SERPREC LTDA. otorgó a Jaime Enrique Quiroga, no le está permitido a ninguna entidad financiera abonar un cheque intransferible girado para abono en cuenta de una persona jurídica a una cuenta particular o individual y, mucho menos pagar en ventanilla un título valor que quedó invalidado en franca vulneración al mandato contenido en los artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, a los cuales el Banco debió someterse...'.

ii) ***La prescripción del reclamo***

Que, sin desconocer que la entidad bancaria pagó de manera irregular el cheque N° 05079-9, ASFI, en mérito a lo invocado por el Banco Económico S.A. declaró prescritas las infracciones originadas el 24 de septiembre de 2004, toda vez que la denuncia de SERPREC LTDA. fue presentada el 20 de abril del 2009, es decir 4 años y 7 meses después de haberse producido el hecho generador de la infracción, tiempo que sobrepasa abundantemente los dos años previstos por el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.

Que, dicha declaratoria de prescripción fue plenamente confirmada por la Autoridad Jerárquica Superior a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, que al no haber merecido ningún recurso posterior ha quedado firme, subsistente e inmodificable en sede administrativa.

iii) Existencia de un proceso doble

Que, cursa en el expediente administrativo antecedentes del proceso ordinario radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba incoado, de una parte, por SERPREC LTDA. por pago irregular de cheque y resarcimiento de daños y perjuicios; y de otra, reconvenido por el Banco Económico S.A. igualmente por daños y perjuicios.

Que de la revisión de los últimos actuados procesales presentados por SERPREC LTDA el 2 de agosto de 2010, se advierte que dicho proceso reconvenido (al presente) se encuentra en etapa de prueba a cuya clausura recién corresponderá se pasen obrados a despacho a efecto de que la Autoridad Jurisdiccional se pronuncie respecto a la pretensión de las partes y determine si el cheque fue pagado a persona legitimada, si ha existido algún daño que genere responsabilidad para el Banco, o en su caso declare probada la excepción de prescripción trienal y/o la excepción de pago documentado del cheque.

iv) Respecto a la Imputación del Ministerio Público a Magno Guillermo Mayori Machicao

Que, sobre el particular no corresponde a ASFI emitir ningún criterio, por cuanto es un asunto inatinente al proceso y ajeno a su competencia.

- ***Alega también el recurrente que, ASFI debió tomar en cuenta que la previsión es un importe estimado en la que SERPREC tiene sólo una participación del 17.5% y que la perdida máxima estimada que podría sufrir el Banco, en el peor de los casos no podría superar el 17.5 %***

Que respecto de los derechos litigiosos, la doctrina enseña que una obligación litigiosa corresponde a aquella que no ha sido determinada en cuanto a su existencia y exigibilidad, razón por la cual puede afectar, eventualmente, el patrimonio de la sociedad. Contablemente la previsión (o reserva) a que se refieren las normas aludidas, se hace cuando la obligación es contingente (aún no es un derecho cierto, existe la posibilidad de que pueda serlo) por cuanto de ser exigible, desaparece la previsión y nace un pasivo real."

Que para Henri Fayol la previsión es "Calcular el porvenir y prepararlo" de lo que puede Inferirse que previsión es prever, ver anticipadamente las contingencias que puedan presentarse y estar preparados.

Que, la subcuenta Código 257 de la cuenta Pasivos 250.00 del Manual de Cuentas para Bancos, textualmente menciona: "En esta cuenta se registra el importe ***"ESTIMADO"*** *para cubrir el riesgo de posibles pérdidas (...) tales como juicios (...)"(El subrayado, mayúsculas y resaltado son nuestros).*

Que según el Diccionario de Contabilidad y Finanzas (José Manuel Fernández Nuñez "Valoración de Intangibles") valor estimado: "Es un valor subjetivo, apreciativo expresado numéricamente."

Que de acuerdo al Consejo Técnico Nacional de Auditoría y Contabilidad, los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (PCGA) se constituyen en reglas generales y normas que sirven de guía para la formulación de criterios referidos a la medición del patrimonio y la información de los elementos patrimoniales y económicos de una entidad.

Que, entre los 14 principios del PCGA se encuentra el principio de prudencia, que se funda en la máxima que indica: "Contabilizar todas las pérdidas ***cuando se conocen*** *y las ganancias solamente cuando se hayan percibido".*

Que, para el caso en examen es aplicable la definición, de la subcuenta Código 257, de la Cuenta Pasivos 250.00 del Manual de Cuentas para Bancos que determina de manera irrefutable el registro del valor estimado de la contingencia.

Que, para estimar el valor de la previsión debe necesariamente considerarse el valor literal del cheque y no solo el 17.5% de la participación de SERPREC LTDA. en la Asociación Accidental (como pretende el Banco Económico S.A.) porque, como bien lo expresa el artículo 491 del Código de Comercio: "Título Valor (entre los que se encuentra el cheque) es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo consignado en mismo", lo que significa que consigna una orden de pago a favor del beneficiario del cheque (en este caso SERPREC LTDA.) ***por un monto determinado que debe ser pagado en su totalidad y no puede ser dividido en porcentajes.***

Que, sin embargo debe considerarse que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras no define de manera específica la constitución del 100% de la previsión en un sólo momento para este tipo de contingencias, dejando más bien cierta discrecionalidad al Regulador para imponerla siempre y cuando esté debidamente fundamentada.

Que, en este sentido se ha considerado que la previsión que debe efectuar el Banco Económico S.A. debe ser gradual por las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1. El recurrente ha demostrado que el cheque N°05079-9 es producto de la recompra que realizó la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba de 6 de las 40 letras de cambio endosadas por SERPREC LTDA. a favor de Jaime Enrique Quiroga Angulo; que el monto resultante del mismo ingreso a la contabilidad de SERPREC Ltda.; que el Contrato de Asociación Accidental establece una participación del 82.5% para Jaime Enrique Quiroga y 17.5% para SERPREC LTDA. de los derechos y obligaciones que surjan del contrato de obra y que Jaime Enrique Quiroga Angulo ha declarado expresamente no tener intención de pretender un doble pago sobre el importe del cheque intransferible cobrado por su persona como apoderado de SERPREC Ltda. el año 2004.

2. ASFI como Órgano Técnico por excelencia debe ser consecuente con sus actos propios (no le está permitido a quien prefiere una definición sobre un caso concreto modificar la posición jurídica inicial, en otro de idénticas características), toda vez que

mediante Resolución ASFI Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, instruyó una previsión gradual sujeta al resultado del proceso ordinario en sus diferentes instancias, no pudiendo alegarse que la nulidad determinada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 00/2010 (sic) *de 23 de febrero de 2010 se haya producido por la emisión de dicha instrucción, sino por el hecho de que (como la propia Resolutivo (sic) Ministerial Jerárquica lo estableció en el cuarto párrafo de la página 92)"(...) no puede aplicarse una 'previsión específica para riesgo de cartera' a una 'previsión específica para riesgo legal' arguyendo 'referencia normativa cuando existe definición para el caso concreto (...)'.*

3. Que el principio de "non reformatio in peius", es una garantía del debido proceso e implica que la consecuencia jurídica de un recurrente no puede ser modificada empeorando su situación inicial (Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009). Eduardo Couture ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil"), Ed. Dapalma, ed. 13, Buenos Aires, págs. 367 y 368 al respecto dice: "La reforma en perjuicio peyorativa (reformatio in peius) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos que no ha mediado recurso del adversario (...)"; es decir que en (sic)presente caso, ASFI mediante la Resolución ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, ahora impugnada, al disponer en el Resuelve Primero una previsión del 100% (en un solo momento) habría inobservado el principio de "non reformatio in peius".

Con relación a la errónea aplicación de las normas internacionales de contabilidad 37 (NIC 37) alegadas por el recurrente se tiene:

Que, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, respecto a las Normas Contables aplicables menciona que: "Los estados financieros se prepararán de acuerdo con las disposiciones establecidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (Actualmente Autoridad de Supervisión). En caso de existir situaciones no previstas por dichas disposiciones, se aplicaran (sic) los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidas por el Colegio de Auditores y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, optando por la alternativa más conservadora".

Que, de acuerdo a lo establecido por el numeral 14, artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488, es atribución de la Superintendencia (ahora ASFI): "Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control".

Que, en este entendido el informe técnico ASFI/DSR I/R-104151/2010 de 11 de octubre de 2010, se ha pronunciado en sentido de que existiendo una disposición concreta en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras sobre la previsión para contingentes judiciales, las normas internacionales de contabilidad (NIC37), que se utilizan de manera supletoria, no son de aplicación al caso en concreto.

Que, sin embargo, de acuerdo al artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, es atribución de ASFI instruir ajustes y regularizaciones contables a

las entidades de intermediación financiera, para lo cual el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, en el capítulo 250.00 Previsiones (subcuenta 257.01), dispone que se registre el importe estimado para cubrir "el riesgo de posibles pérdidas, por juicios contra la entidad", siendo facultad del Órgano Regulador determinar el monto y oportunidad para la constitución de dichas previsiones, conforme lo estipulado en el artículo ya citado.

•El recurrente también alega que, ASFI no ha tenido en cuenta la confesión provocada del Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo ni tampoco consideró el Auto de 13 de febrero de 2009 del Juez Primero de Partido en lo Civil Comercial de la ciudad de Cochabamba.

Que, al respecto ASFI no puede emitir pronunciamiento alguno de documentos que no conoce, toda vez que de la revisión del expediente administrativo se evidencia que los mismos no han sido incorporados al presente procedimiento administrativo.

• Respecto a la nulidad de obrados solicitada por el Banco Económico S.A. en el Otrosí 1 del Recurso de Revocatoria

Que, en lo concerniente a la nulidad de obrados solicitada por el Banco Económico S.A., ASFI mediante Auto de 22 de septiembre de 2010 se pronunció, de manera por demás fundamentada por su rechazo al no encontrarse el pedido enmarcado en lo señalado por el artículo 35, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, por lo que al existir pronunciamiento concreto que no fue objeto de impugnación oportuna, no corresponde abundar sobre el tema.

•Con respecto a lo argüido por SERPREC LTDA. de que desconocen las medidas que ASFI ha tornado respecto a la emisión de bonos efectuada por el Banco Económico S.A. sin informar a los inversionistas sobre sus contingencias legales

Que, sobre el tema es necesario remitirse al contenido de la carta ASFI/DAJ/R-107060 de 15 de octubre de 2010 dirigida a Magno Guillermo Mayori Machicao, Gerente General de SERPREC LTDA. que da cuenta del extremo argüido.

CONSIDERANDO:

Que, habiéndose tornado en cuenta la verdad material de los hechos; el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A.; los alegatos presentados por la Empresa SERPREC LTDA; la solicitud de Jaime Enrique Quiroga Angulo de que se tenga presente que no existe de su parte intención de pretender un doble pago o pedir previsiones sobre el importe del cheque intransferible pagado a su persona y cuyo monto fue ingresado a la contabilidad de la Empresa SERPREC; el principio de prudencia y la recomendación del Superior Jerárquico de que sea ASFI quien, en ejercicio de las atribuciones conferidas por Ley, determine la medida preventiva que el Banco Económico S.A. deba adoptar para cubrir la contingencia por riesgo legal en estricta aplicación a la normativa vigente.

Que, en este sentido se dispone que el Banco Económico SA., constituya una previsión gradual del cien por ciento (100%) del cheque N° 05079-9 por la suma de Bs7,478,092.24, cumpliendo con las atribuciones de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanentemente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones (reflejados en sus Estados Financieros con información Integra, veráz (sic) *y transparente).*

CONSIDERANDO:

Que, el presente recurso ha sido tramitado de acuerdo a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; Código de Comercio y toda la normativa conexa.

Que, durante todo el procedimiento recursivo se ha garantizado al recurrente, al denunciante y al tercero interesado, todas las condiciones para que ejerzan plena defensa de sus derechos, observando en todo momento los preceptos y principios establecidos en la Constitución Política del Estado, en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 y en el Decreto Supremo N° 27175(...)"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 10 de noviembre de 2010, **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA.**" interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 890/2010 de 20 de octubre de 2010, argumentado lo siguiente:

"I.- ANTECEDENTES

En fecha 27 de octubre de 2010 se entregó al Dr. José Díaz copia legalizada de la Resolución ASFI N° 890/2010 de fecha 20 de octubre de 2010 en evidente incumplimiento del parágrafo III del Artículo 33 de la Ley N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002 y los parágrafos II y III inc. e) del Artículo 25 del D.S. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, toda vez que mediante nuestro memorial de fecha 11 de octubre de 2010, se señaló de manera expresa como domicilio Av. Papa Paulo N° 1166 en la ciudad de Cochabamba.

Respecto a la citada Resolución ASFI N° 890/2010 de fecha 20 de octubre de 2010 que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A. contra la Resolución ASFI N° 786/2010 de fecha 3 de septiembre de 2010, observamos que ésta resuelve lo siguiente:

***"PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de fecha 3 de septiembre de 2010, modificando el Resuelve Primero de la siguiente manera:*

"PRIMERO.- *Instruir al Banco Económico S.A. previsionar el monto del cheque N° 05079-9 por la suma de BS 7.478.092.24, en la cuenta 257 "Otras Previsiones". de la siguiente manera:*

a) 20% del importe del cheque N° 05079-9 dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con la presente Resolución;
b) 20% del importe del cheque dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con la sentencia de primera Instancia, si dicho fallo a ser dictado por el Juez Primero de Partido en lo Civil, del Distrito Judicial de Cochabamba, le fuera desfavorable y declarare probada la demanda interpuesta por SERPREC LTDA.
c) 30% del importe del cheque dentro los 7 días hábiles administrativos siguientes a su legal notificación con el Auto de Vista si este confirmara la sentencia de primera instancia.
d) 30% restante, hasta alcanzar el 100% del importe del cheque durante el término en que se sustancie el Recurso de Nulidad o Casación por ante el Tribunal Supremo de Justicia".

SEGUNDO.- *Instruir a la Entidad Financiera la remisión a ASFI de los comprobantes contables que acrediten el cumplimiento de la presente resolución, conforme al desarrollo del proceso.".*

Resulta por demás inaudita semejante resolución que ha sido emitida en contraposición a lo dispuesto por el Ministro de Economía y Finanzas Publicas, siendo además evidente que la misma proviene de la parcialización de la ASFI con el Banco Económico S.A. corroborada inclusive con apreciaciones que hace la ASFI incurriendo en temas que están fuera de su competencia sobre los que hace afirmaciones categóricas de hechos y actos que no sucedieron y que además ni siquiera fueron planteados por el recurrente y menos aún forman parte de los antecedentes del proceso administrativo.

En tal sentido expondremos de manera clara y precisa con pruebas suficientes todas las irregularidades de la citada Resolución que vulneran los derechos e intereses legítimos de la Empresa Constructora SERPREC Ltda.

1.1 *La ASFI en la página 2 de su Resolución ASFI N° 890/2010 señala:*

"Que, el Banco Económico S.A., mediante carta Cite: UGR-146/2010 de 17 de septiembre de 2010 (en el tiempo hábil y oportuno de 7 días dispuestos desde su legal notificación) remitió el comprobante diario y copia notariada de la parte pertinente de la sesión de Directorio de fecha 9 de septiembre de 2010, documentos que dan cuenta del cumplimiento de las obligaciones dispuestas por ASFI en los resuelve primero y cuarto de la Resolución ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010."
Al respecto resulta totalmente contradictorio e incongruente que se lleve a cabo una sesión de Directorio en fecha 9 de septiembre cuando la Resolución fue notificada recién en fecha 10 de septiembre (habiendo supuestamente presentado el Banco 7

días después de su legal notificación), ante semejante hecho la ASFI se pronuncia indicando que el Banco Económico S.A. habría presentado oportunamente los documentos requeridos en la Resolución ASFI N° 786/2010, sin embargo tal afirmación es incongruente con la realidad, puesto que el Banco no pudo haber realizado una sesión de Directorio para tomar conocimiento de una Resolución notificada en fecha posterior. Este hecho es desde todo punto de vista irregular y constituye prueba suficiente de actos contrarios a la ley que corresponderá a las instancias correspondientes investigar, sin embargo para los efectos de la procedencia del presente Recurso este extremo debe ser tomado en cuenta para la declaración de su improcedencia.

Asimismo, la ASFI, al parecer en forma premeditada, se olvida que la Resolución ASFI N° 786/2010 de fecha 3 de septiembre de 2010 en su resuelve Cuarto dispone lo siguiente:

"En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del ***Banco Económico S.A.,*** *debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de levado a cabo dicho acto." (el subrayado es nuestro)*

Como puede observarse, la citada Resolución establece un plazo de 72 horas después de llevada la sesión de Directorio para remitir a la ASFI copia del acta de Directorio, no obstante de ello, el Banco Económico S.A. remitió la copia legalizada del Acta de la sesión de Directorio de fecha 9 de septiembre recién mediante una nota de fecha 17 de septiembre, es decir mucho después de lo dispuesto por el resuelve Cuarto de la Resolución ASFI N° 786/2010, siendo con ello evidente que el Banco Económico S.A. no cumplió con lo dispuesto por dicha Resolución y por consiguiente no cumplió con lo que establece el Artículo 59° parágrafo I de la Ley N° 2341, así como los artículos 23, 40 y especialmente el Artículo 47 parágrafo I del D.S.27175 de 15 de septiembre de 2003, que establece que el Recurso de Revocatoria procede contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del mismo cuerpo normativo.*

En virtud de lo señalado queda por demás demostrado que el Banco Económico S.A. no cumplió las obligaciones dispuestas por la Resolución ASFI N° 786/2010 que fue recurrida, generando con tal omisión la improcedencia de su Recurso, la misma que debió haber sido dispuesta por la ASFI en plena sujeción a las disposiciones señaladas y al inciso d) del Artículo 43 del D.S.27175 de 15 de septiembre de 2003.

1.2 *La ASFI hace mención de los supuestos argumentos del recurso presentado por el Banco Económico S.A., los mismos que hacen aseveraciones que no son reales como por ejemplo que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010*

haya "determinado" ciertos hechos materiales como la otorgación de 10 poderes a Jaime Enrique Quiroga y la participación de SERPREC del 17,5% en el proyecto donde se origino (sic) *el pago del cheque N° 05079-9, cuando no fue así, sino que simplemente la citada Resolución Ministerial hizo mención de estos aspectos señalados en el Recurso Jerárquico del Banco Económico S.A. pero nunca determino* (sic) *tales extremos puesto que además no tiene competencia para ello. Así también, existen otros argumentos de dicho Banco en torno a la previsión, en los que hace referencia a principios de verdad material y proporcionalidad y a la prescripción de la infracción, pretendiendo confundir al ente regulador con afirmaciones falsas e inconsistentes, pues tales argumentos fueron total y categóricamente desvirtuados mediante nuestro memorial de fecha 11 de octubre de 2010, sin embargo la ASFI, si bien menciona gran parte de ellos no los toma para nada en cuenta al momento del sustento de la parte resolutiva y tampoco los desvirtúa sino que incorpora únicamente los argumentos del Banco Económico S.A., que ya fueron desvirtuados en la Resolución Ministerial Jerárquico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010, y por ello la ASFI resuelve el recurso en evidente incumplimiento a dicha Resolución Ministerial al disponer una previsión gradual sin sustento jurídico ni legal alguno.*

1.3 *Por otro lado corresponde señalar que la ASFI no respondió a las siguientes peticiones hechas en nuestro memorial de fecha 11 de octubre de 2010 y menos aún hizo referencia alguna a las mismas en la Resolución ASFI N° 890/2010:*

a) Que la ASFI remita copia de las actas de Directorio que el Banco Económico debió remitir oportunamente, donde se puso a conocimiento las Resoluciones ASFI N° 74/2009, ASFI N° 266/2009 y ASFI N°786/2010. En caso que el Banco no haya remitido esta documentación, solicitamos a esa autoridad verifique in situ el cumplimiento de estas instrucciones.

b) El Banco en su pretendido Recurso de Revocatoria manifestó su duda respecto a la personería de SERPREC Ltda. solicitando que la empresa entregue a la ASFI la Matrícula de Comercio Actualizada, lo cual si bien no ha se nos ha sido (sic) requerida por la ASFI, está siendo atendido por la empresa SERPREC a través del presente memorial. Sin embargo, nuestra empresa requiere que se acredite la personería de los actuales representantes legales del Banco Económico S.A. debido a que es de conocimiento público que uno de sus principales accionistas y anterior Presidente del Directorio Branko Marinkovic, a la fecha se encuentra fuera del país, y que de manera sorprendente sus acciones y las de su grupo económico han sido transferidas a favor de terceros, por esta razón, solicitamos que la ASFI nos proporcione copia legalizada de la documentación que cursa en esa entidad respecto a la transferencia de estas acciones según lo establece el Artículo 24 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

c) Que la ASFI informe el código de calificación otorgado por el Banco Económico S.A. al Sr. Percy Mier Rivas en su desvinculación con esa entidad financiera, siendo este ex funcionario el Responsable de la Sucursal de Cochabamba donde se efectuó el mal pago del cheque y que además formo parte del proceso de pago según el Informe de Auditoría Interna AIN - 083 del Banco Económico S.A.

1.4 *Por otra parte, en lo concerniente a los alegatos de Jaime Enrique Quiroga, se observa que éste a través de su apoderada hace aseveraciones que no condicen con la verdad y menos aún tienen incidencia alguna en el mal pago del cheque y en la responsabilidad del Banco y además manifiesta que no tiene intenciones de un doble pago o pedir previsiones. Señaló que:*

"Consta en obrados, que en el proceso arbitral seguido en la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba entre mi persona y SERPREC, representado por el Ing. Mayori, ***se litigó sobre este cheque..."*** *"...proceso que culminó con el Laudo Arbitral N" 001/06 de 12 de enero de 2006, el que en su página 32 muestra el Estado de Resultados en el que se verifica como ingreso las letras de cambio* ***(endosadas por SERPREC a mi persona)****..." (el resaltado es nuestro)*

Rechazamos categóricamente tales afirmaciones toda vez que el proceso arbitral se realizó por controversias por la revocatoria de los Poderes 369/2003 y 616/04 otorgados por Guillermo Mayori a favor de Jaime Enrique Quiroga, y ***de ninguna manera se litigó sobre el cheque que fue mal pagado por el Banco Económico S.A.*** *Así también es falso que SERPREC haya endosado las letras a Jaime Enrique Quiroga como se demuestra en las fotocopias legalizadas de las letras de cambio donde podrá verificarse que ninguno de estos títulos valores consignan la firma de endoso en propiedad a favor de Jaime Enrique Quiroga.*

Asimismo Quiroga señala:

"Mi persona, por cuenta de la empresa SERPREC en mérito a los poderes notariales que me fueron otorgados por el Gerente General Ing. Mayori, suscribió con el Municipio de Cochabamba, el Acta de Conciliación y Pago de Deuda en fecha 23 de septiembre de 2004, un día antes del cobro del cheque N° 05079-9, en la que consta que se procedió con el descuento de seis (6) Letras de Cambio signadas con los números 61728, 61729, 61730, 61731, 61732, y 61733 ***las que fueron endosadas a mi favor*** *por un valor descontado de $us934,761.53 equivalentes a Bs7,478.052.24 que es el monto del cheque que emitió la Alcaldía y que me entregó en calidad de apoderado de SERPREC."*

Esta es otra afirmación de Quiroga que rechazamos por ser falsa, puesto que las letras de cambio solo cuentan con el endoso de SERPREC para su pago a SERPREC, por eso es que los formularios de pago emitidos por la HAM de Cbba., cuyas fotocopias legalizadas obtenidas a través de orden judicial y que se adjuntan al presente, demuestran que la HAM de Cochabamba instruye el pago a favor de SERPREC Ltda. y no así de Jaime Enrique Quiroga, por consiguiente tales letras nunca fueron endosadas a Quiroga, es así que las letras de cambio no tienen el endoso o firma de esta persona, puesto que las mismas fueron endosadas por Guillermo Mayori en su condición de Gerente General de SERPREC Ltda., teniendo como único beneficiario la empresa SERPREC Ltda., en este sentido de la documentación que se adjunta podrá constatarse lo señalado que desvirtúa categóricamente las falsas afirmaciones de la ASFI.

También Quiroga indico lo siguiente:

"El 24 de septiembre de 2004 se emitió la factura N" 196 (sic) a favor de la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba por Bs 7.478.092,24 y el mismo día en mi calidad de apoderado de SERPREC ***en merito a los instrumentos de poder notarial Nos. 369/2003 y 146/2004 que cursan en el expediente y, además, las facultades suficientes e incursas en el contrato de Asociación Accidental de 30 de septiembre de 2003 cobré en oficinas del Banco Económico - Sucursal Cochabamba, el cheque N° 05079-9 girado por la Municipalidad de Cochabamba contra el Banco de Crédito porBs7,478,092.20****."(El resaltado es nuestro)*

Con esta afirmación, Quiroga pretende sustentar el cobro del cheque en los poderes que menciona y en el Contrato de Asociación Accidental, resultando su argumento totalmente absurdo porque no puede justificarse un cobro de un cheque intransferible en la persona del portador, siendo que fue girado a la orden de SERPREC Ltda. una persona jurídica, beneficiaria del cheque y distinta de la persona que lo cobro, Jaime Enrique Quiroga, pues como lo dice de manera categórica y acertada la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 008/2010: ***"...por más perfecto que hubiere sido el poder que SERPREC LTDA. otorgó a Jaime Enrique Quiroga no le está permitido a ninguna entidad financiera abonar un cheque intransferible girado para abono en cuenta de una persona jurídica a una cuenta particular o individual y, mucho menos pagar en ventanilla un título valor que quedó invalidado, en franca vulneración al mandato contenido en los artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, a los cuales el Banco debía someterse.****"*

En este sentido no corresponde hacer mayores explicaciones puesto que tanto las Resoluciones emitidas por la ASFI como la citada Resolución Ministerial establecieron de manera clara y categórica que el Banco pagó el cheque intransferible N° 05079-9 infringiendo los Artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, por lo que es por demás evidente la responsabilidad del Banco Económico S.A. en plena sujeción a lo dispuesto por el Artículo 628 del Código de Comercio.

Finalmente se tiene el siguiente extremo señalado por Quiroga según la Resolución ASFI N° 890/2010:

"El 20 de abril, transcurridos aproximadamente cuatro (4) años desde que mi persona como apoderado de SERPREC cobro el aludido cheque, el Ing. Mayori en representación de SERPREC sentó denuncia ante la ASFI por supuestas Irregularidades en el cobro del citado cheque, por qué?, ***por mala fe ya que el Ing. Mayori conoció mis actuaciones como apoderado de SERPREC desde antes del año 2004, toda vez que el mismo me confirió los poderes y por supuesto conoció de la cobranza del cheque N° 05079-9,*** *porque después de cobrar el cheque y que mi persona aperturó 3 Depósitos a Plazo fijo en el Banco Económico S.A. por la suma de $us350.000.00 me volvió a otorgar otro poder N° 616/2004 (sic)de 5 de octubre de 2004* ***para obtener un préstamo con la garantía de dichos DPF's,*** *que se originaron precisamente en el cobro*

*del cheque N° 05079-9,**siendo totalmente malicioso y fraudulento pretender sonsacar un doble pago al Banco Económico SA.,** al margen de que los reclamos de Mayori son tardíos, extemporáneos y falsos porque no se puede creer que una persona durante más de cuatro años no reclamó la suma de UN MILLÓN DE DOLARES."*

*No nos sorprende las afirmaciones temerarias de Quiroga quien insiste con el tema de los poderes y que el Ing. Mayori conocía el pago del cheque, pues las letras vencían a fines del 2007 y nuestro reclamo fue realizado dentro del primer semestre de 2008, y en lo concerniente a los DPF's que aperturó Quiroga, nunca fueron otorgados en garantía para la obtención de un crédito, fueron aperturados el 28 de septiembre de 2004 y cancelados el 4 de noviembre de 2004 según la Nota JEQA 1071/04 con abono en la cuenta de ahorros N° 3054091223 perteneciente a Jaime Enrique Quiroga y para cancelar el Crédito N° 1009302, que no era un crédito de SERPREC Ltda. toda vez que de acuerdo a la propia certificación del Banco Económico S.A. G.R.062/2008, cuya fotocopia simple se adjunta y forma parte del proceso administrativo, éste nunca otorgo un crédito a SERPREC Ltda. Asimismo señala que es **totalmente malicioso y fraudulento pretender sonsacar un doble pago al Banco Económico S.A.,** no obstante que el reclamo por parte de SERPREC Ltda. se encuentra totalmente circunscrito a la normativa vigente siendo evidente el incumplimiento del Banco tal como lo ha establecido categóricamente tanto la ASFI como el Ministro de Economía y Finanzas Públicas.*

Es irónico que Quiroga se refiera a un actuar malicioso y fraudulento cuando el Ing. Mayori ha sido sobreseído en los procesos que le han iniciado en su contra sin ningún sustento jurídico ni legal e inclusive en virtud a la ilegal imputación emitida por el Fiscal Irving Avendaño hecha dentro del proceso iniciado por el Banco Económico contra Guillermo Mayori, se ha destituido a dicho Fiscal de sus funciones y de la Fiscalía, habiéndose ratificado la sentencia en su contra por el Fiscal General, mientras que Jaime Enrique Quiroga ha sido imputado por la comisión de los delitos de Falsedad Material, ideológica, Uso de Instrumento Falsificado y Estelionato por el cobro ilegal de dos letras de cambio giradas por la Empresa Constructora SERPREC Ltda. aceptadas por la HAM de Cochabamba y registradas en el Tesoro General de la Nación por un total de US$.387.939,40. Se adjunta copia simple de la Imputación realizada por el Ministerio Público contra este individuo. Como puede observarse, de todo lo mencionado por el recurrente tanto como por Jaime Enrique Quiroga, hacen uso de la mentira y tergiversación de la realidad pretendiendo sustentar con ello sus actos, extremo con el cual se alineó claramente la ASFI hasta caer ésta en el extremo de incumplir en forma expresa la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 008/2010 al volver a establecer una previsión escalonada fundada en simples conjeturas sobre hechos que la ASFI afirma sin conocer y que están totalmente fuera de su competencia y que para nada constituyen sustentos legales ni técnicos que justifique semejante aberración de determinar una previsión gradual que además ya había sido desvirtuada por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 008/2010.

II. LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS

Además de los antecedentes señalados, se observa a continuación las incongruencias, contradicciones y omisiones en los que incurre la ASFI al pretender sustentar su resolución, que además constituye una parcialización manifiesta de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en desmedro de los derechos e intereses de SERPREC Ltda. y del usuario del sistema financiero, incumpliendo de esta manera con los Artículos 2, 99, 102, 153 y 154 (núm. 3 y 10) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. En este sentido desarrollaremos tales incongruencias por cada uno de los considerandos de la Resolución que se desarrollan en relación a los argumentos planteados por el recurrente:

Conforme lo señalado por la Resolución ASFI N° 890/2010 con relación a la previsión, el recurrente alega que la ASFI no valoró los siguientes hechos: "i) ***la otorgación de 10 poderes a Jaime Enrique Quiroga; ii) la participación de SERPREC del 17.5% en el proyecto que originó el pago del cheque N° 05079-9; iii) la declaratoria de prescripción del reclamo de SERPREC LTDA.; iv) la existencia de un proceso ordinario doble; y v) la imputación del Ministerio Público contra Magno Guillermo Mayori Machicao por el delito de extorsión al pretender un doble pago del cheque N" 05079-9" (sic)***

Previo al desarrollo de cada punto, es importante precisar que el recurrente en su recurso de revocatoria indicó que con estos fundamentos, que según él, constituyen la verdad material investigada por el órgano administrativo, se tiene que la ASFI debía emitir nueva Resolución Administrativa con relación a la PREVISION (sic) por riesgo legal, estimación que, según el Banco, debe hacerse bajo los principios que rigen el Procedimiento Administrativo Art.4 de la Ley 2341 incisos d) principio de verdad material y p) principio de proporcionalidad.

Semejante pretensión es totalmente absurda, porque el otorgamiento de poderes y la participación de SERPREC Ltda. en la Asociación Accidental no tiene absolutamente nada que ver en el cobro de un cheque intransferible, puesto que como lo hemos señalado en varias oportunidades dentro del proceso administrativo, el cheque es un título valor autónomo de pago a la orden de un beneficiario, que en este caso, por tener la calidad de intransferible no puede ser otro que el consignado en el título valor como beneficiario, en cumplimiento de la legislación vigente que el Banco Económico S.A. infringió al pagar dicho cheque a una persona natural, diferente al beneficiario del cheque. ¿Cuándo se ha visto semejante aberración,? respecto que el derecho sobre un cheque se consigne en partes porcentuales por otros documentos diferentes del cheque, y que además condicionen el pago por parte de un Banco solo en la proporción que le corresponda al beneficiario, por existir otros documentos por los que otra persona pueda alegar derechos?. SERPREC Ltda. en su condiciona de beneficiario del cheque intransferible N° 05079-9 es el único a quien el Banco debió haber pagado y por tanto es el único que tiene derecho a reclamar el mal pago del cheque y pedir su correspondiente pago al Banco responsable, teniendo esta entidad el descargo de no hacerlo siempre que demostrará fehacientemente que pagó el cheque intransferible a su beneficiario, en

este sentido a SERPREC Ltda. Por consiguiente la única verdad material para efectos de la previsión es que el Banco Económico S.A. pagó un cheque intransferible a favor de una persona natural Jaime Enrique Quiroga no obstante que dicho cheque estaba girado a la orden de SERPREC Ltda. infringiendo los Artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, tal como lo determino (sic) *categóricamente la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 008/2010, y que acuerdo a normas legales en vigencia descritas en el Artículo 628 del Código de Comercio, el Banco es responsable por el mal pago.*

Es necesario también señalar que respecto a la previsión la citada Resolución Ministerial Jerárquica estableció lo siguiente:

"1.2 Previsión por riesgo legal

Revisado el expediente administrativo, se evidencia que la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, sin mayor fundamentación (cual en derecho hubiera correspondido), resuelve ***cambiar la instrucción*** *impartida al Banco Económico S.A. mediante Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009 de* ***previsionar*** *el monto correspondiente al pago del cheque N° 05079-9, al resolver que el regulado constituya una* ***previsión*** *gradual del 33.33%, 66.66 % hasta el 100% del importe mencionado del cheque.*

Se verifica asimismo que la instrucción, no queda ahí, ya que la parte considerativa que sustenta dicha decisión determina "Que de acuerdo al Manual de Cuentas para Banco y Entidades Financieras ***Código 250.00 Grupo Previsiones*** *se tiene que en esta cuenta, corresponde registrar entre otras descripciones que señala el Manual el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad.* ***Bajo ese criterio normativo (sic) la Recopilación de Normas para Bancos Entidades Financieras en su Título V, Capítulo I, Sección 3 Art. 1° relativo al régimen de previsiones específicas, establece el régimen de porcentajes para constituir previsiones específicas que van por categorías de menor a mayor riesgo, de la categoría A, que previsiona el 1% hasta la categoría H que previsiona el 100% REGIMEN DE PREVISIONES APLICABLE AL PRESENTE TRAMITE(sic)POR REFERENCIA NORMATIVA..*** *"(el resaltado de negrillas, mayúsculas y subrayado corresponde a la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Si bien la previsión y la provisión tienen los mismos efectos, porque ambos afectan a la cuenta patrimonio, sin embargo su aplicación es distinta. La provisión se utiliza para hechos ya conocidos, que deben ser cubiertos con seguridad a futuro, por lo tanto el gasto debe ser reconocido según establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en actual vigencia, por tanto dicha provisión no puede ser revertida; mientras que la previsión se aplica a hechos estimatorios a futuros, a posibles contingencia (sic) que pueden representar un gasto o no en función al resultado principal con la posibilidad de reversión en caso de no ocurrencia de la contingencia.

Es así que, conforme establece la normativa establecida, la provisión no correspondía ser instruida por la ASFI, al no ser conocido el resultado, ni tener la seguridad a futuro, ajustándose la figura de previsión al caso de autos.

Sin embargo, respecto a la provisión gradual instruida por la ASFI y bajo los fundamentos anotados, está no corresponde pues no puede aplicarse una "previsión especifica" (sic) para "riesgo de cartera" a una previsión "específica" para "riesgo legal" arguyendo "referencia normativa", cuando exista definición para el caso concreto, y más aun al corresponder a dos tipos de previsiones distintas y de aplicación específica, siendo la primera aplicada a cubrir el Riesgo de Crédito, por la probabilidad de que un deudor incumpla, en cualquier grado con el repago de sus obligaciones con la entidad de intermediación Financiera. Existiendo diferentes grados por categoría y tipo de moneda, (Reglamento de Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos - Régimen de Previsiones). El segundo tipo previsión, referido al caso de autos se da para cubrir posibles pérdidas originadas por casos contingentes legales."

Como puede observarse en la parte considerativa transcrita de la Resolución Ministerial Jerárquica, quedo en evidencia la parcialización de la ASFI al carecer de toda consistencia jurídica y legal la previsión gradual y más aun su pretensión de aplicar una previsión de riego crediticio a una contingencia por riesgo legal, motivo por el cual el Ministro de Economía y Finanzas Públicas dispuso en su Artículo Primero de la parte resolutiva que ***se anule el numeral 4 de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa "...conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica"***

Lo dispuesto por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas en el numeral II del Artículo Primero de su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 fue incumplido ilegalmente por la ASFI mediante su Resolución ASFI N° 890/2010 al disponer nuevamente una previsión gradual apartándose de los argumentos de la Resolución Ministerial Jerárquica señalada y pretendiendo sustentarse en especulaciones sobre hechos sin prueba alguna que expone la propia ASFI sin que ni siquiera hayan sido planteados por el recurrente y que se encuentran fuera de su competencia por razón de materia, tal como se verá a continuación:

No obstante lo señalado precedentemente y solamente a fin de demostrar que inclusive acudiendo al principio de verdad material y proporcionalidad, lo dispuesto por la ASFI adolece de sustento jurídico y legal y ratifica una vez más su parcialización con el Banco Económico S.A. a pesar de que a la cabeza de dicha entidad reguladora considerábamos que se encontraba una persona con un alto perfil profesional capaz de erradicar actuaciones irregulares de los funcionarios de la misma. Resulta por demás admirable la capacidad de la ASFI de abogar por el Banco Económico S.A. haciendo alusión inclusive a extremos que ni siquiera son mencionados por el Banco en su recurso de revocatoria y que además son falsos y ***sobre los cuales la ASFI no tiene competencia para manifestarse,*** *tal como veremos más adelante:*

i) Otorgación de 10 poderes y participación de los asociados en el Contrato de Asociación Accidental

Al respecto la ASFI en sus considerandos indica:

"Que, lo expresado por el tercero interesado, Jaime Enrique Quiroga, ***fue confirmado por la Autoridad Jerárquica*** *cuando en la página 88 de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, determina que: "SERPREC LTDA. no puede alegar desconocimiento del hecho (pago del cheque N° 05079-9) habida cuenta que otorgó los siguientes poderes a favor de Jaime Enrique Quiroga Angulo (...) de los 10 poderes aportados al procedimiento (...) SERPREC Ltda., otorga amplias facultades al socio accidental para que, como textualmente lo mencionan los poderes: "efectué todo tipo de operaciones, contratos y actos bancarios (...) apersonarse a la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba, a objeto de solicitar el pago de planillas de avance de obras por construcción de los Distribuidores Vehiculares (sic)Muyurina y Recoleta (...)* ***Mas poder para cobrar dineros provenientes de la ejecución de esas obras, sea en efectivo o en cheque, depositar los valores o dineros en instituciones bancarias o de ahorro, efectuar depósitos a la vista o a plazo en cualquier entidad bancaria o financiera del país, suspenderlos(sic) depósitos (...) cobrar, aceptar, girar, endosar bajo cualquier modalidad y transferir sin restricción alguna los títulos valores de propiedad de la Sociedad, ya sea a favor de personas naturales o colectivas, INCLUSIVE A FAVOR DEL PROPIO MANDATARIO*** *(...)" . (Las mayúsculas, negrillas y subrayado son nuestros).*

Así también la ASFI indica:

"Que, ***no cabe duda que la razón por la que se acordó conformar una Asociación Accidental entre SERPREC LTDA. y Jaime Enrique Quiroga radicó esencialmente en la falta de liquidez de la Empresa Constructora SERPREC LTDA.*** *para dar cumplimiento a la Licitación Pública de la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba N° 04/2003, hecho que se aprecia en la cláusula segunda de la Minuta de Contrato Licitación Pública N° 04/2003 de 30 de septiembre de 2003 (Contrato de Asociación Accidental), que a la letra dice: "(...) Dirá usted que mediante Resolución Administrativa de Adjudicación N° 21/2003 de 11 de septiembre de 2003, el Contratista se adjudico (sic) la ejecución de Obras correspondiente a la Licitación Pública N° 04/2003 PROYECTO: "CONSTRUCCIÓN DISTRIBUTOR VEHICULAR MUYURINA Y RECOLETA" (CON FINANCIAMIENTO)(...)* ***Cabe aclarar que el Contratista no cuenta con el flujo económico necesario para hacer frente al cumplimiento de este Contrato. En este entendido el Financiador (Jaime Enrique Quiroga Angulo) será el responsable del manejo económico financiero del contrato de obra"*** *para continuar, en la Cláusula Cuarta, diciendo: "(...) Los porcentajes de participación de las Partes en este contrato serán los siguientes: a) Contratista (17.5%) dicho porcentaje se desglosa de la siguiente manera: (i)13% correspondiente al IVA: (ii) 3% correspondiente al IT y (iii) 1.5% que se reconoce por el uso del nombre en el contrato de obra adjudicado, b) Financiados 82.5%.* ***Las partes compartirán en las proporciones precedentemente señaladas TODOS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SURGAN DEL CONTRATO DE***

OBRA, UTILIDADES O PÉRDIDAS, COSTOS Y GASTOS". *(Las mayúsculas, negrillas y subrayado son nuestros).*

" Como puede observarse la ASFI hace afirmaciones en el sentido de señalar que los argumentos a los que se refiere han sido confirmados por la autoridad jerárquica y que "no cabe duda" de las razones de la suscripción del contrato de Asociación Accidental, y luego se observa que la ASFI hace bastante hincapié en el contrato de Asociación Accidental refiriéndose a la responsabilidad de los suscriptores y resalta una parte que indica: **"Cabe aclarar que el Contratista SERÁ QUIEN RECIBA LAS LETRAS DE CAMBIO DE PARTE DE LA H. ALCALDÍA MUNICIPAL DE COCHABAMBA Y *DEBERÁ ENTREGÁRSELAS AL FINANCIADOR MEDIANTE ACTA. POR TANTO ES DE ENTERA RESPONSABILIDAD DEL FINANCIADOR LA ADMINISTRACIÓN DE DICHAS LETRAS*".**

Luego la ASFI se refiere a la representación legal de la Asociación Accidental y las tareas del financiador, todo ello de manera oficiosa y ultrapetita, puesto que estas consideraciones no fueron planteadas en el recurso de revocatoria, sin embargo no hacen ninguna consideración de nuestros argumentos que son por demás consistentes, puesto que se ajustan estrictamente a la Ley y no a conjeturas, especulaciones y apreciaciones subjetivas como lo hace oficiosamente la ASFI. Resulta por demás sintomático que la ASFI con tanto compromiso e interés pretende justificar una previsión gradual haciendo afirmaciones sobre extremos, documentos y responsabilidades que están siendo objeto de procesos en otras instancias y sobre los cuales inclusive el mismo Jaime Enrique Quiroga alegó su inexistencia respecto de la Asociación Accidental y rechazo de su calidad de representante legal, tomando además en cuenta que este sujeto tiene imputación formal por los delitos de Falsedad Material, Ideológica, Uso de Instrumento Falsificado y Estelionato por el cobro ilegal de dos letras de cambio giradas por la Empresa Constructora SERPREC Ltda. aceptadas por la HAM de Cochabamba y registradas en el Tesoro General de la Nación por un total de US$.387,939,40.

Además la ASFI va aún más allá al señalar en uno de sus considerandos lo siguiente:

"Que, no obstante que SERPREC (sic) alegó haber presentado la denuncia contra el Banco Económico, después de cuatro 4) años y siete (7) meses de producido el pago del cheque, por haber existido hechos que se llevaron a cabo a ocultas de la empresa que no le permitieron tener conocimiento del cheque y su destino ni ejercer las acciones administrativas correspondientes, tal aseveración se desvirtúa por ***la carta Cite: SERPREC/281/04 de 27 de septiembre de 2004, suscrita por Magno Guillermo Mayori, en su condición de Gerente General de la Empresa Constructora SERPREC LTDA., (cursante a fojas. 96 del expediente administrativa) mediante la cual remite a la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba, a la atención del Lic. Nelson Romero, la Factura Original N° 000196, por Bs7,478,092.24 correspondiente al pago de las Letras de Cambio N° 61728, 61229(sic), 61730, 61731, 61732 y 61733."***

En la misma línea parcializada y oficiosa la ASFI continua y determina que el desconocimiento del pago del cheque ***"se desvirtúa"*** *por* ***"la carta Cite:***

SERPREC/281/04 de fecha 27 de septiembre de 2004, suscrita por Magno Guillermo Mayori".

Como puede observar ***señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, el Lic. Reynaldo Yujra, Director Ejecutivo a.i de la ASFI se pronuncia como si fuera un verdadero Juez de la jurisdicción ordinaria, o mejor aún un perito especializado en grafología, haciendo incluso referencias que el mismo recurrente no hizo en su recurso de revocatoria. Nos extraña más aún que afirme que la nota señalada está suscrita por Magno Guillermo Mayori (arrogándose además la calidad de grafólogo), puesto que tal nota NO ESTA FIRMADA POR Guillermo Mayori, sino por la Administradora de Jaime Enrique Quiroga, Paola Lujan. Se adjunta copia legalizada por la HAM de Cochabamba de la mencionada carta, misma que fue obtenida a través de orden judicial.***

La ASFI además señala lo siguiente:

"Que, de igual manera este hecho se encuentra corroborado por lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ- SFREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, al decir: "(...) todo esto respaldado de manera consistente con el Anexo 7 (Letras de cambio pendientes de facturación) del informe económico especial emitido por Acevedo Deloite por el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, aportado por la propia empresa SERPREC LTDA. al procedimiento arbitral formalizado el año 2005, donde claramente se establece que entre las letras de cambio pendientes de facturación sólo se encuentran los números 61721 al 61727, saltando exactamente los números facturados por la H.A.M, de Cochabamba por el cheque 05079-9para continuar con los números 61747 hasta el 61757". "Según el informe de auditoría de Acevedo, ese informe no debe ***ser utilizado para otro propósito*** *que para lo que fue emitido (pág. 1del informe), por otra parte la ASFI corroborando su actitud parcializada, solo menciona las partes que favorecen al Banco Económico S.A., puesto que no menciona que además este informe (pág. 4) también establece que el proyecto no tenia contabilidad, que solo tiene un control de gastos e ingresos y que no están firmados, y que los respaldos no están archivados y que el administrador Jaime Enrique Quiroga no respaldó gastos por $us. 1.248.317,63 y que el proyecto fue financiado con recursos provenientes del mismo proyecto, con pagos de trabajos efectuados adicionales al contrato, garantía de las letras de cambio, negociación de letras de cambio y no fue financiado con los recursos de Jaime Enrique Quiroga, como quiere hacer parecer la ASFI en todo el contenido de su absurda Resolución, ¿o es que el dictado no contemplo tales extremos?, pues no podemos creer que alguien que haga mención o referencia a documentos e informes tenga una lectura tan parcializada y antojadiza y que oculte aspectos del mismo informe que no le convienen al Banco ni a Quiroga.*

Por otra parte, en lo concerniente a las letras pendientes de facturación, la ASFI no entiende o no quiere entender que precisamente para eso SERPREC Ltda. solicitó la conciliación y la auditoría del proyecto a la firma SERVIAUDI, donde saltó que estas letras que vencían luego de varios años ya habían sido cobradas ilegalmente por Jaime Enrique Quiroga

Luego la ASFI continúa con lo siguiente:

*"Que, lo transcrito **constituye la verdad material de los hechos y de ello se puede entrever que Jaime Enrique Quiroga Angulo no sólo era el financiador de la obra,** sino que además era el representante legal y común a las partes para todo lo relacionado con la gestión económica financiera, **por ello es que desde la firma del contrato de asociación accidental, Magno Guillermo Mayori le endoso (sic) las 40 letras de cambio por un valor de Bs35,233,609.27** que si bien estaban inscritas como deuda en el Ministerio de Finanzas, solo podían ser descontadas en la medida que estuvieran visadas por dicho Ministerio en función a la inversión ejecutada debidamente verificada por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba."*

*Como puede advertirse la ASFI hace afirmaciones todavía más tendenciosas al señalar que **"lo transcrito constituye la verdad material",** hasta parece que estos párrafo los hubieran redactado el propio Banco Económico S.A. porque utiliza su mismo lenguaje, además la ASFI cae en contradicciones inexplicables, puesto que afirma que Quiroga había sido el financiador del proyecto, a pesar que, de acuerdo a lo señalado por el propio Informe de Acevedo (pag.5), al que la misma ASFI se refiere (pero solo para relievar aspectos a conveniencia del Banco y de Quiroga), determina de manera categórica que Jaime Enrique Quiroga no fue financiador de la obra.*

*Asimismo, la ASFI determina que **Magno Guillermo Mayori le endosó a Quiroga las 40 letras de cambio por un valor de Bs35,233,609.27,** siendo semejante afirmación totalmente falsa, puesto que ninguna de las letras de cambio se encuentran endosadas a favor de Jaime Enrique Quiroga, pues si esto fuera así estas letras de cambio habrían tenido el endoso de Jaime Enrique Quiroga para su cobro, lo cual nunca sucedió. Como puede observarse una vez más la ASFI toma parte por el Banco de manera desmedida y arrogándose atribuciones que no le competen y afirmando hechos que ni siquiera el recurrente hizo y que esta fuera de la competencia de la ASFI, puesto que esta entidad debe pronunciarse sobre la previsión y no defender la postura del Banco incluyendo argumentos de su propia cosecha que ni siquiera el recurrente los planteo. Esta ilegal afirmación contraria la verdad de los hechos se puede demostrar con las copias legalizadas por la propia HAM de Cochabamba de 30 letras de cambio que se adjuntan a la presente, (diez fotocopias restantes no fueron proporcionadas por la HAM de Cochabamba) donde se evidencia que ninguno de estos títulos valores tiene el endoso en propiedad de Jaime Enrique Quiroga. De esta manera nuestra empresa se reserva el derecho de iniciar una acción penal contra los funcionarios públicos que emiten resoluciones con afirmaciones falsas ya que nuestra legislación vigente penaliza a estos funcionarios públicos a través de la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz.*

Luego la ASFI señala lo siguiente:

"Que, lo anterior demuestra de manera fehaciente que Jaime Enrique Quiroga Angulo estaba legitimado mediante el contrato de Asociación Accidental y a través de los diferentes poderes otorgados por SERPREC LTDA., para disponer libremente de

las Letras de Cambio a objeto de obtener la liquidez necesaria para la ejecución de la obra."

Lo mismo, aseveraciones oficiosas e irresponsables por parte de la ASFI que ratifican por demás su parcialización.

Posteriormente señala:

"Que, no obstante lo anotado, cabe destacar que el cheque N° 05079-9 girado a nombre de SERPREC LTDA. al ser de cuenta fiscal era intransferible y no podía ser cobrado de otra forma más que la establecida por el artículo 36 del Reglamento del Cheque, que determina: "el cheque de cuenta corriente fiscal es aquel girado por entidades del sector publico contra las cuentas corrientes fiscales que estas mantienen en los bancos corresponsales. Será nominativo y llevará la inscripción preimpresa de 'cheque de cuenta corriente fiscal intransferible'. Estos cheques podrán ser endosados para abono en la cuenta del beneficiario abierta en cualquier entidad financiera, y ser procesados a través de la CEC. El cheque de cuenta corriente fiscal tendrá caracteres magnéticos para su procesamiento electrónico que permitan su diferenciación en la CEC, además de otras características que los defieren de otro tipo de cheques", en este sentido el ***Banco Económico S.A. Incurrió en error operativo*** *al aceptar que dicho cheque sea abonado en la caja de ahorros N°3054-091223 aperturada para el efecto a nombre de Jaime Enrique Quiroga Angulo, operación que fue revertida por la Imposibilidad de efectuar el pago en la cuanta señalada, para luego efectivizarse a través de Cámara de Compensación.*

Como puede observarse una vez más, la ASFI tiene nuevamente la desfachatez de utilizar eufemismos al indicar que el Banco incurrió en ***"error operativo",*** *no obstante que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 008/2010 determinó categóricamente lo siguiente: "… por más perfecto que hubiere sido el poder que SERPREC LTDA otorgó* ***a*** *Jaime Enrique Quiroga no le está permitido a ninguna entidad financiera abonar un cheque intransferible girado para abono en cuenta de una persona jurídica a una cuenta particular o individual y, mucho menos paga en ventanilla un título valor que quedó invalidado,* ***en franca vulneración al mandato contenido en los artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, a los cuales el Banco debía someterse."*** *(el resaltado es nuestro)*

Nos preguntamos: ***¿,Es posible semejante actitud por parte de la autoridad reguladora?, No es que la autoridad reguladora tiene como obligación principal y fundamental la de precautelar el orden financiero nacional, mantener un sistema financiero sano y eficiente y promover un sistema financiero solido, confiable y competitivo?*** *Pues al menos así lo establece el Artículo 2° y 153° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras así como también establece en su Artículo 154° inc. 3) que es atribución de la ASFI ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros*

prestables. Es fácil advertir que la autoridad reguladora hizo todo lo contrario y se ha desgastado en argumentos que ya han sido contemplados por la Resolución Ministerial Jerárquica ***y que aún así no han sido motivo para que dicha Resolución Ministerial Jerárquica confirme una previsión gradual que ya había sido dispuesta por la misma ASFI*** *en el resuelve cuarto de su Resolución Administrativa ASFI N°266/2009 de 25 de septiembre de 2009, el mismo que fue anulado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010.*

La Autoridad reguladora llega al extremo de incumplir lo dispuesto por la citada Resolución Ministerial Jerárquica para permitirse defender a ultranza los intereses del Banco Económico S.A. a costa inclusive de hacer afirmaciones con faltas a la verdad y sobre temas que son ventilados en otras instancias y que además están fuera de la competencia de la ASFI, y que resultaron ser ultrapetita, arrogándose de esta manera atribuciones que no le competen lo cual se encuentra previsto en el Artículo 122 de la Constitución Política del Estado entre otras conductas que le tocara a otras entidades evaluar a los efectos de imponer las medidas que la ley vigente establezca.

No entendemos por qué una medida de previsión que se basa en una contingencia legal generada para el Banco por su incumplimiento al Código de Comercio y el Reglamento en el pago de un cheque intransferible conforme lo determinado por Resolución Ministerial Jerárquica, genera tanta elaboración de argumentos y análisis e inclusive referencias de documentos por parte de la ASFI, que ni el mismo recurrente hizo, ¿qué interés tiene la ASFI? Este interés ¿condice con su función de mantener un sistema financiero sano y eficiente?, es imposible e inaudito pensar en una respuesta afirmativa a estas cuestionantes, puesto que la previsión es una medida que permite prever contingencias de pago de una suma de dinero generadas en una contienda judicial más aún cuando existen inversionistas que invirtieron en los bonos subordinados emitidos por el Banco Económico S.A. y que la ASFI nunca se preocupó de que tales inversionistas conocieran como hecho relevante estos extremos de la previsión, violando el principio que rige el mercado de valores que debe precautelar la misma ASFI que es velar en todo momento por la información suficiente veraz y oportuna, más aún tomando en cuenta este caso en particular que es una previsión del 10% de su emisión de bonos subordinados. Tómese en cuenta que este extremo fue denunciado ante otras instancias, y que aun así la ASFI no respondió nuestra nota sobre el particular por más de un año y menos aún inició un proceso sancionatorio contra el Banco Económico S.A. por incumplimiento a la Ley del Mercado de Valores en lo concerniente a la comunicación de hechos relevantes al RMV.

Estamos seguros señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas que su Autoridad procederá de manera objetiva y en estricta sujeción a la Ley puesto que nuestras peticiones se rigen y siempre se han regido estrictamente a la Ley a diferencia del Banco Económico S.A. que me ha iniciado inclusive proceso penal por demandar mis derechos pero cuyas acusaciones han resultado falsas, motivo por el cual el fiscal Irving Avendaño que emitió imputación formal en contra de mi persona, ha sido sentenciado por tergiversación de pruebas y emisión de imputación formal sin sustento jurídico ni legal, lo cual ha sido confirmado por el Fiscal General. Lo mismo

deberá corresponder a aquellas autoridades reguladoras que se arrogan atribuciones que no les compete y que emiten resoluciones incumpliendo lo dispuesto por el superior jerárquico y abogando por las entidades financieras que infringen la Ley como en este caso el Banco Económico S.A. tal como se establece mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de fecha 23 de febrero de 2010, que dicha entidad infringió los Artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque.

ii) La Prescripción del reclamo

Al respecto se resalta que la prescripción de la infracción ha sido declarada en el ámbito administrativo lo cual, conforme lo señala la ASFI, de ninguna manera implica desconocer que la entidad bancaria pago de manera irregular el cheque N° 05079-9.

iii) Existencia de un proceso doble

Al respecto la ASFI señala:

"Que, de la revisión de los últimos actuados procesales presentados por SERPREC LTDA., el 2 de agosto de 2010, se advierte que dicho proceso reconvenido (al presente) se encuentra en etapa de prueba a cuya clausura recién corresponderá se pasen obrados a despacho a efecto de que la Autoridad Jurisdiccional se pronuncie respecto a la pretensión de las partes y ***determine si el cheque fue pagado a persona legitimada,*** *si ha existido algún daño que genere responsabilidad para el Banco, o en su caso declare probada la excepción de prescripción trienal y/o la excepción de pagó documentado del cheque."*

La referencia que hace la ASFI respecto de lo que el Juez tenga o no que determinar es ociosa y parecería tener un propósito de generar confusión, puesto que el pago indebido ***ya ha sido determinado categóricamente por la misma ASFI y por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010,*** *ambas entidades con plenas facultades para ello puesto que las normas infringidas por el Banco Económico S.A. del Código de Comercio (Arts. 603 y 626) y del Reglamento del cheque (artículos 29 y 36) son normas que rigen las operaciones bancarias. En tal sentido el Juez no podría de ninguna manera concluir algo diferente puesto que tal extremo constituiría fallar en contra de norma expresa, lo que constituiría prevaricato, más aún si el pago indebido está por demás comprobado y no ha sido desvirtuado en ningún momento por el Banco Económico S.A.*

iv) Respecto a la Imputación del Ministerio Público a Magno Guillermo Mayori Machicao

La ASFI indica que sobre el particular que no le corresponde emitir ningún criterio, por cuanto es un asunto inatinente al proceso y ajeno a su competencia.

Semejante pronunciamiento contrasta de manera sorprendente con todos los demás considerandos hechos por la ASFI, puesto que en los considerandos a los que nos

hemos referido en el presente recurso, la ASFI no se preocupa en lo más absoluto sobre los temas que son materia de otros procesos en otras instancias e incurrió en prejuzgamientos sin cuestionarse siquiera respecto de su competencia sobre tales temas, como mencionar que Jaime Enrique Quiroga es financiador, que le fueron endosadas las letras de cambio, que la carta enviada a la HAM de Cochabamba con una firma que no es de Guillermo Mayori es prueba de que el Ing. Mayori conocía este mal pago, pero cuando SERPREC Ltda. demuestra que el Fiscal Irving Avendaño ha sido retirado de la Fiscalía por la Insectoría General y que tal sentencia ha sido confirmada por el Fiscal General de la Nación, confirmando la ilegal imputación contra Guillermo Mayori que hizo dicho Fiscal a instancias de la denuncia del Banco Económico S.A., entonces la ASFI no emite ningún criterio. ¿Entonces de que protección goza el usuario del sistema financiero? Si la empresa que represento ha iniciado un proceso administrativo por mal pago de un cheque y que el mismo ha sido confirmado por los organismos reguladores al concluir que el cheque ha sido pagado en contraposición a los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y es responsable por el mal pago según el Artículo 628 del mismo cuerpo legal y la Justicia ha determinado que el Fiscal que imputo al Represente legal de SERPREC por tentativa de extorsión ha sido procesado y excluido de la actividad fiscal con responsabilidad penal, resolución confirmada por el propio Fiscal General de la Nación y la ASFI no hace nada para proteger a los usuarios que no tienen la misma capacidad económica e influencias como la de un Banco. Es más, ni siquiera se pronuncia sobre la contingencia económica que tendrá ese Banco por iniciar un proceso penal absurdo, ilegal, temerario, extorsivo contra un usuario del sistema financiero, por el daño reputacional que ha sido objeto la empresa y el Gerente General en diferentes actuaciones que han realizado sus representantes como ejemplo el difamar que el Ing. Mayori es "un delincuente", "una persona que está dedicada a tratar de estafar", "ha estafado a su propio socio", "ahora quiere estafar al propio Banco", "es un Santos Ramírez del Sistema Financiero." (Partes del texto de la declaración de Pablo Argandoña en la Unidad de Recursos Jerárquicos Pág. 10 y 11) individuo que premeditadamente visitó mis oficinas para que asista a una reunión que luego la utilizaron para iniciar una acción ilegal en mi contra.

Por otra parte la ASFI se refiere al siguiente punto:

- ***Alega también el recurrente que, ASFI debió tomar en cuenta que la previsión es un importe estimado en la que SERPREC tiene solo una participación del 17.5% y que la pérdida máxima estimada que podría sufrir el Banco, en el peor de los casos no podría superar el 17.5%***

Al respecto la ASFI establece que "para estimar el valor de la previsión debe necesariamente considerarse el valor literal del cheque y no solo el 17,5% de la participación de SERPREC Ltda. en la Asociación Accidental...", sin embargo la ASFI mas adelante señala lo siguiente:

"Que, sin embargo debe considerarse que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras no define de manera específica la constitución del 100% de la previsión en un solo momento para este tipo de contingencias, dejando más bien

cierta discrecionalidad al Regulador para imponerla siempre y cuando esté debidamente fundamentada. Que, en este sentido ***se ha considerado que la previsión que debe efectuar el Banco Económico S.A. debe ser gradual por las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:***

1. *El recurrente ha demostrado que el cheque N°05079-9 es producto de la recompra que realizó la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba de 6 de* ***las 40 letras de cambio endosadas por SERPREC LTDA. a favor de Jaime Enrique Quiroga Angulo; que el monto resultante del mismo ingresó a la contabilidad de SERPREC Ltda.;*** *que el Contrato de Asociación Accidental establece una participación del 82.5% para Jaime Enrique Quiroga y 17.5% para SERPREC LTDA. de los derechos y obligaciones que surjan del contrato de obra* ***y que Jaime Enrique Quiroga Angulo ha declarado expresamente no tener intención de pretender un doble pago sobre el importe del cheque intransferible cobrado por su persona como apoderado de SERPREC Ltda. el año 2004.***

   Como puede observarse el sustento de la previsión gradual que establece la ASFI recae sobre fundamentos falsos, toda vez que nunca fueron endosadas las letras de cambio a favor de Jaime Enrique Quiroga, tal como se encuentra debidamente acreditado con las fotocopias legalizadas de las letras de cambio que adjuntamos al presente recurso que demuestran categóricamente que ninguna de estas letras registran el endoso en propiedad de Jaime Enrique Quiroga y que la ASFI de manera ***IRRESPONSABLE, LIGERA E ILEGAL*** *afirma que las mismas fueron endosadas a favor de Quiroga.*

   Asimismo, la ASFI establece que el monto resultante del cheque ingresó a contabilidad de SERPREC Ltda., lo cual queda completamente desvirtuado con la propia Certificación emitida por el Banco Económico S.A. CITE SGNO-2101/08 de fecha 31 de octubre de 2008, dirigida al Fiscal de Materia Dr. Jorge López Flores, donde certifican que los recursos del Cheque No.05079-9 han sido utilizados por Jaime Enrique Quiroga para pago de créditos de terceros ajenos a la Empresa SERPREC, giro de cheques para abono en su cuenta personal en el Banco Nacional de Bolivia, documento que ha sido presentado por la Empresa SERPREC y forma parte del expediente y que incomprensiblemente no ha sido tomado en cuenta por la ASFI. Por otra parte, en lo concerniente a que Quiroga declaró no tener la intención de pretender un doble pago, ***es obvio que la persona que se beneficio ilegalmente con este dinero todavía pretenda además reclamar nuevamente un pago,*** *y consideramos que la referencia a tal declaración resulta totalmente inoportuna y ociosa por parte de la ASFI, que no hace más que mellar la propia imagen de la ASFI y convertirla en el abogado defensor de infractores de la Ley en lugar de precautelar un sistema financiero sano y eficiente.*

   Esto ya es inaudito señor Ministro y además digno de poner en conocimiento del Ministerio de lucha contra la corrupción, puesto que por tergiversaciones como estas en las que incurrió el fiscal Irving Avendaño, ha sido destituido de su cargo y excluido de la carrera de Fiscal, sin perjuicio del proceso penal al cual será sometido.

Luego de este supuesto sustento para la aplicación de una previsión gradual, la ASFI menciona lo siguiente.

2. *"ASFI como Órgano Técnico por excelencia debe ser consecuente con sus actos propios (no le está permitido a quien profiere una definición sobre un caso concreto modificar la posición jurídica inicial, en otro de idénticas características), toda vez que mediante Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, instruyó una previsión gradual sujeta al resultado del proceso ordinario en sus diferentes instancias, no pudiendo alegarse que la nulidad determinada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010 se haya producido por la emisión de dicha instrucción, sino por el hecho de que (como la propia Resolución Ministerial Jerárquica lo estableció en el cuarto párrafo de la página 92)"(...) no puede aplicarse una "previsión específica para riesgo de cartera" a una "previsión específica para riesgo legal" arguyendo "referencia normativa" cuando existe definición para el caso concreto (...)".*

3. *Que el principio de "non reformatio in peius", es una garantía del debido proceso e implica que la consecuencia jurídica de un recurrente no puede ser modificada empeorando su situación inicial (Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009). Eduardo Couture ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil"), Ed. Dapalma, ed. 13, Buenos Aires, págs. 367 y 368 al respecto dice: "La reforma en perjuicio peyorativa (reformatio in peius) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos que no ha mediado recurso del adversario (...)" ; es decir que en presente caso, ASFI mediante la Resolución ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, ahora impugnada, al disponer en el Resuelve Primero una previsión del 100% (en un solo momento) habría inobservado el principio de "non reformatio in peius".*

Resulta por demás evidente que estas consideraciones no guardan relación alguna con el hecho de que la previsión tenga que ser gradual y por lo tanto no constituyen fundamento técnico ni legal alguno de la parte resolutiva de la Resolución ASFI N° 890/2010, tomando en cuenta además que las afirmaciones que hace la ASFI son falsas.

Por otro lado, lo que señalan los puntos 2 y 3 carece de todo fundamento puesto que la ASFI debió haber ejecutado lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica y no volver a disponer una previsión gradual que ya había sido objeto de nulidad por disposición de la Resolución Ministerial Jerarquice MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010.

En este sentido la Resolución ASFI N° 890/2010 no cumple con lo dispuesto por el Art. 28 incisos b) y e) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Art. 17 parágrafo II inc. d) del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, puesto que dicha Resolución no se sustenta en hechos y antecedentes que le sirvan de causa en el derecho aplicable, toda vez que sus consideraciones recaen sobre hechos y actos que nunca sucedieron y sobre los cuales la ASFI no tiene pruebas y menos aún competencia por lo tanto no pueden servir de causa en el derecho aplicable, porque la Resolución de la entidad

reguladora debe basarse sobre hechos ciertos y que guarden una relación directa entre la causa y la resolución, en este sentido también la Resolución adolece de fundamento, puesto que los numerales señalados como consideraciones hechas por la ASFI para una previsión gradual no tienen relación alguna con la parte resolutiva, no constituyen elementos que induzcan a disponer una previsión gradual más aún si dichas consideraciones contienen hechos y actos que nunca sucedieron y sobre los cuales la ASFI no tiene pruebas y que se encuentran fuera de su competencia. En virtud de lo señalado se tiene que la Resolución ASFI N° 890/2010 es nula por no cumplir con los elementos y requisitos esenciales que dispone la Ley.

Con relación a la errónea aplicación de las normas internacionales de contabilidad 37 (NIC 37) alegadas por el recurrente.

Sobre este punto solamente corresponde señalar que la ASFI debe adoptar siempre un criterio conservador y previsor a fin de preservar un sistema sano, seguro y eficiente más aún cuando el monto representa un porcentaje importante y que además existen inversionistas que deben conocer de manera transparente las contingencias legales y la previsión hecha por el emisor, por tanto lo más conservador para la ASFI, los ahorristas e inversionistas es que ese dinero este previsionado y no sea distribuido por sus accionistas.

• Con respecto a lo argüido por SERPREC LTDA. de que desconocen las medidas que ASFI ha tornado respecto a la emisión de bonos efectuada por el Banco Económico S.A. sin informar a los inversionistas sobre sus contingencias legales

La ASFI al respecto señala:

"Que, sobre el tema es necesario remitirse al contenido de la carta ASFI/DAJ/R- 107060 de 15 de octubre de 2010 dirigida a Magno Guillermo Mayori Machicao, Gerente General de SERPREC LTDA. que da cuenta del extremo argüido."

Este extremo ya raya en la sinverguenzura por parte de la ASFI, tomando en cuenta que la Empresa Constructora SERPREC Ltda. mediante nota remitida a la ASFI en fecha 9 de septiembre de 2009 solicitó a la ASFI una certificación respecto a que si el Banco Económico S.A. habría informado o no en el prospecto de su emisión de Bonos la contingencia legal por el juicio civil iniciado en su contra por SERPREC y si había informado como hecho relevante la previsión ordenada por la ASFI así como su suspensión. La falta de respuesta a esta solicitud, originó inclusive una denuncia por la falta de acción y encubrimiento por parte de la ASFI, y que hasta la fecha no ha sido debidamente respondida, toda vez que la nota a que hace referencia pone en evidencia la omisión en la que incurrió la ASFI, puesto que el prospecto y hecho relevante no es para la ASFI, sino que es para que forme parte del Registro del Mercado de Valores (RMV) y sea puesto en conocimiento al público inversionista tal como lo manda la Ley del Mercado de Valores.

Este es otro extremo también será denunciado a las instancias correspondientes, toda vez que evidencia un encubrimiento por parte de la ASFI a las infracciones en las que

incurrió el Banco Económico S.A. Finalmente la ASFI en sus últimos considerandos insiste con las aseveraciones falsas y señala:

"Que, habiéndose tornado en cuenta ***la verdad material de los hechos;*** *el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A.; los alegatos presentados por la Empresa SERPREC LTDA;* ***la solicitud de Jaime Enrique Quiroga Angulo de que se tenga presente que no existe de su parte intención de pretender un doble pago o pedir previsiones sobre el importe del cheque intransferible pagado a su persona y cuyo monto fue ingresado a la contabilidad de la Empresa SERPREC;*** *el principio de prudencia y la recomendación del Superior Jerárquico de que sea ASFI quien, en ejercicio de las atribuciones conferidas por Ley, determine la medida preventiva que el Banco Económico S.A. deba adoptar para cubrir la contingencia por riesgo legal en estricta aplicación a la normativa vigente.*

Que, en este sentido se dispone que el Banco Económico S.A. constituya una previsión gradual del cien por ciento (100%) del cheque N° 05079-9 por la suma de Bs 7,478,092.24, cumpliendo con las atribuciones de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanentemente solidez económica coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones (reflejados en sus Estados Financieros con información Integra, veraz y transparente)

Como podrá observarse, la ASFI todavía tiene el cinismo de indicar que con la disposición de una previsión gradual se está "cumpliendo con las atribuciones de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanentemente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones (reflejados en sus Estados Financieros con información Integra, veraz y transparente)". Entonces esto implicaría que proteger a las entidades infractoras de la normativa que regula sus operaciones es la función fundamental para la entidad reguladora en desmedro de los derechos e intereses del usuario del sistema financiero, de los inversionistas y de los propios ahorristas.

En toda la resolución emitida por la ASFI no se ha reflejado otra cosa que la evidente parcialización de esta entidad reguladora con el Banco Económico S.A. y sus prejuzgamientos sin pruebas en los que incurrió sobre argumentos inclusive en mucho casos propios que ni siquiera fueron expuestos por el recurrente actuando ultrapetita y además sobre temas que están fuera de su competencia. Este extremo y la resolución resultante de tales consideraciones es lo que vulnera nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos como directos perjudicados por el pago indebido del cheque intransferible N° 05079-9 por parte del Banco Económico S.A. y como usuarios del sistema financiero, toda vez que estamos alrededor de dos años reclamando una infracción y la adopción de medidas previstas en la Ley con todo el sustento legal y nos encontramos con una entidad Reguladora en la que todos los ejecutivos que ocuparon el máximo cargo actuaron en franca parcialización con el Banco Económico S.A. lo cual ha sido denunciado en cada caso ante otras instancias, sin que hasta la fecha se dé curso a nuestras peticiones que se encuentran en estricto

apego a la Ley, a diferencia de los actos del Banco Económico S.A., de Jaime Enrique Quiroga y de la misma ASFI, tal como ha quedado corroborado mediante la presente Resolución que adolece de sustento jurídico, legal y técnico y que pretende modificar el contenido de una resolución que paso en autoridad de cosa juzgada y que por lo tanto corresponde que sea declarada nula.

Al respecto es necesario señalar que toda Resolución emitida por autoridad administrativa o judicial en la que establezca o declare una obligación o un derecho, en lo formal debe dar cumplimiento a requisitos estructurales en cuyo marco debe emitir la Resolución, estos es (sic)que en la Resolución entre otras cosas, se debe identificar plenamente el tipo de proceso, la identidad de las partes que litigan, los fundamentos de hecho, los de derecho, la parte considerativa descriptiva y la considerativa analítica, culminando con la parte resolutiva. En cuanto al cuerpo de la Resolución en el que se encuentran contenidos los antecedentes y los considerandos de carácter descriptivo y el analítico sea normativo doctrinal o jurisprudencial, doctrinalmente en cualquier materia, esta se denomina, LA RATIO DECIDENDI, o las razones para decidir, entre los que se encuentran también los elementos facticos que la hacen vinculante a otras causas.

Respecto de los considerandos analíticos, estos DEBEN efectuarse en el marco del OBJETO de la causa y de la FINALIDAD para la que se ha planteado, vale decir que una Resolución NO PUEDE (bajo pena de nulidad) contener declaraciones sobre aspectos no contenidos en la demanda (o denuncia) en este caso en particular en el recurso, que en puridad de derecho se constituye en la ACCION PROPIAMENTE DICHA, incumplir con estos aspectos de carácter formal procesal, importa la nulidad de la Resolución a través del Recurso que autorice la norma. En el ámbito procedimental, todas las materias, sean administrativas o judiciales, se rigen por Principios Jurídicos, para el caso que nos ocupa, la Ley de Procedimientos Administrativos, siendo un conjunto de normas procesales, su cumplimiento se yergue sobre el art. 90 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

"Art.- 90 (Cumplimiento de Normas Procesales).- I. Las normas procesales son de orden público y por tanto de cumplimiento obligatorio, salvo autorización expresa de la Ley.

II . Las estipulaciones contrarias a lo dispuesto en este articulo serán nulas."

En el caso concreto que nos ocupa, se tiene que estamos ante las Resoluciones ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, revocada parcialmente por la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, Resoluciones que al presente por imperio de la misma Ley de Procedimiento Administrativo, han adquirido la calidad de Cosa Juzgada y Sentencia Firme, en razón a que una vez emitida la Resolución Jerárquica, ninguna de las partes ha hecho uso del Recurso de la Vía Contenciosa Administrativa ante la Corte Suprema, quedando ejecutoriada la Resolución.

Una Resolución ejecutoriada Jurídica y Procesalmente se rige por el art. 514 del Código de Procedimiento Civil que establece:

"Art. 514 (Jueces que deben ejecutar las sentencias).- Las sentencias pasadas en autoridad de cosas juzgadas se ejecutaran, sin alterar ni modificar su contenido, por los jueces de primera instancia que hubieren conocido el proceso."

El referido artículo, se constituye en un Principio General de Derecho aplicable a todo ámbito en el que se diluciden derechos y obligaciones o se establezcan responsabilidades. La Cosa Juzgada, en el ámbito de la administración de justicia, representa un estado de pronunciamiento definitivo inmutable y permanente de verdad material firme que encuentra su respaldo en las Garantías Constitucionales de la Seguridad Jurídica y el Debido Proceso, en consecuencia la trasgresión a estas Garantías, principalmente por personas que tienen la condición de funcionarios públicos, ingresa en la esfera del ámbito punitivo, más específicamente en la comisión de los delitos de prevaricato y resoluciones contrarias a la Constitución y las leyes.

La Garantía Constitucional de la Cosa Juzgada, ha sido objeto de análisis e interpretaciones especializadas por el Tribunal Constitucional, citando entre otras la S.C. N° 29/2002 de 28 de marzo de 2002 que establece:

"...Que en este contexto, debe precisarse que los efectos de la cosa juzgada se manifiestan bajo una doble perspectiva: formal y material. Así la característica de la cosa juzgada formal es la de su impugnabilidad o firmeza. Produce este efecto cualquier resolución firme respecto a la cual no exista ningún otro recurso previsto en la Ley, (la excepción se presenta cuando existe de por medio una lesión al contenido esencial de un derecho fundamental), hayan transcurrido los plazos para recurrirla o se haya desistido del mismo; empero, al efecto negativo aludido se tiene otro de naturaleza positiva, que se expresa en el ***deber jurídico que tiene el órgano encargado de su ejecución de hacer efectiva la decisión contenida en el fallo en los términos establecidos en ella. Desde su vertiente material, la cosa juzgada despliega su eficacia frente a los otros órganos judiciales o administrativos, que lleva un mandato implícito de no conocer lo ya resuelto, impidiendo con ello la apertura de otros procesos nuevos sobre el mismo asunto*** *(este efecto solo la producen las decisiones firmes sobre el fondo); como único medio de alcanzar la faz jurídica,* ***evitando, por una parte, que la contienda se prolongue indefinidamente y por otra, que sobre la misma cuestión puedan recaer resoluciones contradictorias, lesionando la seguridad jurídica procesal"*** *(lo resaltado es nuestro)*

En virtud de lo mencionado, se concluye que la Resolución ASFI 890/2010 de 20 de octubre de 2010, se constituye en prueba evidente de la comisión de los ilícitos precedentemente mencionados, evidenciándose objetivamente que las vulneraciones se encuentran consignadas en la referida resolución en sentido de que por una parte ha sometido a revisión y pronunciamiento expreso sobre hechos sustantivos ya definidos y de otra parte haberse pronunciados sobre aspectos que no

se encuentran dentro el marco del recurso ni del objeto ni finalidad del proceso administrativo, vale decir que:

1. *La ASFI al haber consignado en la parte considerativa analítica de la Resolución 890/2010 de 20 de octubre de 2010, aspectos como la interpretación del contenido del contrato de Asociación Accidental Serprec-Quiroga y sobre cuya base establecer derechos que nunca han sido objeto del proceso administrativo sancionatorio que nos ocupa, ha vulnerado las Garantías Constitucionales del Debido Proceso, de la Seguridad Jurídica, de la Cosa Juzgada y del Principio de Legalidad, retrotrayendo fases del proceso que ya habían alcanzado la calidad de cosa juzgada y de sentencia firme tanto en lo formal como material.*
2. *La ASFI, ha omitido la obligación procesal de ejecutar la Resolución en el marco del art. 514 del Código de Procedimiento Civil, en sentido de la prohibición de modificar ni alterar el contenido de la Resolución que adquirió la calidad de cosa juzgada firme.*
3. *La ASFI, al haber omitido que el estado de la Resolución revestía la calidad de cosa juzgada firme y pronunciarse sobre hechos que no fueron objeto de la denuncia ni del proceso administrativo sancionatorio instaurado por SERPREC Ltda. contra el Banco Económico S.A., ha incurrido en ilícitos previstos por la normativa vigente.*
4. *La ASFI al haber determinado que la previsión del importe del cheque 05079-9 en porcentajes parcelados, ha realizado una aplicación errónea de la norma, por cuanto este tipo de previsiones están reservadas a las contingencias legales emergentes de un crédito y no así de un hecho ilegal cuya responsabilidad ya fue definida por la misma ASFI al establecer que el pago del citado título valor se produjo por el Banco Económico S.A. en trasgresión a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio.*

Por todo lo expuesto se tiene en definitiva que la Resolución 890/2010 de fecha 20 de octubre de 2010, por una parte es prueba objetiva y documentada de la vulneración de Garantías Constitucionales y por otro lado es prueba evidente de la comisión de ilícitos, de cuyo contexto normativo sustantivo y procesal, se establece que la referida Resolución debe ser revocada debiendo quedar vigente y confirmada la Resolución ASFI N° 786/2010, en el marco estricto de las normas procesales que rigen la materia administrativa, así como dentro el marco Constitucional, respetando la cosa juzgada y respetando el estado de la causa en la que solo le compete establecer la previsión del importe del cheque en un 100% dada la contingencia y riesgo existente.

III PETITORIO

En mérito a todo lo expuesto, siendo por demás evidente la violación y vulneración de los derechos subjetivos e intereses legítimos de la Empresa Constructora SERPREC Ltda. por el contenido de la Resolución ASFI N° 890/2010 de fecha 20 de octubre del 2010, en virtud a todos los fundamentos jurídicos y legales expuestos por el presente recurso, dentro el plazo previsto por el Artículo 53 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 890/2010 de fecha 20 de octubre del 2010 emitida por el Lic. Reynaldo Yujra Segales, Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pidiendo se cumpla con lo

dispuesto en el Artículo 55 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y que el Superior Jerárquico una vez admitido el presente recurso, resuelva la REVOCATORIA de la Resolución ASFI N° 890/2010 de 20 de octubre de 2010, en sujeción a lo dispuesto por el Art. 44 concordante con el Art.43, ambos del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, debiendo quedar firme y vigente la Resolución ASFI N° 786/2010 que cumple a cabalidad con lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 008/2010."

OTROSÍ 1°.- Improcedencia: *En virtud al incumplimiento por parte del Banco Económico S.A. de lo dispuesto por la Resolución ASFI N° 786/2010 de fecha 3 de septiembre de 2010, conforme hemos demostrado fehacientemente en el numeral 1.1 del presente recurso, corresponde, en estricta aplicación de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, declarar* ***IMPROCEDENTE*** *el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A., por no haber dado cumplimiento a los requisitos exigidos por el parágrafo I del Artículo 47 del citado Decreto Supremo(…)"*

6. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 6 de diciembre de 2010, Banco Económico S.A., representado por Justo Yepez Kakuda presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"(…) I. AFIRMACIONES FALSAS Y SIN ASIDERO LEGAL EXPUESTAS EN EL MEMORIAL DE RECURSO JERAQUICO.-

Para disfrazar la irracionalidad y temeridad del RECURSO JERARQUICO contra la Resolución Administrativa ASFI No. 890/2010 de 20 de octubre de 2010, el recurrente se explaya en un memorial de 35 páginas, en el que reincide en sus conocidas formas de amedrentamiento y ofensas, valiéndose de una serie de ***afirmaciones falsas contenidas en dicho memorial de 09 de noviembre del 2010*** *que pasamos a puntualizar:*

- ***Pag.4 parte I.2. del recurso Jerárquico de 09/11/2010.-*** *Afirma el recurrente de modo increíble que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 nunca habría determinado ciertos hechos materiales como la otorgación de 10 poderes a Jaime Enrique Quiroga y la participación del 17,5% en el Proyecto donde se origino el Pago del Cheque No. 05079-9.*

  Esta afirmación es falsa y temeraria y nos sorprendente (sic) dado que el Ministerio de Economía y Finanzas, antes de declarar y confirmar la Prescripción del Reclamo de SERPREC, efectuó un análisis de toda la Controversia y en la Pág. 87 y 88 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 en sus partes salientes determinó y expresó lo siguiente:

- ***Pág. 87 núm. 2 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010.-*** *La empresa SERPREC alega que no corresponde a la instancia administrativa referirse a los poderes ni al contrato de Asociación Accidental suscrito entre dicha empresa y el Ing. Jaime*

Enrique Quiroga por cuanto esto debe ser dilucidado por ante la autoridad jurisdiccional competente; aunque efectivamente es la vía ordinaria civil donde se definirá si el cheque fue pagado a persona autorizada y si además se lo hizo de manera correcta o incorrecta, no debe olvidarse que es en esta vía administrativa donde deberá definirse si ha caducado el derecho del órgano regulador para imponer las sanciones por infracciones a las normas regulatorias y conexas, toda vez que SERPREC Ltda., alega no haberse operado la prescripción por no haber tornado conocimiento del hecho, por ello se hace imprescindible acudir a la prueba cursante en el expediente a efecto de establecer si efectivamente conocía o no del hecho motivo del presente recurso.

- ***Pág. 88 núm. 3 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010.-*** *SERPREC Ltda., no puede alegar desconocimiento del hecho, habida cuenta que otorgó los siguientes poderes a favor de Jaime Enrique Quiroga Angulo: 245/2000 de 17 de julio del 2000; 223/2003 de 19 de mayo del 2003; 244/2003 de 6 de junio de 2003; 230/2003 de 26 de mayo de 2003; 369/2003 del 2 de septiembre del 2003; 82/2004 de 8 de marzo de 2004; 146/2004 de 15 de abril de 2004; 616/2004 de 5 de octubre de 2004; 304/2005 de 30 de marzo del 2005 (revoca poder 616/2004); 305/2005 de 30 de marzo del 2005 (revoca poder 369/2003); 379/2005 de 22 de abril de 2005; y 380/2005 de 22 de abril de 2005; 10 poderes en total, 7 de los cuales estaban vigentes en el momento del cobro del cheque, ya que los otros 3 fueron otorgados de manera posterior al 24 de septiembre del 2004 (cuando se produjo el hecho) lo que demuestra de manera innegable que el Ing. Enrique Quiroga Angulo ya desde el año 2000 era apoderado de SERPREC Ltda. Y que operó para el área financiera de esta empresa, no solo en el contrato Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta sino también en una serie de contratos, como ser: con el Servicio de Caminos; con la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Mayor de San Simón y con el Gobierno Municipal de La Paz en los proyectos Pasarelas de la ciudad de El Alto y Pavimento Rígido Paquete No. 3.* ***De los 10 poderes aportados al procedimiento por el Ing.*** *Jaime Enrique Quiroga Angulo, se verifica que posterior al cobro del cheque, la empresa SERPREC siguió otorgando poderes a favor del Ing. Quiroga en los que meridianamente se aprecia la mutua confianza que envolvía la relación de las partes, ya que SERPREC Ltda. Otorga amplias facultades al socio accidental para que, como textualmente mencionan los poderes: "(…) efectué todo tipo de operaciones, contratos y actos bancarios, pudiendo realizar contratos de cualquier naturaleza, anticipos, descuentos, prestamos de dinero o mutuo, prestamos, apertura de carta de depósito a la vista y a plazo(...) firmar todo tipo de documentos bancarios(...) apersonarse ante la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba, a objeto de solicitar el pago de planillas de avance de obras por la construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta (...)más poder para cobrar dineros provenientes de la ejecución de esas obras, sea en efectivo o en cheque, depositar los valores o dineros en instituciones bancarias o de ahorro, efectuar depósitos a la vista o a plazo en cualquier entidad bancaria o financiera del país, suspender los depósitos (...) cobrar, aceptar, girar, endosar bajo cualquier modalidad y transferir sin restricción alguna los títulos valores de propiedad de la Sociedad, ya sea a favor de personas naturales o colectivas, INCLUSIVE A FAVOR DEL PROPIO MANDATARIO (...)*

- ***Pág. 89 núm. 4 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010.-*** *Más aun el poder 146/2004 de 15 de abril es determinante por cuanto, a través de él, SERPREC otorga a Jaime Enrique Quiroga Angulo la facultad del manejo integro de las letras de cambio emitidas por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba (se las endosa) lo que significa que en ese momento habría transferido su derecho sobre dichos valores a favor de su socio accidental, situación que tiene coherencia con la Minuta de Contrato de Licitación Pública No. 04/2003, cursante en el expediente, mediante la cual SERPREC LTDA. y Jaime Enrique Quiroga conforman la asociación accidental relacionada al Contrato de Obras suscrito entre la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba y SERPREC con financiamiento del contratista.*

  En dicho contrato de asociación accidental se observa que Jaime Enrique Quiroga ingresa en condición de financiador, al expresar textualmente: "...Cabe aclarar que el Contratista no cuenta con el flujo económico necesario para hacer frente al cumplimiento de este Contrato. En este entendido el Financiador, será el responsable del manejo económico financiera del Contrato de Obra (...) 4.1. Porcentaje de Participación.- Los porcentajes de participación de las Partes en este contrato serán las siguientes: "a) ***Contratista*** *(SERPREC LTDA.) diecisiete y medio por ciento(17,5%). Dicho porcentaje se desglosa de la siguiente manera: (i)* ***trece por ciento (13%)*** *correspondiente* ***al IVA (ii) tres por dentro (3%) correspondiente*** *al IT Y (iii) Uno y medio por ciento (a.5%) (sic) que se reconoce por el uso del nombre en el Contrato de Obra adjudicando. B) Financiador (Jaime Enrique Quiroga) Ochenta y dos medios por ciento (82,5%). Las Partes compartirán en las proporciones precedentemente señaladas (1.5% y 82.5%) todos los derechos y las obligaciones que surjan del Contrato de Obra, utilidades o perdidas, costos y gastos (...)*

  Pág. 89 núm. 5 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010.- *Se aprecia también en el contrato de Asociación Accidental la clausula QUINTA.- CONDICIONES ESPECIFICAS lo siguiente: "(...) Las condiciones para la administración y ejecución del Contrato de Obra son las siguientes: 5.1* ***El Contratista*** *(SERPREC) (...) Por tratarse de un Contrato con financiamiento total el Contratista* ***emitirá factura fiscal correspondiente a favor de la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba CONSIGNANDO LA FECHA Y MONTO*** *que han sido definidos en el Plan de pagos (parciales) para el financiamiento (...) Esto deja entrever que el manejo y emisión de las facturas nunca estuvo a cargo del socio accidental (Jaime Enrique Quiroga Angulo) sino de SERPREC LTDA. (persona jurídica), por lo que no se puede alegar desconocimiento del cheque toda vez que en fecha 24 de septiembre del 2004 emitió la factura 000196 a favor de la H. Municipalidad de Cochabamba por concepto de pago de Letras de Cambio No. 61728, 61729, 61730, 61731, 61732 y 61733 por un monto de Bs. 7.478.092,24, todo esto respaldado de manera consistente con el Anexo 7 (Letras de cambio pendientes de facturación) del informe económico especial emitido por Acevedo Deloitte por el periodo comprendido entre el 10 de octubre del 2003 y el 31 de diciembre del 2004, aportado por la propia Empresa SERPREC LTDA. al procedimiento arbitral formalizado el año 2005, donde claramente se establece que entre las letras de cambio pendientes de facturación solo se encuentran los números 61721 al 61727, saltando*

exactamente los números facturados a la H.A.M de Cochabamba por el cheque 05079-9 para continuar con los números 61747 hasta el 61757. Asimismo en el anexo 4 del mencionado informe económico especial, también se observa el registro del pago de las letras por parte de la Alcaldía que hacen a la emisión del cheque en controversia.

Como se menciono en párrafos anteriores, la prescripción se comienza a computar a partir del día siguiente de producido el hecho, sin embargo, si se tomara el argumento del recurrente como válido, respecto a la falta de conocimiento, se llega a la conclusión conforme se analizó y demostró que SERPREC LTDA. Si conocía del hecho.

- ***Pág. 90 párrafo 2 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010.-*** *Por lo anteriormente expuesto, y en base a criterios de razonabilidad y estricto apego a la normativa, se determina que las infracciones han prescrito en lo referente a los puntos 1, 2, 3 y 5 en aplicación de lo establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo*

- ***Pág. 5 parte 1.3. del recurso Jerárquico de 09/11/2010.-*** *En forma desconcertante el recurrente se queja de que la ASFI no dio respuesta a sus peticiones del memorial de 11 de octubre de 2010, siendo oportuno aclarar que el Banco Económico S.A., de su parte remitió a la ASFI la CITE: GG. 379/2010 en la que consta la presentación de Actas del Directorio del Banco Económico, en las que se evidencia el conocimiento de este órgano social del Banco la Resoluciones ASFI No. 74/2009, ASFI No. 266/2009 y ASFI No. 786/2010; así mismo se acreditó en todo momento la Personería y Personalidad del Banco Económico S.A.; también se informo (sic) a la ASFI sobre el Código desvinculación por retiro voluntario del Lic. Percy Mier Rivas y, por oportuno el Banco representó que toda transferencia de acciones del* (sic) *la entidad se encuentra comunicada a la ASFI, aclarando que el Sr. Branko (sic) Marinkovic no estuvo ni está registrado como accionista del Banco Económico S.A., y que la petición de SERPREC no es procedente y el tenor de la misma es mal intencionado y además no tiene relación ni pertinencia con su reclamo, todo en estricta aplicación del Art. 47 párrafo IV de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el D.S. 27175 de Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.*

- ***Pág. 6 parte I.4 del recurso Jerárquico de 09/11/2010.-*** *Acudiendo al fácil mecanismo de la transcripción mutilada (consistente en copiar, pegar, cortar y enredar ideas sacándolas de su contexto, trata de desvirtuar las declaraciones hechas por su socio accidental, el Ing. Jaime Enrique Quiroga, quien manifestó en forma contundente ante el órgano administrativo, que no tiene intenciones de un doble pago del Cheque No. 0579-9 menos de previsiones.*

  De ahí que el recurrente afirma en este punto, que de ninguna manera se litigó en el proceso arbitral sobre el cheque aludido, no obstante en el proceso Arbitral seguido en la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba entre Jaime Enrique Quiroga Angulo y la

empresa SERPREC Ltda., se ARBITRÓ sobre el importe de la factura No. 0196 que originó el cheque No. 05079-9 motivo de este proceso administrativo; y otros relativos al manejo económico financiero de SERPREC Ltda. en el marco del Contrato de la Asociaron (sic) Accidental suscrito por SERPREC y el Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo para la Construcción de los Distribuidores Muyurina y Recoleta de la ciudad de Cochabamba, proceso Arbitral que culminó con el Laudo No. 001/06 de 12 de enero de 2006, el mismo que muestra el Estado de cuentas de la Asociación Accidental, en el que se VERIFICA como ingreso las letras de cambio y la factura No. 196 cuyo valor es igual al valor del cheque No. 05079-9 (prueba que se encuentra en la página 32 de las 36 páginas que comprende del Laudo Arbitral) y en el recurrente en su desesperado intento de negar sus propios actos (conducta ilegal e inmoral) adjunta fotocopias legalizadas de letras de cambio coligadas a la emisión del Cheque N° 05079-9, sosteniendo recién en esta instancia que ninguno de estos títulos valores consignan la firma de endoso en propiedad a favor de Jaime Enrique Quiroga, cuando esas mismas letras de cambio demuestran que el mismo Ing. Mayori procedió a endosar en blanco las mencionadas letras (Art. 524 Código de Comercio) entregándolas a su Socio Accidental Jaime Enrique Quiroga apoderado de SERPREC y encargado del manejo económico de la Sociedad Accidental, quien por lo establecido en el Art. 524 del Código de Comercio actuó en forma valida y legal como tenedor legitimo de las letras ya que dicha norma establece en forma textual que: "el endoso en blanco se considera válido con la sola firma del endosante. En este caso, el tenedor legitimo podrá llenar el endoso en blanco, con su nombre o TRASMITIR EL TITULO SIN COMPLETAR EL ENDOSO"

- *Lo anterior demuestra de manera fehaciente que Jaime Enrique Quiroga Angulo estaba legitimado mediante el contrato de Asociación Accidental y a través de los diferentes poderes otorgados por SERPREC Ltda., para disponer de las letras de cambio a objeto de obtener la liquidez necesaria para la ejecución del proyecto Muyurina Recoleta y no se necesitaba más endosos para descontarlas o cambiarlas, ello en virtud del Art. 524 del Código de Comercio, lo que demuestra que las afirmaciones de SERPREC son absurdas, aberrantes y fuera de la operativa legal aplicable a los títulos valores y que las consideraciones de la ASFI contenidas en la Resolución No. 890/2010 no son FALSAS, sino pertinentes y reflejan la verdad material de hechos probados.*

Los evidentes problemas y juicios de SERPREC, Mayori y Quiroga, entre los cuales destaca el Proceso Arbitral, dejan al descubierto los móviles que impulsaron a Mayori para exigir un pago adicional de diez millones de bolivianos (Bs.- 10.000.000) al advertir una falencia operativa del Banco que a la fecha se encuentra PRESCRITA, no debiendo olvidarse que el propio Ministerio de Economía y Finanzas Publicas en su Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 (Pág. 91 párrafo 3) ha señalado que la prescripción como hecho expeditivo se examinó con preferencia a otros hechos invocados y por lo tanto permite concluir que "SE HACE MANIFIESTAMENTE SUPERFLUA CUALQUIER CONSIDERACION RELATIVA A LAS INFRACCIONES Y LA APLICACIÓN O NO DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS"

En efecto, ante la obstinación del recurrente cabe ilustrar que la prescripción tiene su fundamento o explicación procesal, según la cual el paso del tiempo torna dificultosa la producción de la prueba, borrando los elementos esenciales para la defensa y torna

imposible la reconstrucción de la verdad histórica (Carlos A. Ghersi; Prescripción Liberatoria y Adquisitiva Civil-Comercial-Penal; Pág. 98; Editorial Cátedra Jurídica, 2006)

II INEXISTENCIA DE LESIÓN A DERECHOS.-

Como puede advertirse tampoco existe lesión a derechos subjetivos como falsamente argumenta el recurrente en la parte II del memorial del recurso jerárquico.- Veamos porque:

Continuando con su tediosa exposición, en la que abundan las ofensas -a falta de fundamentos jurídicos-, debemos resaltar que la impugnación efectuada mediante memorial de 09 de Noviembre del año en curso, se base principalmente en la irracional obstinación de Mayori y sus asesores, en el sentido de que LA AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO y EL MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS, tendrían que hacer abstracción total de los poderes otorgados por SERPREC al Ing. Jaime Enrique Quiroga -antes y después del 24 de septiembre de 2004- pretendiendo que esas reparticiones públicas ignoren la existencia de la Asociación Accidental conformada para la Construcción de los Distribuidores Muyurina Recoleta de la ciudad de Cochabamba en la cual SERPREC Ltda., tiene una participación del 17.5% y Jaime Enrique Quiroga tiene una participación del 82.5%, no obstante de que el Cheque motivo del reclamo tiene conexitud con dichos actos jurídicos .-

Esa supuesta lesión, argumentada en la ***parte*** *II del memorial de recurso jerárquico (Pág. 10 último párrafo), no tiene asidero lógico por cuanto para emitir un juicio exacto sobre las cosas tenemos que investigar los hechos confrontándolos con las sensaciones (sic) (Epicuro, Carta a Herodoto). La noción verdadera nos viene dada, en primer término, por los sentidos; y los sentidos son irrefutables. Nada puede refutar las sensaciones (Diógenes). En efecto no se pueden conocer los hechos si no se observan los mismos (Los Hechos en el Derecho, Bases Argumentales de la prueba de Marina Gascón págs. 7 y 8); de ahí que el principio de VERDAD MATERIAL, de antigua data, se halla claramente establecido en el Art. 4 inciso d) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo que a la letra dice "La administración pública investigará la verdad material en oposición formal que rige el procedimiento civil" ello concordante con el Art. 180 de la Constitución Política del Estado, habida cuenta que ni el órgano judicial ni el administrativo podía ni puede dejar de lado la valoración, estimación y consideración de los hechos materiales, nítidos e innegables que cursan en el expediente y que reiteramos son, entre otros:*

1) Los <u>10 poderes otorgados por SERPREC al Ing. Quiroga</u> de los cuales 7 estaban vigentes al momento del cobro del cheque, ya que los otros 3 fueron otorgados de manera posterior al 24 de septiembre de 2004 (cuando se produjo el hecho), lo que demuestra de manera innegable que el Ing. Enrique Quiroga Angulo ya desde el año 2000 era apoderado de SERPREC Ltda., y que opera para el área financiera de esta empresa (ver numeral 3 de la página 88 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI008/2010).

2) La existencia legal de la Asociación Accidental en la que SERPREC como contratista tiene una participación del 17.5% y Jaime Enrique Quiroga como financiador tiene una participación del 82.5%, estableciendo también que el manejo y emisión de facturas estuvo a cargo de SERPREC (persona jurídica), por lo que no puede alegar desconocimiento del cheque, toda vez que en fecha 24 de septiembre de 2004 SERPREC emitió la factura 00196 a favor de la H. Municipalidad de Cochabamba (ver numerales 4 y 5 de la página 89 de la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010).

Precisamente en base a esos fundamentos fácticos, que constituyen la verdad material investigada por el Órgano Administrativo, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera (ASFI) ha pronunciado la Resolución Administrativa No. 890/2010 de 20 de octubre de 2010, respetando a cabalidad lineamientos definidos en la referida Resolución Ministerial Jerárquica, haciendo una estimación porcentual y prudencial del importe ESTIMADO para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por el Juicio doble Ordinario de Hecho entre el Banco Económico y SERPREC; estimación que efectivamente se hizo en observancia de los principios que rigen el Procedimiento Administrativo Art. 4 de la ley 2341 incisos d) principio de verdad material y p) principio de proporcionalidad, resultando absurda la conclusión de Mayori en el sentido de que la ASFI habría obrado sin competencia al referirse a la Asociación Accidental con sus porcentajes de participación los poderes otorgados, las letras que se manejaron en el proyecto Muyurina Recoleta, actos que tienen conexión material con el cobro del cheque No. 05079-9 dado que es obligación de la ASFI pronunciarse sobre pruebas presentadas en cumplimiento del Art. 29 del Decreto Supremo No. 27175 de Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo que a la letra dice: "las Superintendencias sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de decisiones..." el párrafo III de dicha norma también manda a que las pruebas sean valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana critica.

Por lo tanto, si la ASFI no hubiese valorado la integridad de las pruebas aportadas y se hubiera limitado a examinar el cheque haciendo abstracción de su origen como pretende SERPREC, estarían desconociendo su propia competencia, de ahí que resulta falso lo afirmado por SERPREC de que la ASFI hubiese actuado en forma oficiosa, ultra petita y arrogándose funciones que no le competen.

Sr. Viceministro, como advertía (sic) P. Calamendrei en su obra proceso y democracia, cit, p. 130 sostiene que: "algunas motivaciones extensas repletas de malabarismos argumentativos, de vericuetos dialecticos y en definitiva farragosas, no solo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales sino que pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad".

En efecto la "cantidad" de motivación y argumentación no significa por si sola "calidad" de motivación, en este sentido pasamos a realizar las siguientes precisiones.

III. PRECISIONES Y FUNDAMENTOS QUE DESVIRTUAN LAS CONCLUSIONES DE SERPREC EN SU MEMORIAL DE RECURSOJERARQUICO DE 09/11/2010.-

Lo que resulta inaceptable son las amenazas vertidas a las reparticiones públicas y sus funcionarios y que le hagan decir al Ministro de Economía y Finanzas lo que jamás ha dicho en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 y que nos permitimos transcribir, el memorial de 9 de noviembre de 2010 en su Pág. 22 último párrafo afirma lo siguiente:" la referencia que hace la ASFI de lo que el Juez tenga o no que determinar es ociosa y parecería tener un propósito de generar confusión, puesto que el pago indebido ya ha sido determinado categóricamente por la misma ASFI y por el Ministerio de Economía y Finanzas Publica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010... en tal sentido el Juez no podría de ninguna manera concluir algo diferente puesto que tal extremo constituiría fallar en contra de norma expresa, lo que constituiría Prevaricato, más aún si el pago indebido esta por demás comprobado y no ha sido desvirtuado en ningún momento por el Banco Económico S.A." (lo subrayado es nuestro), esta FALSA afirmación de SERPREC en el sentido de que la ASFI y el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas (sic) habría determinado el pago indebido del cheque No. 05079-9 y que culmina con una amenaza de prevaricato al Juez, nos obliga a recordar que el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas (sic) en ninguna parte de la mencionada Resolución Jerárquica determinó ningún pago indebido, lo que se ha determinado es la declaratoria de prescripción del reclamo de SERPREC y que la ASFI se pronuncie nuevamente con relación a la previsión por riesgo legal.

De ahí que las cuatro conclusiones a las que llega SERPREC (ver página 32 a 33 de su memorial de recurso jerárquico) son irracionales y sin fundamento legal:

1.En primer lugar la ASFI al haber consignado en la parte considerativa de la Resolución 890/2010 aspectos relativos al contrato de Asociación Accidental ha actuado conforme manda el Art. 4 inciso d) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo concordante con el Art. 180 de la Constitución Política y por lo tanto no ha vulnerado las Garantías Constitucionales del debido proceso, ni la seguridad jurídica, ni el principio de legalidad ya que actuó con plena competencia y valoro las pruebas en forma íntegra y no abstracta como pretende SERPREC.

2. La ASFI tampoco ha vulnerado el Art. 514 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que el único aspecto que se encuentra ejecutoriado y que adquirió calidad de cosa juzgada firme en el presente trámite administrativo, es el relativo a la PRESCRIPCION DEL RECLAMO DE SERPREC y lo que se encuentra impugnado es el aspecto relativo a la previsión por riesgo legal.

3. La ASFI al haberse pronunciado nuevamente sobre la previsión ha dado cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica No. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 que ha determinado en su Pág. 93 párrafo 4) que la ASFI se pronuncie "NUEVAMENTE" con relación a este punto, por lo tanto la ASFI no ha incurrido en ningún ilícito previsto por la normativa vigente como sostiene en forma falsa y temeraria SERPREC.

4.Con relación a este numeral que constituye la esencia del reclamo de SERPREC, esta empresa indica que no es válida la aplicación de porcentajes que los califica de

parcelados por cuanto este tipo de previsiones solo estarían reservadas a las contingencias legales emergentes de un crédito, lo que no ha considerado el recurrente es que la previsión gradual dispuesta por la ASFI en forma consecuente con su posición jurídica inicial es que la previsión gradual se sujeta al resultado del proceso ordinario en sus diferentes grados e instancias, no pudiendo alegarse que la nulidad determinada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010 se haya producido por la emisión de dicha instrucción, sino por el hecho de que (como la propia Resolución Ministerial Jerárquica lo estableció en el cuarto párrafo de la página 92)"... no puede aplicarse una previsión especifica (sic) para riesgo de cartera a una previsión especifica (sic) para riesgo legal arguyendo referencia normativa cuando existe definición para el caso concreto", esto significa que lo que se anulo (sic) es la referencia normativa o la analogía que se hizo con las previsiones de cartera, dado que estas tienen diferente naturaleza y aplicación.

En consecuencia con relación a la instrucción de previsión por riesgo legal instruida por la ASFI en la Resolución 890/2010 y su contabilización en la cuenta 257 "Otras Previsiones" tenemos que para cumplir con esta norma, no podemos hacer abstracción del juicio ordinario de hecho doble radicado en el juzgado 1° de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito de Cochabamba y que motiva la previsión, la cual al ser un monto estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas tales como juicios laborales, etc. según la descripción que realiza el propio Manual de Cuentas, se colige que esta debe acompañar a los resultados judiciales de las diversas fases, grados o instancias que la generan lo cual nos lleva a la conclusión de que la ASFI tiene plena competencia para definir este monto estimado para cada instancia, máxime si el Manual de Cuentas Para Bancos y Entidades Financieras, no define de manera específica (sic) la constitución del previsiones del 100% en un solo momento para una contingencia reiteremos emergente de un proceso judicial ordinario que obviamente tiene grados o instancias.

IV.CONCLUSIÓN Y PETICIÓN.-

En merito a los hechos relacionados y los fundamentos de orden legal expuestos con cita de páginas y partes en las que el recurrente incurre en afirmaciones falsas, amenazas, ofensas, error en la apreciación de los hechos y de las normas aplicables al caso concreto, principios de verdad material y los antecedentes facticos de los cuales quiere hacer abstracción SERPREC Ltda., se encuentran desmentidas y destruidas las argumentaciones del recurrente, que no ha sufrido ninguna violación a sus derechos subjetivos con el pronunciamiento de la Resolución ASFI 890/2010 de 20 de octubre de 2010, la misma que no le causa ningún daño, ni agravio ni moral, ni patrimonial ni por la vía de los llamados derechos difusos, toda vez que la instrucción de previsión en la forma y porcentajes que ha sido dispuesta por la ASFI, no afecta la solidez, confiabilidad, estabilidad, sanidad y eficiencia del Sistema Financiero y menos a SERPREC Ltda., con el complemento de que su reclamo se encuentra prescrito.

En consecuencia, pedimos que su autoridad de conformidad con el Art. 44 en relación al Art. 43 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, dicte Resolución Ministerial Jerárquica desestimando el Recurso Jerárquico interpuesto por SERPREC Ltda., dado que esta empresa no ha demostrado la vulneración de sus derechos subjetivos o supuestas

lesiones a sus intereses y confirme la Resolución ASFI 890/2010 de 20 de octubre de 2010 en todas sus términos (…)"

Mediante memorial presentado el 24 de diciembre de 2010, Jaime Enrique Quiroga Angulo presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"I. ANTECEDENTES.

He sido notificado en fecha 17 de diciembre del año en curso, con el Auto de fecha 19 de noviembre de 2010, que en su parte considerativa establece que fue admitido el Recurso Jerárquico presentado por SERPREC Ltda., y que reconoce que existen TERCEROS LEGITIMOS INTERESADOS, disponiendo en su primer por tanto "procédase a notificar al Banco Económico S.A., con el Recurso Jerárquico interpuesto por Servicios de Pretensado y Construcción Ltda. SERPREC Ltda., contra la Resoluci6n Administrativa ASFI No. 890/2010 de 20 de octubre de 2010".

En el segundo por tanto, se dispone lo siguiente: "procedida con la notificación señalada, LOS TERCEROS LEGITIMOS INTERESADOS podrán apersonarse y presentar sus alegatos…."

Conforme a los antecedentes anotados y al amparo de los Arts. 12 y 60 de la Ley No. 2341, "Ley de Procedimientos Administrativos", tengo a bien apersonarme ante su autoridad y presentar el siguiente alegato:

II.ALEGATOS Y FUNDAMENTACION COMO TERCERO INTERESADO EN LO ATINENTE A LOS HECHOS QUE HACEN A ESTE CASO.

El Ing. Magno Guillermo Mayori continuando con el abuso de representación y la personalidad jurídica de Servicios de Pretensado y Construcción Ltda. SERPREC Ltda. empresa que la utiliza como una MASCARA de su accionar ilegal, ha presentado un injuriante y ofensivo Recurso Jerárquico impugnando la Resolución Administrativa Nro. 890/2010 de 20 de octubre del año en curso, refiriéndose a mi persona en forma calumniosa y expresado una serie de falsedades que me obliga a apersonarme ante su autoridad como tercero legitimo interesado y afectado por las tremendas mentiras cursantes en el memorial de Recurso Jerárquico de 9 de noviembre de 2010, firmado por el Ing. Magno Guillermo Mayori Machicao que paso a desvirtuar

El Ing. Mayori se refiere a mi persona indicando que a través de mi apoderada habría hecho aseveraciones que no condicen con la verdad y no tendrían incidencia con el pago del cheque No. 05079-9, versión falsa de Mayori en la que trata de sacar de contexto el cheque en cuestión, el mismo que está ligado a la factura No. 0196 entregada a la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba y que demuestra el manejo económico y financiero realizado por mi persona en el marco del Contrato de Asociación Accidental suscrito por SERPREC Ltda., y mi persona para la construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina - Recoleta, habiendo luego sostenido un proceso arbitral que culminó con el Laudo No. 001/06 de 12 de enero de 2006, el mismo que muestra el Estado de cuentas de la Asociaci6n Accidental, en el que se VERIFICA como ingreso las letras de cambio y la factura No. 196 cuyo valor es igual al valor del cheque

No. 05079-9 (prueba que se encuentra en la página 32 de las 36 páginas que comprende del Laudo Arbitral). Pretender hacer abstracción de estos actos jurídicos coligados a la emisión y cobranza del cheque No. 05079-9 no es un mero EXTRAVIO EZQUIZOFRENICO por parte de Mayori sino un malévolo plan que deja entrever su clara intencionalidad de hacer cobrar a SERPREC Ltda., dos veces la suma de Bs.- 7.478.052.24 que constituye el importe del cheque 05079-9 cobrado por mi persona el año 2004, precisamente en nombre y representación de SERPREC Ltda., en base a una cadena de poderes que han sido analizados por ese Ministerio en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPA/PSF/URJ-SIREFI 008/2010, lo cual me obliga a reiterar los siguientes fundamentos de hecho y derecho en los cuales se sustenta el presente alegato.

2.1. IMPORTE DEL CHEQUE INGRESADO AL ESTADO DE CUENTAS DE SERPREC.

En el proceso Arbitral entre mi persona Jaime Enrique Quiroga Angulo y la empresa SERPREC Ltda. se ARBITRO sobre el importe de la factura No. 0196 que originó el cheque No. 05079-9 motivo de este proceso administrativo; de ahí que he afirmado que se litigo sobre el importe de este cheque y que el mismo se ingreso a la contabilidad de SERPREC, prueba de ello es que el Laudo No. 001/06 de 12 de enero de 2006, muestra el Estado de cuentas de la Asociación Accidental, en el que se VERIFICA como ingreso las letras de cambio y la factura No. 196 cuyo valor es igual al valor del cheque No. 05079-9 (prueba que se encuentra en la página 32 de las 36 páginas que comprende del Laudo Arbitral).

2.2. ACTUACIONES QUE NO PUEDEN ABSTRAERSE DE LA REALIDAD Y QUE ORIGINARON LA ENTREGA, COBRO Y PAGO DEL CHEQUE.

Mi persona, por cuenta de la empresa SERPREC Ltda., en merito a los poderes notariales que me fueron otorgados por el Gerente General de la misma, Ing. Mayori, suscribió con el Municipio de Cochabamba el Acta de Conciliación y Pago de Deuda en fecha 23 de septiembre del año 2004 en la que consta que se procedió con el descuento de seis Letras de Cambio Nos. 61728, 61729, 61730, 61731, 61732 y 61733, las mismas que fueron endosas para que mi persona como tenedor legitimo(sic) de las mismas las pueda descontar, lo cual efectivamente sucedió por un valor descontado de $us.- 934.761,53 equivalentes a Bs.-7.478.052.24, monto del cheque No. 05079-9 de acuerdo al Acta de Conciliación pertinente, siendo irrelevante que el endoso de las mismas sea en blanco de acuerdo con lo establecido en el Art. 524 del Código de Comercio en virtud a la cual el endoso en blanco se considera válido con la sola firma del endosante. Hecho que ratifica mi condición de tenedor legitimo de las cambiales ya que el endoso en Blanco incluso implica una trasmisión en propiedad, lo que demuestra que mi persona estaba plenamente facultada y autorizada para la cobranza del cheque No. 05079-9 en virtud al contrato de Asociación Accidental y la cadena de poderes que respaldan mi actuación la cual no puede hacerse abstracción por el capricho y conveniencia del Ing. Mayori.

2.3. <u>COBRO DEL CHEQUE POR PERSONA AUTORIZADA</u>.

*Tampoco puede hacerse abstracción de las cosas que han sucedido en un espacio y tiempo determinado, cual es la cobranza del cheque No. 05079-9 efectivizada al día siguiente de la Conciliación de cuentas con la H. Alcaldía de Cochabamba, es decir **<u>el 24 de septiembre del 2004</u>** y ese mismo día **<u>mi persona</u>**. Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo, en calidad de apoderado de SERPREC Ltda., en merito de los Instrumentos de Poder Notariales que me otorgó el PROPIO MAYORI Nos. 369/2003 y 146/2004 y las facultades incursas en el contrato de Asociación Accidental de 30 de septiembre de 2003, recogí de la Alcaldía y **<u>cobre (sic)</u>** el cheque intransferible No. 05079-9 por Bs.- 7.478.092,24 en representación de SERPREC Ltda., resultando deshonesto y malicioso desconocer cómo pretende Mayori sus propios actos o pretender hacer abstracción de los mismos.*

Subrayo y remarco en negrillas la fecha de cobro del cheque, por cuanto recién el 20 de abril del 2009, según se evidencia en la Resolución recurrida, después de haber transcurridlo aproximadamente cuatro años desde que mi persona como apoderado de SERPREC Ltda. cobró el aludido cheque, el Ing. Mayori en representación -abusiva y maliciosa- de SERPREC Ltda. sentó denuncia ante la ASFI por supuesta falta de personería para el cobro del citado CHEQUE.

La empresa SERPREC Ltda. a través de su gerente Ing. Mayori conocía de mis actuaciones como apoderado, y por supuesto, conoció la cobranza del cheque No. 05079-9, siendo totalmente malicioso, fraudulento y de mala fe pretender desconocer mis actuaciones y los poderes que me han sido conferidos.

Es evidente que el Ing. Mayori tratando de desconocer los poderes otorgados, las conciliaciones de cuentas, las facturas emitidas y el procedimiento Arbitral ya mencionado, tratando con su conducta de sonsacar un doble pago, al Banco Económico afectando mi imagen crediticia que puede resultar perjudicial a mis legítimos derechos, al margen de que el reclamo de Mayori es tardío, extemporáneo, temerario y malintencionado.

2.4. <u>CONDUCTA DOLOSA E INTIMIDANTE DEL ING. MAYORI</u>.

Ya lo dijimos que la conducta dolosa del Sr. Mayori, no se agota en este trámite, y su característico tono amenazante de responsabilizar penalmente a toda persona o autoridad que se le cruce en el camino y que no se someta a sus designios así lo ha hecho con el Oficial Mayor Financiero de la Honorable Municipalidad de Cochabamba, en esa época el Sr. Héctor Tito Orellana Nuñez imputándole falsamente de los delitos de Malversación, Cohecho Pasivo Propio, Uso de Influencias, Beneficios en Razón del Cargo, Negociaciones incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas y Concusión, investigación penal en la que se me involucró como cómplice y que ha sido rechazada por el Ministerio Público por no tener asidero legal.

Asimismo ha pretendido enjuiciarme penalmente por el supuesto uso de instrumento falsificado tratando de argumentar que los poderes que me fueron otorgados y con los

que he actuado habrían sido falsificados por mi persona y la Notaria de Fe Pública que los extendió Dra. María del Carmen Montaño del Granado, habiendo aperturado dos procedimientos uno disciplinario ante la Dirección de Régimen Disciplinario del Consejo de la Judicatura y otro ante el Ministerio Publico habiendo sido rechazados ambos procesos.

Adicionalmente como corolario y prueba de la conducta maliciosa y dolosa del Ing. Mayori se tiene la Sentencia Condenatoria de reclusión de 4 años y 6 meses impuesta en Juicio Penal Público por el Juez Segundo de Sentencia de Cochabamba por la comisión del delito de Estafa en contra los socios de SERPREC Ltda. que son Janeth Pastora Camberos Vda. De Barroso e hijos quienes son los herederos del fallecido socio de SERPREC Ltda., Ing. Edgar Fortunato Barroso Daza.

Ese mismo modus operandi intimidante ha sido desarrollado por Mayori y su equipo de abogados con el Fiscal Dr. Irving Avendaño que lo imputó por el delito de extorsión, es decir por haber tratado de obtener una ventaja indebida mediante amenazas contra el Banco Económico S.A., proceso en el cual mi persona fue notificada para presentar una declaración informativa, de ahí que no me causa sorpresa que Mayori en represalia por haberlo desenmascarado en su intención de obtener un doble pago del cheque No. 05079-9 me haya endilgado falsas denuncias por la comisión de supuestos delitos de Falsedad Material, Uso de Instrumento Falsificado y Estelionato por el presunto cobro ilegal de dos letras de cambio giradas por SERPREC Ltda., aceptadas por la Honorable Alcaldía de Cochabamba por $us. 387.939,40 adjuntando una imputación realizada por el Ministerio Público contra mi persona, el mismo que se encuentra impugnado.

En este rosario de ilegalidades del mismo, sostengo con el referido Ing. Mayori los siguientes procedimientos penales:

-Ministerio Público a denuncia de Jaime Enrique Quiroga, caso No. 577/10 (Denuncia por documento falsificado de alquiler de un inmueble de Mayori y su cuñada sic) por los delitos tipificados en los artículos 199, 200, 203 y 229.

Ministerio Público (sic) a denuncia de Jaime Enrique Quiroga contra Guillermo Mayori, caso No. 1559/10, por falsificación de poderes, uso de instrumento falsificado, por los delitos tipificados en los artículos 199, 200,203 y 229.

-Ministerio Público a denuncia de Jaime Enrique Quiroga contra Guillermo Mayori (denuncia por falsificación de nuevo poder) caso No. 0736/10. por los delitos tipificados en los artículos 199. 200. 203 y 229.

III. DE OTROS ASPECTOS QUE HACEN A LOS ALEGATOS, QUE ES IMPORTANTE SE TOMEN EN CUENTA POR LA AUTORIDAD REGULATORIA, AL HACER AL FONDO DE LO PRETENDIDO ILEGALMENTE POR EL DEMANDANTE.

Si revisamos los documentos en base a los que pretende recuperar este $us.-1.000.000.- supuestamente cobrado ilegalmente, se tiene que el documento base de esta

operación comercial (asociación accidental), determina que los porcentajes se dividían de la siguiente manera:

Jaime Enrique Quiroga 82.50%

SERPREC Ltda. 17.50%

Si estudiamos el contrato, el monto global del mismo es de $us.- 4.552.145,90.-, lo que implica que el 17.50% representa: 3% IT cancelado de todo lo facturado (validado por Acevedo), 13% IVA entregado en su totalidad y el 1.5% por el uso del nombre que asciende a $us. 68.282,18

De donde se tiene que lo que legal y contractualmente le correspondía a SERPREC Ltda., por su participación en el contrato de obra Construcción Vehicular Muyurina - Recoleta era solamente el 1.50% del contrato equivalente a $us.- 68.282,18.-.

Ahora bien, si la Ley No. 2341, "Ley de Procedimiento Administrativo", determina en su artículo 4 inciso d), que:

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

d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;

Es obligación de la administración pública y por ende de los organismos de control investigar esta verdad material, en oposición a la verdad formal.

Si se investiga esta "verdad material", lo anteriormente detallado, no puede ser pasado por alto y corresponde una pregunta, ***¿cómo puede ser quien debía beneficiarse con 1.5% de $us.- 1.000.000.- que es un pago parcial de la Alcaldía de Cochabamba realizado a través del cheque No. 05079-9 y originado en el proyecto Vehicular Muyurina - Recoleta y relacionado con el Contrato de Asociación Accidental, el cual por voluntad de sus asociados correspondía a SERPREC Ltda., recibir del importe del cheque solamente en la suma de $us.-15.000.- ahora nos preguntamos cómo puede pedir que se le pague la totalidad del cheque y solicitar una previsión por dicho monto?.***

Aplicando además, los principios ético morales contemplados en el artículo 8 numeral II de la nueva CPE, que detalla:

II El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Consideramos asimismo, que debe investigarse esta situación antes de confirmarse o revocarse este fallo aplicando fundamentalmente los valores de ***transparencia,***

equilibrio, bienestar común, responsabilidad y justicia social, *como principios constitucionales que hacen a la seguridad jurídica de los administrados.*

Por otra parte, es importante recordar que el Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero del 2009, que legisla la "Estructura Organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional", detalla en su artículo 3, incisos d), e), f), g), i), j) y n):

<u>ARTICULO 3º.</u>- (PRINCIPIOS). Son principios aplicados por las servidoras y servidores públicos en la gestión pública:

d) Ética.- Compromiso efectivo del servidor y servidora público con valores y principios establecidos en la Constitución Político del Estado y la presente norma, que lo conducen a un correcto desempeño personal y laboral.

e) Legitimidad- Reconocimiento pleno del Soberano a los actos de la administración pública, cuando estos sean justos y respondan a sus necesidades.

f) Legalidad.- Actuar en el marco de las disposiciones legales vigentes en el País que responden a la voluntad soberana del pueblo.

g) Igualdad- Reconocimiento pleno del derecho de ejercer la función público, sin ningún tipo de discriminación, otorgando un trato equitativo sin distinción de ninguna naturaleza a toda la población.

i) Transparencia.- Practica y manejo visible de los recursos del Estado, por parte de los servidores públicos y de personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que presten servicios o comprometan recursos del Estado, así como la honestidad e idoneidad en los actos públicos, y el acceso a toda información en forma veraz, oportuna, comprensible y confiable, salvo la restringida por norma expresa en casos de seguridad nacional

j) Competencia.- Atribución legitima conferida a una autoridad para el conocimiento o resolución de asuntos determinados, prevista en norma expresa. Se ejerce en representación del pueblo.

n) Honestidad.- Actuar correctamente en el desempeño de funciones públicos, con base en la verdad, transparencia y justicia.

Que deben aplicarse por su autoridad en el presente caso, lo que implica que se encuentra debidamente fundamentado legalmente mi pedido de que se realice la investigación anteriormente detallada, más aún tomando en cuenta que los fondos por los que discute el Ing. Mayori en supuesta representación del SERPREC Ltda., <u>son recursos del Estado</u>, ya que se refieren al proyecto de los distribuidores Muyurina y Recoleta, que fueron licitados por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba.

IV. <u>DE OTRAS CONSIDERACIONES DE ORDEN LEGAL QUE HACEN ILEGAL LO PRETENDIDO POR ING. MAYORI - PODERES FALSOS</u>.

Como se desprende de las denuncias penales que he sentado y que se encuentran en proceso investigativo se tiene que el único documento válido legalmente de la constitución societaria de SERPREC Ltda. es el Testimonio No. 256/1988, en el que no figura el supuesto socio Hernán Bolívar (este tema ha sido denunciado ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, encontrándose en proceso de investigación), y todos los poderes con los que actúa el Ing. Mayori en representación de SERPREC Ltda., han sido otorgados por el mismo y el supuesto socio Hernán Bolívar, de donde nace su ilegalidad, independientemente de otras irregularidades que se han cometido en la expedición de los mismos y que constan en las denuncias penales sentadas de mi parte.

Lo anteriormente detallado, independientemente de violar los valores éticos del Estado Plurinacional como hemos detallado anteriormente, hacen que la representación del demandante sea nula, sometiendo a las autoridades de control a una burla por parte del mismo e intentando de que las mismas sean cómplices de actos delincuenciales al dar por validas sus actuaciones, que las realiza sin derecho pero además, en un plano delictivo.

Por lo detallado anteriormente y sin embargo de que este aspecto ya los hemos denunciado anteriormente (al cual no hemos tenido un pronunciamiento expreso), es que consideramos que el mismo debe ser nuevamente revisado y adoptarse por parte de ustedes una decisión en estricto derecho.

V. <u>DE LA CONFIGURACION DE DELITOS QUE AMERITAN LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO Y SU PRONUNCIAMIENTO EXPRESO</u>.

Como se desprende de las denuncias penales ya detalladas anteriormente y que se reiteran:

Ministerio Publico (sic)del Distrito Judicial de Cochabamba a denuncia de Jaime Enrique Quiroga contra Guillermo Mayori, caso No. 1559/10, por falsificación de poderes, uso de instrumento falsificado, por los delitos tipificados en los artículos 199, 200, 203 y 229, bajo el control jurisdiccional del Juzgado 1ero de Instrucción Cautelar, investigación a cargo del Fiscal Dra. Jhosy Erly Arauco.

Ministerio Público del Distrito Judicial de Cochabamba a denuncia de Jaime Enrique Quiroga contra Guillermo Mayori (denuncia por falsificación de nuevo poder) caso No. 0736/10, por los delitos tipificados en los artículos 199, 200, 203 y 229, bajo el control jurisdiccional del Juzgado 2ndo de Instrucción Cautelar, investigación a cargo del Fiscal Dra. Jhosy Erly Arauco.

Se tiene que el Ing. Mayori viene actuando con poderes expedidos ilegalmente, sobre el particular, reiteramos que en este procedimiento no se ha tornado en cuenta esta situación, lo que hace que se encuentre cuestionada su representación y legalidad en su actuación.

Sobre el particular la Ley No. 2341, "Ley de Procedimiento Administrativo", determina:

ARTICULO 4°.- (Principios Generales de la Actividad Administrativo). La actividad administrativa se regirá los siguientes principios:

d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;
e) Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientaran el procedimiento administrativo;

ARTICULO13°.- (Representación).

I. Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública podrá actuar por sí o por medio de su representante o mandatario debidamente acreditado.
II. El representante o mandatario, deberá exhibir poder notariado para todas las actuaciones administrativas, excepto en los casos señalados en el Artículo 59° del Código de Procedimiento Civil, debiendo entenderse para este caso que la obligación de por bien hecho lo actuado, debe ocurrir antes de dictarse la resolución administrativa de carácter definitivo con dispensa de fianza de resultas.
III. La representación de las comunidades campesinas y organizaciones territoriales de base podrá acreditarse a través de la presentación de actos o instrumentos legales conforme a Ley.

ARTICULO 45°.- (Intervención del Ministerio Público). El Ministerio Público podrá participar y actuar en procedimientos administrativos, conforme a su ley orgánica, cuando de manera fundada, establezcan la necesidad de vigilar la legalidad de los procedimientos y la primacía de la Constitución y las leyes. No podrá invocarse la nulidad de actuación administrativa alguna, fundada en la ausencia de intervención del Ministerio Público.

Por lo detallado, solicito expresamente se remitan antecedentes al Ministerio Publico (sic) y se solicite su participación en este procedimientos por los aspectos denunciados anteriormente, a los efectos de que se investigue la falta de representación del Ing. Mayori y la falsificación de poderes y otros documentos societarios, que es de especial y previo pronunciamiento, estando el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas impedido legalmente para pronunciarse hasta que el Ministerio Público aclare los hechos denunciados.

VI. DE MI SOLICITUD Y PETITORIO.

Por todo lo expuesto, detallado y fundamentado legal y jurisprudencialmente, en estricta sujeción a lo que determina la Constitución Política del Estado, la "Ley de Procedimientos Administrativos, la jurisprudencia constitucional vinculante, ***impugno el ofensivo,*** *Recurso Jerárquico formulado por Magno Guillermo Mayori Machicao, que*

*sigue fungiendo como Gerente de SERPREC Ltda., dejando expresa constancia de su malicia y temeridad en el presente procedimiento administrativo, y en estricta aplicación del procedimiento administrativo **PIDO** se CONFIRME la Resolución ASFI No. 890//2010 de 20 de octubre de 2010 ya que su intención de cobrar dos veces el importe del cheque Nro. 05079-9 que ya fue cobrado por mi persona en representación de SERPREC Ltda., el año 2004, constituye una pretensión de enriquecimiento ilícito por parte del Ing. Mayori, no siendo viable tampoco ninguna previsión conforme a lo alegado y, en definitiva se proceda al archivo de obrados. con imposición de costas, multa y declaratoria de temeridad del recurrente y página 22 de su memorial último párrafo en el que indica que el Juez no podría concluir algo diferente puesto que tal extremo constituiría fallar en contra de norma expresa, lo que constituiría prevaricato, es decir ya está expresando una clara amenaza al Juez 1° de Partido de Cochabamba antes de que este dicte sentencia.(...)"*

Que, en fecha 25 de enero de 2011 **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA.**" legalmente representada por Magno Guillermo Mayori Machicao, presenta memorial mediante el cual argumenta lo siguiente:

"En término hábil, tengo a bien responder y refutar al pretendido alegato presentado por JAIME ENRIQUE QUIROGA ANGULO, quien mediante memorial de fecha 22 de diciembre de 2010, se apersona ante este despacho Ministerial, asumiendo condición de tercero interesado y explanando argumentos manifiestamente dirigidos a confundir a su autoridad, memorial que consigna en su tenor hechos que ya no corresponden a la realidad, escondiendo maliciosa y dolosamente el estado actual de cada uno de los procesos que menciona, siendo oportuno y urgente develar de una vez por todas la personalidad tendenciosa del "tercero interesado" y poner en evidencia definitivamente que El (sic) referido memorial en ningún momento busca precautelar por un supuesto derecho o afectación a su persona, sino que estamos ante la prueba objetiva de que el citado memorial es uno que acredita la colusión que Jaime Enrique Quiroga Angulo conforma con el Banco Económico S.A. para continuar dilatando la ejecución de Resoluciones Administrativas Sancionatorias que actualmente se encuentran ejecutoriadas, que alcanzaron la calidad de Cosa Juzgada, desconociendo el carácter obligatorio que estas revisten, a cuyas argumentaciones tengo a bien responder y refutar en los siguientes términos:

***1.-** El memorial objeto del presente responde y refuta, inicialmente comete el exabrupto jurídico de manifestar que mi persona estaría incurriendo en "abuso de representación" de la empresa Serprec Ltda., afirmación que devela el desconocimiento absoluto que tienen respecto del régimen jurídico de la representación y el mandato, en cuyo contexto, resulta impropio y hasta ignorante hablar de abuso de representación, cuando en estricto derecho este término no es aplicable por la naturaleza del mandato, sus condiciones, alcances y objeto, más aún si este es uno que se ha otorgado en el marco de las disposiciones contenidas en la escritura pública de constitución de la sociedad Serprec Ltda., cuyo testimonio es signado con el N° 256/88 de 13 de mayo de 1988, las del Código de Comercio, del Código Civil y de su Procedimiento, conferida previa determinación de la Asamblea*

de Socios cuya decisión se encuentra plasmada en el correspondiente acta, debidamente registrada en FUNDEMPRESA, a través del cual se otorgó el Testimonio de Poder signado con el No. 103/08, mismo que también fue debidamente registrado en Fundempresa y que ha sido presentado en el presente trámite administrativo sobre cuya base se ha asumido la legalidad de mi representación. Asimismo, se tiene que la legalidad y legitimidad de la representación ha sido respaldada por el Juez Primero de Partido en lo Civil de la Capital Cochabamba mediante el Auto de 10 de febrero de 2009, emitido en el curso del proceso ordinario de responsabilidad por mal pago de cheque 05079-9 que Serprec Ltda. sigue contra el Banco Económico S.A. estableciendo que la legalidad de mi representación y personería respecto de la persona jurídica Serprec Ltda., adjuntado fotocopia de esta resolución en calidad de prueba.

***2.-** Respecto de la factura N° 196, documento fiscal que Jaime Enrique Quiroga Angulo invoca de manera permanente en este proceso y en el proceso ordinario civil que actualmente se tramita ante el Juzgado 1° de Partido en lo Civil de la Capital Cochabamba, manifestando que esta sería la prueba que evidencia que el importe del cheque 05079-9 habría ingresado a las cuentas de Serprec Ltda., **afirmación falaz que la refuto de la siguiente manera:** Jaime Enrique Quiroga Angulo, asumiendo ser "tercero interesado" tiene pleno conocimiento que la mencionada factura es un documento que simplemente acredita el cumplimiento de uno de los requisitos que la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba exige para proceder a la emisión del correspondiente cheque, requisito de carácter formal que se encuentra previsto en el Reglamento de Tesorería y Crédito Público de la H.A.M.*

En virtud a estos fundamentos, el referido documento fiscal, no es representativo ni acreditativo de que el importe del cheque N° 05079-9 haya ingresado al patrimonio de Serprec Ltda., argumento pueril y sin respaldo documentario que resulta absolutamente contradictorio a la certificación emitida por el mismo Banco Económico S.A., entidad financiera que a través del sistema SARC, puso a conocimiento de Serprec Ltda., el destino que corrieron los fondos provenientes del cheque N° 05079-9, certificación que no consigna que estos fondos hayan sido abonados a alguna cuenta de Serprec Ltda. o que habrían pagado obligación alguna de la empresa que gerentó, siendo el referido argumento esgrimido por Quiroga Angulo uno direccionado a insertar elementos de confusión en el proceso, tergiversando la realidad v manipulándola para tratar de obtener provecho para sí y para el Banco Económico S.A.

***3.-** Respecto del laudo arbitral al que hace mención el "tercero interesado" no tiene influencia alguna sobre el Recurso Jerárquico; afirmo este extremo en razón a que el "tercero interesado" tiene pleno conocimiento que EL OBJETO DEL IRREGULAR ARBITRAJE FUE LE RECLAMO POR LA REVOCATORIA DEL PODER 369/2003 **Y EN NINGUN MOMENTO SE ARBITRO SOBRE LA FACTURA N° 196,** y la "contabilidad" a la que se refiere Quiroga Angulo, es al INFORME presentado por su contadora particular Paula Olivia Lujan Cochiné, respecto del Proyecto Construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina-Recoleta **y que no es la contabilidad de la empresa Serprec Ltda.,** INFORME*

que fue elaborado por orden y dirección del mismo Jaime Enrique Quiroga Angulo, presentado bajo el rotulo de INGRESOS Y GASTOS, que contiene datos exprofesamente incorporados para "justificar" las apropiaciones ilícitas que hizo de los recursos económicos de Serprec Ltda., y que ahora pretende defender, contabilidad que, reitero, es prueba de la dolosa premeditación con la que Jaime Enrique Quiroga Angulo ha obrado y de la intención de sorprender a su autoridad con afirmaciones alejadas de la verdad material y procesal, estas afirmaciones pueden ser fácilmente identificadas por su autoridad a través de la revisión del expediente donde oficiosamente presentaron copia del Laudo Arbitral, sin que el mismo sea pertinente al reclamo de SERPREC Ltda.

4.-** Ahora, con referencia a los puntos 2.2. y 2.3 del memorial de fecha 22 de diciembre de 2010 en el que Jaime Enrique Quiroga Angulo afirma que este en representación de Serprec Ltda., había suscrito el acta de conciliación y pago de deuda en fecha 23 de septiembre de 2004. Respecto a estas afirmaciones, se tiene que el Acta de Conciliación y Pago de Deuda antes mencionado, en su tenor no consigna documento alguno ni número de testimonio de poder sobre el que se tenga acreditada una representación de Serprec Ltda., **la simple mención de que se procederá a la cancelación de 6 letras de cambio giradas a favor de la Empresa Serprec Ltda., NO SURTE EFECTO LEGAL ALGUNO, en razón a que este aspecto ya ha sido objeto de análisis y pronunciamiento por parte del Ministro de Economía y Finanzas Públicas Lic. Luis Alberto Arce Catacora, en su condición autoridad jerárquica superior, a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, en su página 91 donde consigna como ratio decidendi la siguiente conclusión analítica:

*"...Finalmente, corresponde precisar que la actuación del Banco Económico S.A. conforme se evidencia del expediente administrativo, no se ha ajustado a derecho, porque al margen de las circunstancias que adujo para justificarlo como que el cheque fue pagado a un tercero que investía la calidad de apoderado de SERPREC y que el Banco al darse cuenta que había abonado en una cuenta personal revirtió los fondos de forma inmediata, **no considera que por más perfecto que hubiere sido el poder que SERPREC LTDA. otorgó a Jaime Enrique Quiroga no le está permitido a ninguna entidad financiera abonar un cheque intransferible girado para abono en cuenta de una persona jurídica a una cuenta particular o individual y, mucho menos pagar en ventanilla un título valor que quedo invalidado,, en franca vulneración al mandato contenido en los artículos 603, 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, a los cuales el Banco debía someterse."***

***5.-** Refutando el punto 2.4 consignado bajo el título de "conducta dolosa e intimidante del Ing. Mayori", todas las afirmaciones vertidas en este punto son falsas como paso a demostrar:*

a) Sin embargo de no ser pertinente ni congruente el dilucidar hechos que están fuera del objeto del Recurso Jerárquico, sino solo con la finalidad de que su autoridad conozca la verdad de los hechos mencionados por Quiroga Angulo,

tengo a bien manifestar que el proceso penal que mi persona siguió contra Héctor Tito Orellana Núñez y Jaime Enrique Quiroga Angulo, este fue rechazado de manera ilegal, omitiendo dolosamente que en el cuaderno de investigaciones cursa el informe de auditoría especial elaborado por la misma H. Alcaldía Municipal de Cbba, en el que en conclusiones se determinó responsabilidad Civil y Penal del Oficial Mayor Administrativo y Financiero Héctor Tito Orellana Núñez, RECHAZO ILICITO QUE FUE EMITIDO POR JUAN PEDRO ORTUÑO AGREDA quien fungía como Fiscal de Materia y estuvo a cargo de la Dirección de las investigaciones, ***proceso que se encuentra con solicitud de REAPERTURA DE INVESTIGACIONES.*** *siendo una realidad incuestionable el hecho de que la resolución de rechazo mencionada por Quiroga Angulo, es una prueba más de la manipulación y tergiversación de los hechos que permanentemente realiza en todas las causas.*

b) *Respecto de los procesos disciplinarios que invoca Jaime Enrique Quiroga Angulo, ESTOS FUERON RECHAZADOS, PERO NO PORQUE LAS FALTAS MUY GRAVES O GRAVES DENUNCIADAS NO HAYAN EXISTIDO, SINO SIMPLEMENTE POR PRESCRIPCION ADMINISTRATIVA* ***lo que en suma acredita que los hechos SI EXISTIERON,(sic) por tanto no se puede manifestar que fueron denuncias falsas.***

c) *Referente a la condena por 4 años y medio de cárcel que menciona Jaime Enrique Quiroga Angulo, este "Tercero Interesado", omite mencionar que esta sentencia es ilícita y que el estado de la causa actualmente se encuentra con apelaciones incidentales y restringidas,* ***habiendo radicado está en la Sala Penal Tercera de la Corte de Distrito de Cochabamba, y que por el mismo contenido de la citada sentencia, los fundamentos de las apelaciones, así como por las pruebas ofrecidas, esta sentencia necesariamente deberá ser anulada por lo ilegal de su contenido Y MAS QUE DEMOSTRAR MI SUPUESTA PERSONALIDAD DOLOSA, DEMUESTRA LA MANIFIESTA DETERMINACION DE JAIME ENRIQUE QUIROGA ANGULO DE ULTIMAR ESFUERZOS PARA EVITAR SU RESPONSABILIDAD EN EL COBRO ILEGAL DEL CHEQUE CON LA INMINENTE POSIBILIDAD DE SER RECLUIDO EN LA CARCEL PUBLICA POR LOS ACTOS ILEGALES QUE HA COMETIDO EN OTRAS OPERACIONES FRAUDULENTAS.***

Dos elementos por demás importantes que pongo a conocimiento de su autoridad, respecto de la Sentencia Condenatoria de la que me han hecho objeto ilícitamente, son la existencia actual de dos procesos uno penal y otro de carácter civil que dan por tierra la referida Sentencia Condenatoria y demuestra lo fraudulento de ese proceso, especificando a continuación estas dos acciones:

a) *El primero constituido en el proceso penal signado como caso Nº 0254/08, que fue instaurado por el empleado de Jaime Enrique Quiroga Angulo* ***RICARDO AGUSTIN JIMENEZ ALVARELLOS,*** *quien habiendo logrado un poder de los herederos del extinto socio de Serprec Ltda., Edgar Fortunato Barroso Daza, Janeth Pastora Camberos Vda. De Barroso, Iván Antonio, Boris Edgar y Pablo David Barroso Camberos, inicio a su nombre y representación acción penal en mi contra y en contra del Ing. Carlos Hernán Bolívar*

López, por los delitos de falsedad material, ideológica, supresión o destrucción de documento, uso de instrumento falsificado, agio y sociedades o asociaciones ficticias, ***proceso penal que culminó con la RESOLUCION DE RECHAZO DE QUERELLA POR INEXISTENCIA DE DELITO, EMITIDO POR EL FISCAL DE MATERIA DR. CESAR SALINAS OTALORA, RESOLUCION QUE ACTUALMENTE SE ENCUENTRA EJECUTORIADA EXPRESAMENTE POR RESOLUCION JERARQUICA FISCAL DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2009 EMITIDA POR EL FISCAL DE DISTRITO CESAR CARTAGENA MIRANDA,*** *cuyas copias fotostáticas adjunto en calidad de prueba. Respecto este proceso penal HAGO ENFASIS en el hecho de que esta acción penal es exactamente igual a la acción penal en la que el Juez 2do de Sentencia de Cochabamba emitió la Sentencia Condenatoria, sin considerar que ya existía un Rechazo a una acción penal en la que las partes éramos las mismas personas los fundamentos eran exactamente iguales, las pruebas eran las mismas y los hechos eran exactamente también los mismos, sin embargo el referido Juez ilícitamente emitió la sentencia condenatoria vulnerando el Principio Non Bis In Ídem, la garantía de la persecución penal única y la indivisibilidad del Juzgamiento.* ***De donde se debe concluir con absoluta certeza que la Sentencia Condenatoria que invoca Jaime Enrique Quiroga ES ILICITA.***

b) *El segundo caso constituido en el proceso ordinario seguido por mi persona en representación de Serprec Ltda., en contra de Janeth Pastora Camberos Vda. De Barroso, Iván Antonio, Boris Edgar y Pablo David Barroso Camberos, en el que se demando se declare legal y procedente la determinación asumida por los socios de Serprec Ltda. de haber rechazado la incorporación de los demandados como socios de la citada empresa, PROCESO CIVIL QUE CULMINO CON LA SENTENCIA EMITIDA POR EL JUEZ SEPTIMO DE PARTIDO EN LO CIVIL DE COCHABAMBA DR. BASILIO CRUZ CHILO EN FECHA 23 DE AGOSTO DE 2010,* ***QUE DECLARO PROBADA LA DEMANDA,*** *poniendo especial énfasis en el numeral 1) de la letra B) titulado: ANALISIS Y VALORACION DE ASPECTOS JURIDICOS FORMULADOS POR LA PARTE DEMANDADA, que a la letra reza:*

> *".. **1)** Del conjunto de pruebas de descargo presentada por los demandados que cursa en obrados dos legajos, el primero de fs. 163 a fs. 192 consistente en una copia legalizada de un acta de juicio oral celebrado ante el Juzgado de Sentencia Segundo en lo Penal de la Capital dentro el proceso penal que los herederos de Edgar Fortunato Barroso Daza instauraron contra los ahora demandantes por los delitos de estafa y extorsión, y el segundo legajo de fs. 193 a fs. 207, consistente en fotocopia legalizada de la sentencia condenatoria emitida por el Juez Segundo de Sentencia de la Capital, contra Magno Guillermo Mayori Machicao y Carlos Hernán Bolívar López por el delito de estafa, Sentencia emitida en el mencionado proceso penal, documentos presentados por los demandados, en cuyo tenor se tiene que Janeth Pastora Camberas Vda. De Barroso, Boris Edgar, Iván Antonio y Pablo David Barroso Camberos, instauraron el proceso penal, afirmando haber sido estafados por los otros dos socios de Serprec Ltda., sentando sus bases fácticas en el hecho de que les habrían impedido la fiscalización, la participación y el control de la administración de la sociedad impidiéndoles su incorporación a la sociedad. Del análisis valorativo de las citadas literales, se tiene plena evidencia que estas en lugar de establecer un incumplimiento de las obligaciones por parte de los socios de Serprec Ltda., acreditan la omisión por parte de los herederos de Edgar Barroso Daza, de la obligación de respetar la determinación estatutaria*

contenida en la parte in-fine de la clausula decimo primera de la escritura publico de constitución de la empresa Serprec Ltda., mas aun si los derechos a cobrar el valor comercial de las cuotas de capital que fueren de propiedad del de cujus, nunca fueron negados por los Socios Guillermo Mayori Machicao y Carlos Hernán Bolívar López, evidencia que se tiene documentada en la carta de 23 de junio de 2005, que cursa a fs. 32 Mediante la que Serprec Ltda., hizo la entrega de los estados financieros de las gestiones 2001 al 2004, como aceptación de la oferta de venta de las cuotas de capital efectuada por Janneth Barroso Camberas Vda. De Barroso, mediante carta 20 de junio de 2005, que cursa a fs. 29..." (textual)

Sentencia del proceso civil que tiene el efecto de poner en evidencia la ilicitud de la acción penal y por ende de la Sentencia penal. Adjunto fotocopia de esta sentencia en calidad de prueba.

***d)** De otra parte, hace mención expresa al proceso penal iniciado por el Banco Económico S.A. contra mi persona en el que se me sindico por la comisión de los absurdos delitos de tentativa de estafa y extorsión, haciendo énfasis en el hecho de haber sido objeto de Imputación Formal por parte del Fiscal Irving Avendaño, **pero lo que omite dolosamente mencionar es que el citado Fiscal de Materia Irving Avendaño Prado, HA SIDO PROCESADO EN LA VIA DISCIPLINARIA PRECISAMENTE POR HABER EMITIDO LA REFERIDA IMPUTACIÓN FORMAL EN CONTRA DE MI PERSONA Y COMO EFECTO DE LA RESOLUCIÓN DISCIPLINARIA SANCIONATORIA ESTE FISCAL FUE DESTITUIDO DEFINITIVAMENTE DE LA CARRERA FISCAL Y ACTUALMENTE SE ENCUENTRA PROCESADO POR LOS DELITOS DE PREVARICATO, RESOLUCIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCION Y LAS LEYES, FALSEDAD MATERIAL, IDEOLOGICA, USO DE INSTRUMENTO FALSIFICADO, USO INDEBIDO DE INFLUENCIAS Y OTROS. PROCESAMIENTO PENAL QUE SE DIO A DENUNCIA DEL INSPECTOR GENERAL DEL MINISTERIO PUBLICO, ACREDITANDO ESTE PUNTO CON LAS RESOLUCIONES EN LAS QUE SE CONSIGNA EL PROCESAMIENTO, LA DESTITUCION Y LA ORDEN DE SOMETERLO A ACCION PENAL POR LA ILICITA IMPUTACION FORMAL QUE EMITIO EN MI CONTRA, MISMAS QUE SE ENCUENTRAN EJECUTORIADAS POR EL TRIBUNAL DISCIPLINARIO NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO Y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION.** Adjunto fotocopia de estas Resoluciones en calidad de prueba.*

d) (sic)** En cuanto al "hecho de que el "tercero interesado" habría sido objeto de represalias por mi persona, a través de un proceso penal por los delitos de falsedad material, ideológica, uso de instrumento falsificado y estelionato, por el cobro de dos letras de cambio, señalándolas como sindicaciones falsas, **CABE PONER A CONOCIMIENTO DE SU AUTORIDAD QUE ES EVIDENTE QUE JAIME ENRIQUE QUIROGA ANGULO ACTUALMENTE SE ENCUENTRA SOMETIDO A UN PROCESO PENAL POR EL COBRO ILEGAL DE LAS LETRAS DE CAMBIO 061752 Y 061753 POR LA SUMA APROXIMADA DE $us.- 400.000.-, ACLARANDO QUE ESTE PROCESO YA SE ENCUENTRA CON IMPUTACIÓN FORMAL EN CONTRA DEL CITADO JAIME ENRIQUE QUIROGA ANGULO, CON REQUERIMIENTO EXPRESO DE DETENCION PREVENTIVA, ACREDITANDO ESTE EXTREMO CON LA COPIA DE LA MENCIONADA RESOLUCION LA QUE ADJUNTO EN CALIDAD DE PRUEBA, poniendo también a conocimiento de su autoridad Jerárquica, que la impugnación planteada por Quiroga, FUE RECHAZADA, a cuya

consecuencia se tiene señalado el 17 de marzo de 2011 como el día para la aplicación de las medidas cautelares..

e) *Respecto de la mención que Quiroga Angulo hace de la Asociación Accidental, ESTA RESULTA INSUBSTANCIAL AL OBJETO DEL PRESENTE RECURSO, al margen de ser inaplicable el contenido del citado documento por aspectos que no son del caso mencionarlos y que en su momento serán objeto de explicación documentada en el que Jaime Enrique Quiroga no tendrá la mínima posibilidad de sostener jurídica ni técnicamente el contenido de la mencionada asociación accidental, por documentos que su misma persona la desconoció en su totalidad.*

f) *De otra parte en el punto IV del memorial de contrario, este en principio hace mención a la denuncia que Jaime Enrique Quiroga Angulo instauró en contra de los socios de la empresa Serprec Ltda., ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, manifestando que esta se encuentra en proceso de investigación sindicando de falsos los documentos de la citada persona jurídica.* ***Al respecto tengo a bien adjuntar en calidad de prueba en fojas uno fotocopia del Auto Administrativo de fecha 26 de noviembre de 2010, emitido por Oscar Cámara Director Ejecutivo de la citada entidad Reguladora, en cuyo contenido la mencionada Resolución DISPONE EXPRESAMENTE LA EJECUTORIA DEL PROCESO ADMINISTRATIVO ORDENANDO EL ARCHIVO DE OBRADOS,*** *de donde se tiene una vez más la prueba evidente de la forma dolosa con la que Jaime Enrique Quiroga Angulo distorsiona la realidad y busca a ultranza inducir en error a todas las autoridades que de una u otra manera conocen de los procesos que ocupa a Serprec Ltda.*

g) *Los argumentos consignados en el punto V del memorial de Jaime Enrique Quiroga Angulo, este en su desesperación hace referencia a procesos penales que ya se encuentran resueltos, debido a que los Fiscales de Materia EMITIERON (sic) RESOLUCIONES DE SOBRESEIMIENTO, como es el caso signado con el N° 1559/09 cuya copia fotostática la adjunto en fojas 6 en calidad de prueba y verifiquen de su contenido que las afirmaciones de Jaime Enrique Quiroga Angulo SON FALSAS.*

Dentro este cúmulo de mentiras y tergiversaciones que vierte Enrique Quiroga, pongo también a conocimiento de su autoridad que existen otros procesos penales que Jaime Enrique Quiroga Angulo propicio a través de los herederos del extinto socio Edgar Barroso Daza, quienes para favorecer al Banco Económico S.A. y al mismo Enrique Quiroga, me instauraron otro proceso penal por los mismos documentos que se investigaron en el caso 1559/09, PROCESO PENAL QUE TAMBIEN CULMINO (sic) CON RESOLUCION DE SOBRESEIMIENTO, ESTABLECIENDO LA INEXISTENCIA DE DELITO ALGUNO emitido por la Fiscal de Materia Dra. Ana María Balderrama Torrico, cuya copia fotostática la adjunto en calidad de prueba para su verificación, ***poniendo especial énfasis que en esa acción penal se provocó la investigación de los mismos documentos que Jaime Enrique Quiroga denunció como falsos, aperturando procesos***

penales en forma personal y también a través de interpósitas personas en una suerte de ruleta buscando con absoluta seguridad que algún Fiscal o Juez caiga en sus tramoyas.

En suma Sr. Viceministro, la argumentación del memorial del pretendido alegato presentado por Jaime Enrique Quiroga Angulo, no representa una posición fundamentada que siquiera deba ser considerada, ya que en cuanto al tópico principal del Recurso Jerárquico, el memorial del "tercero interesado", no contiene fundamento alguno que pueda considerarse como jurídicamente serio, siendo más al contrario un simple memorial con contenido vago y dilatorio, que omite el hecho incuestionable de que el proceso administrativo sancionatorio seguido por Serprec Ltda., contra el Banco Económico S.A. ***ya se encuentra finalizado en cuanto al objeto principal que fue la determinación de la responsabilidad de la citada entidad financiera en el mal pago del cheque N° 05079-9, Resolución que se encuentra plenamente ejecutoriada y que al presente estamos tan solo ante una determinación de la manera que debe previsionar el Banco Económico S.A. el mal pago del cheque.***

Respecto de la previsión del importe del cheque que es el caso que viene dilatando a ultranza el Banco Económico S.A., y que es motivo del Recurso Jerárquico, esta debe considerar la existencia de otra Resolución Jerárquica anterior en la que se dispuso que la ASFI emita una nueva resolución considerando los aspectos expuestos en la Resolución Ministerial Jerárquica y dando correcta aplicación a la normativa.

Por todo lo expuesto, estando respondido y refutados los argumentos contenidos en el memorial de fecha 22 de diciembre de 2010 presentado por Jaime Enrique Quiroga Angulo como "tercero interesado", solicito respetuosamente se sirva emitir Resolución Jerárquica REVOCANDO LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA ASFI N° 890/2010 DE 20 DE OCTUBRE DE 2010 ***Y ORDENE AL TITULAR DE LA ASFI DISPONGA MEDIANTE RESOLUCION ADMINISTRATIVA EXPRESA QUE EL BANCO ECONOMICO S.A. PREVISIONE EL 100% DEL IMPORTE DEL CHEQUE N° 05079-9 Y SEA BAJO CONMINATORIA DE REMITIRSE OBRADOS AL MINISTERIO PUBLICO (sic) PARA SU PROCESAMIENTO PENAL POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES ."***

Que en fecha 3 de marzo de 2011 **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA.**" legalmente representada por Magno Guillermo Mayori Machicao, presenta memorial mediante el cual refiere lo siguiente:

"…I. ANTECEDENTES

Mediante el presente memorial adjuntamos pruebas de reciente obtención de dos temas que deben ser tomados en cuenta a tiempo de emitir la resolución ministerial jerárquica toda vez que uno de ellos desvirtúa categóricamente las antojadizas y parciales afirmaciones que hizo la ASFI en su Resolución No. 890/2010; al señalar que Jaime Enrique Quiroga habría actuado como representante legal de SERPREC Ltda., y el otro concerniente a que el Banco Económico S.A. habría utilizado documentación sin valor legal para acreditar que se puso en conocimiento del Directorio la Resolución ASFI N° 786/2010 de fecha 3 de septiembre de 2010.

II.PRUEBA DE RECIENTE OBTENCIÓN QUE DESVIRTÚA CATEGÓRICAMENTE QUE JAIME ENRIQUE QUIROGA TUVO REPRESENTACIÓN LEGAL DE SERPREC LTDA. FRENTE A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DEL CERCADO DE COCHABAMBA

Dentro de la querella de Magno Guillermo Mayori contra el imputado Jaime Enrique Quiroga Ángulo por la presunta comisión de delitos de Falsedad Material, Falsedad Ideológica, Uso de Instrumento Falsificado y Estelionato, caso consignado con el ***N° FIS-CBBA0800282 a cargo de la Fiscal Nancy Janeth Álvarez Claros,*** *se apersonó la Honorable Alcaldía Municipal del Cercado de Cochabamba, indicando que habiendo tomado conocimiento sobre el presente caso y que el mismo hace referencia al proceso de investigación, en el que se encontrarían involucrados actuales funcionarios o ex - funcionarios municipales de anteriores gestiones, mismos que presumiblemente habrían incurrido en responsabilidad; se apersonaban ante dicha autoridad en calidad de victimas, toda vez que el Gobierno Autónomo Municipal de Cochabamba había sido víctima de una posible ESTAFA y otros delitos inmersos en la Ley 004 de 31 de marzo del 2010, en complicidad con funcionarios públicos, solicitando que en tal sentido se les haga conocer ulteriores actuaciones dentro el proceso de investigación. Posteriormente, mediante memorial de fecha 9 de febrero de 2011, la Alcaldía Municipal del Cercado de Cochabamba solicitó la ampliación de las investigaciones por los delitos de Malversación de Fondos, Uso Indebido de Influencias y Conducta Antieconómica, debido a que de la revisión del cuaderno de investigaciones se observó que desde la fecha de registro de la cuenta SIGMA a nombre de la empresa SERPREC Ltda. hasta la fecha, el representante legal de la citada persona jurídica* ***no ha variado,*** *recayendo esta condición en la persona de* ***MAYORI MACHICAO MAGNO GUILLERMO*** *sin que curse en documentación alguna que la citada empresa SERPREC haya solicitado cambio de datos en la cuenta SIGMA y/o cambio de representante legal.*

Asimismo, indican que de la revisión del legajo de los citados antecedentes se evidencia que Eduardo Rodríguez Martínez Oficial Mayor Administrativo y Financiero de la Alcaldía Municipal de Cochabamba en la gestión 2006, suscribió con ENRIQUE QUIROGA ÁNGULO el Acta de Conciliación y Pago de Deuda de las letras de cambio N° 061752 y 061753, Acta en la que no consta dato alguno que acredite que el citado JAIME ENRIQUE QUIROGA ÁNGULO sea representante legal de la empresa SERPREC LTDA., y sin el cumplimiento de ese requisito el referido Oficial Mayor Administrativo acordó el pago anticipado de $us.- 232.642,85.-, disponiendo que este depósito ***se haga a la cuenta personal*** *signada con el N° 3500169698 del Banco Nacional de Bolivia de JAIME ENRIQUE QUIROGA ÁNGULO, datos que se hacen constar también en dos reportes de Ejecución de Gastos de fechas 25 de noviembre de 2005 y 30 de junio de 2006, documento que fue extractado del Sistema SIGMA haciendo constar como beneficiario a Jaime Enrique Quiroga Ángulo, datos que son contradictorios al reporte Informático de Registro de Beneficiarios del SIGMA que arroja este Sistema Informático respecto de la Empresa SERPREC Ltda.; así mismo se evidencia que el citado Oficial Mayor Administrativo y Financiero Eduardo Rodríguez Martínez en fecha 18 de enero de 2006 emite solicitud de pago a SERPREC por el Proyecto de Distribuidores Muyurina-Recoleta, carta dirigida al Lic. Oscar Navarro, Director General de Crédito Público*

dependiente del Vice Ministerio de Tesoro y Crédito Público, en cuyo contenido solicitó que ***se pague a la cuenta personal de Jaime Enrique Quiroga Ángulo*** *la suma de $us-232.642,85.- equivalente a Bs.- 1'637.354,23.-, por el pago anticipado de las Letras de Cambio N° 061752 y N° 061753. En este sentido el memorial señala además que del análisis de la documentación precedentemente citada se tiene que dentro la gestión operativa financiera en el pago de las Letras de Cambio N° 0061752 y N° 061753, existirían indicios de la comisión de los delitos de Malversación de Fondos, Uso Indebido de Influencias y Conducta Antieconómica, por cuanto se habrían cancelado sumas importantes de dinero dentro las obras de construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta, habiendo abonado la suma de $us.- 232.642,85.- a una cuenta particular a nombre de* ***Jaime Enrique Quiroga Ángulo quien no figura como contratista ni beneficiario ni mucho menos Representante Legal de la Empresa SERPREC Ltda., en la relación contractual emergente del Contrato de Adjudicación N° 1297/2003 de 24 de diciembre de 2003 suscrito por el entonces Lic. Edgar Montaño como Alcalde Municipal del Cercado y Magno Guillermo Mayori Machicao como Representante Legal de la Empresa SERPREC Ltda.***

Como podrá observarse, Jaime Enrique Quiroga Ángulo nunca fue representante legal de SERPREC Ltda., y menos aún para efectos del contrato para las obras de construcción de los Distribuidores Vehiculares Muyurina y Recoleta, tal como se encuentra acreditado del certificado que se acompaña adjunto al presente memorial.

III. PRUEBA DE RECIENTE OBTENCIÓN QUE ACREDITA QUE EL ACTA DE FECHA 16/09/2010 CARECE DE VALOR LEGAL.

La Resolución ASFI N° 786/2010 de fecha 3 de septiembre de 2010 en su resuelve Cuarto dispuso lo siguiente:

"En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del ***Banco Económico S.A.,*** *debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizados copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto."*

El Banco Económico S.A. remitió la copia legalizada del Acta de la sesión de Directorio de fecha 9 de septiembre recién mediante una nota de fecha 17 de septiembre adjuntando además un Acta de Directorio de fecha 16 de septiembre de 2010 que aprueba el acta de fecha 9 de septiembre.

No obstante de haber remitido fuera del plazo establecido dicha Acta del 9 de septiembre a la ASFI, se adjuntó un Acta de fecha 16 de septiembre que aprueba el Acta del 9 de septiembre, sin embargo esta Acta se encuentra firmada simplemente por el Gerente General y no por el Presidente y Secretario del Directorio, por lo tanto la misma carece de validez al amparo de los previsto en los Artículos 325, 301 del Código de Comercio y especialmente en el Artículo 46 de los Estatutos del Banco Económico S.A. Adicionalmente, como un Acta donde el único punto es tomar conocimiento de una Resolución de la ASFI requiera su aprobación a través de otra Acta de Directorio?

Como puede observarse, es evidente que el Banco Económico S.A. no cumplió con lo dispuesto por la Resolución ASFI N° 786/2010 y por consiguiente no cumplió con lo que establece el Artículo 59° parágrafo I de la Ley N° 2341, así como los artículos 23, 40 y especialmente el Artículo 47 parágrafo I del D.S.27175 de 15 de septiembre de 2003, que establece que el Recurso de Revocatoria procede contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del mismo cuerpo normativo.*

En virtud de lo señalado queda una vez más con esta prueba por demás demostrado que el Banco Económico S.A. no acreditó al tiempo de la presentación de su Recurso de Revocatoria el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por la Resolución ASFI N° 786/2010 que fue recurrida, generando con tal omisión la ***improcedencia de su Recurso,*** *la misma que debió haber sido dispuesta por la ASFI en plena sujeción a las disposiciones señaladas y al inciso d) del Artículo 43 del D.S.27175 de 15 de septiembre de 2003.*

IV PETITORIO

En mérito a todo lo expuesto, siendo que las pruebas aportadas ratifican una vez más todos los argumentos expuestos en nuestro recurso jerárquico, solicitamos que las mismas sean tomadas en cuenta al momento de dictar la Resolución Ministerial Jerárquica a fin de evitar que las entidades financieras sigan siendo sobreprotegidas por las entidades reguladoras en desmedro de los intereses del usuario del sistema financiero más aún si existen inversionistas en títulos valores de oferta pública, como en este caso que fueron emitidos por el Banco Económico S.A. quien debiera proceder con transparencia y no como lo ha venido demostrando a lo largo del proceso administrativo en el que ha quedado por demás evidente la violación y vulneración de los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC Ltda.

OTROSÍ.- *Se adjunta la siguiente documentación:*

1. *Fotocopias de memoriales de apersonamiento y de ampliación de la investigación a otros delitos presentados por la Honorable Alcaldía Municipal del Cercado de Cochabamba*

2. *Certificado del SIGMA y formulario adjunto.*

3. *Fotocopia del Acta que cursa en antecedentes del proceso administrativo correspondiente al recurso jerárquico en curso….”*

CONSIDERANDO:

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

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

Que, previo al análisis de fondo es importante señalar que el pronunciamiento que emite ésta instancia jerárquica, sólo se circunscribirá al ámbito de nuestra competencia de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo Nº 071 de 9 de abril de 2009 (Artículo 37), artículos 5 y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo y Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

1.- ANALISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO DE LA SANCIÓN.-

En fecha 3 de septiembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010, misma que determinó en primera instancia lo siguiente:

> "(…)***Primero.-*** *Instruir al* ***Banco Económico S.A.*** *previsionar el monto del cheque Nº 05079-9, en la cuenta 257 "Otras previsiones", en un 100%, por la posible contingencia resultante de la resolución judicial que resuelva la controversia, dentro del proceso ordinario civil en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A.,* ***en el plazo de 7 días hábiles administrativos, debiendo remitir copias de los comprobantes contables correspondientes(…)***
>
> ***Cuarto.-*** *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del* ***Banco Económico S.A.,*** *debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las* ***72 horas de llevado a cabo dicho acto.*** **"** (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 9 de septiembre de 2010, en la ciudad de La Paz a horas 15:20 notificó al Banco Económico con la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010 como consta en el expediente Administrativo a Fs. 123.

Que, en fecha 17 de septiembre de 2010, a través de Cite UGR-146/2010 el Banco Económico remite el Acta del Directorio del Banco Económico S.A. **del día jueves 9 de septiembre de 2010**, a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Informando lo siguiente:

"(…)Al respecto, es importante informarle que no se envío anteriormente la información descrita, debido a que el acta de la sesión del Directorio en la que se consideró el tema, fue aprobada el día de ayer jueves 16/09/2010, la parte pertinente de dicha aprobación también adjuntamos a la presente, por lo que agradecemos dicho aspecto (fecha de aprobación del acta) para fines del cómputo del plazo concedido."

De lo transcrito se tiene que efectivamente el Banco Económico S.A., no habría remitido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero las actas de Directorio en el plazo de setenta y dos (72) horas, como determinó la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010, sin embargo este hecho no puede considerarse o constituirse en un incumplimiento a la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010 debido a que el Artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de Septiembre de 2003, es claro y determina en su parágrafo primero lo siguiente:

"Los Recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Quedando claro que uno de los requisitos esenciales, para la presentación del Recurso de Revocatoria es justamente el cumplimiento de la obligación, que en el presente caso y de la documentación adjunta al expediente a Fs. 140 a 143 se tiene que la previsión realizada por el Banco Económico S.A**., se efectivizó en fecha 17 de septiembre de 2010 (dentro de los 7 días establecidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero)**

Por lo que tenemos:

a) El Banco Económico S.A. cumplió con la determinación adoptada a través de la Resolución Administrativa ASFI Nº 786/2010, misma que determinó la previsión del cien por ciento (100%) por la posible contingencia resultante de la resolución judicial que resuelva la controversia, dentro del proceso ordinario civil en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda.,
b) Que la misma se realizó dentro de los siete (7) días establecidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

Por lo que se puede colegir, **el cumplimiento de la obligación fundamental** en el plazo previsto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no existiendo por ende razón para que el recurso de revocatoria fuera declarado improcedente.

2. EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PREVISIÓN.-

El recurrente señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, habría instruido al Banco Económico S.A., realizar una previsión gradual en contraposición a lo determinado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010 de 23 de febrero de 2010, así como resultaría ser contraria a la ley, y que los criterios usados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para determinar la graduación de la previsión estarían fuera de su competencia.

Previo al análisis de fondo nos remitiremos a lo establecido en el Manual de Cuentas de Bancos y Entidades Financieras

"Manual de cuentas

CÓDIGO 250.00
GRUPO PREVISIONES

DESCRIPCIÓN *Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por juicios contra la entidad, previsiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes.*

Las previsiones que representan correcciones de valor de Inversiones temporarias, Cartera, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables e Inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo.

Pasivos
250.00 Previsiones

CÓDIGO 257.00
GRUPO PREVISIONES
CUENTA OTRAS PREVISIONES

DESCRIPCIÓN *En esta cuenta se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.*

DINÁMICA DÉBITOS 1. Por el valor contabilizado cuando se resuelve la incertidumbre.

CRÉDITOS 1. Por el valor estimado de otras previsiones.

SUBCUENTAS
257.01 OTRAS PREVISIONES"

Conforme se tiene anotado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión **y registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad.**

Ahora bien ingresando en el análisis de fondo planteado tenemos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, refirió en su Resolución Administrativa ASFI/N° 890/2010 a Fs. 287 lo siguiente:

> *"Que, sin embargo debe considerarse que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras no define de manera específica la constitución del 100% de la previsión en un solo momento para este tipo de contingencias dejando más bien cierta discrecionalidad al regulador para imponerla siempre y cuando esté debidamente fundamentada".*

De lo transcrito se tiene que la ASFI ha aplicado erróneamente la norma en contraposición a lo referido en el Manual de Cuentas, ya que esta de manera clara establece que cuando exista un riesgo legal debe constituirse una previsión y esta debe ser del importe estimado es decir del cien por ciento (100%) del valor para cubrir dicho riesgo, sin dar lugar a la discrecionalidad alegada.

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

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

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

El Dr. Jaime Pozo Chamorro, también expresa la importancia de distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad, categorías que constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La **discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas**

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

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia Constitucional No. 0258/2007 de fecha 10 de abril de 2007, lo siguiente:

> "(…)*Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional* ***es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas,*** *según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada (…).*
>
> *Esta* ***discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma*** *y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que `La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento (...)".*

De lo expuesto anteriormente se tiene que en el presente caso no puede tomarse como argumento para la una imposición de previsión gradual, la facultad discrecional, ya que la propia norma, cual es el Manual de Cuentas, determina de manera imperativa y categórica, que cuando exista un Riesgo Legal, debe constituirse una previsión y está debe ser **del importe estimado** del valor para cubrir dicho riesgo, por lo tanto no cabe lugar a que la autoridad pueda hacer valoraciones subjetivas de la norma, cuando esta ya determina el camino a seguir, situación a su vez que restringe la discrecionalidad en la que argumenta su pronunciamiento, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el hecho, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hubiera determinado una previsión gradual amparándose en que hubiera valorado los siguientes criterios de proporcionalidad, i) la otorgación de 10 poderes a Jaime Enrique Quiroga; ii) la participación de SERPREC del 17.5% en el proyecto que originó el pago del cheque N° 05079-9; iii) la declaratoria de prescripción del reclamo de SERPREC LTDA.; iv) la existencia de un proceso

ordinario doble; así como el principio de non reformatio in peius, no corresponde, toda vez, que como ya se tiene dicho, existe la norma legal que determina como se debe proceder, siendo el Manual de Cuentas hace referencia –como tantas veces ya se transcribió- a registrar el **importe estimado para cubrir el riesgo de la posible pérdida, mismo que no puede ser divido en partes como pretende la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.**

Es más, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al valorar dichos hechos, ha extralimitado su competencia, al no corresponder los mismos, a la naturaleza del proceso administrativo, sino más bien al ámbito jurisdiccional, que se encuentra en controversia en dicha vía.

Respecto a los criterios de proporcionalidad, estos son aplicables sólo en los procesos sancionadores, donde se impone una sanción y no así cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adopte una medida preventiva, como es el caso de autos, por lo que para mayor abundamiento nos remitimos a lo establecido ya por la Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226) cuando refiere:

> *"el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (....)*
>
> *(...)En esa tarea toda autoridad administrativa* ***resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado****. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes* ***parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad*** *como ser* ***a)*** *Que lo hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y* ***c)*** *que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador* ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b****) naturaleza de los perjuicios causados* ***c)*** *la reincidencia en la comisión." (Las negrillas y el subrayado son nuestros)*

De lo transcrito precedentemente se tiene que:

Los criterios usados como proporcionalidad a la decisión adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no condicen con los criterios ya establecidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI para la aplicación de una sanción y menos de una medida preventiva, entendida como una figura jurídica diferente.

Que a su vez, la determinación adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de que el Banco Económico S.A., deba realizar una previsión no se debe a la imposición de una sanción, sino como ya se dijo en Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 08/2010 de 23 de febrero de 2010, se debe a:

> *"(…) Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y* ***constituye una medida preventiva****, que no debe* ***confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes*** *(…)".* (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Congruentemente con lo anterior, se concluye que el haber adoptado una medida preventiva, en ningún caso implica la imposición de una sanción y menos que se pueda aplicar los criterios de proporcionalidad.

Que, en el presente caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debió emitir criterio en cuanto a lo expresamente determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, misma que resolvió anular los numerales 2 y 4, bajo los siguientes argumentos:

> *"Es así que, al evidenciarse la existencia de un riesgo legal (a raíz de las controversias surgidas entre el Banco Económico S.A. y SERPREC LTDA. con relación al cheque 05079-9 y al incumplimiento de la normativa), éste riesgo debe ser cubierto, y la determinación de la previsión por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, permite el cumplimiento de dicho fin.*
>
> *Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva, que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes.*
>
> *Sin embargo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del uso de las atribuciones conferidas por Ley, debe asegurar que el riesgo legal sea satisfecho, pudiendo adoptar la medida preventiva de Previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado.*
>
> *Por lo analizado precedentemente, corresponde anular el numeral 4 de la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, debiendo la Autoridad*

de Supervisión del Sistema Financiero pronunciarse nuevamente sobre este punto, considerando los aspectos expuestos y dando correcta aplicación a la normativa."

Situación, que implica que no se ha seguido el debido proceso, debiendo en consecuencia anularse el presente proceso, obligando a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunciarse en estricta sujeción legal, valorando el riesgo legal correspondiente.

Que, finalmente, se debe dejar en claro, que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en ningún momento se pronunció sobre la previsión que debía imponerse, como asevera el recurrente, dejando la facultad a la Autoridad llamada por Ley, sea la que ejecute la misma, pero en estricta sujeción a la normativa específica y bajo el debido proceso administrativo.

3. EL BANCO ECONÓMICO, ASÍ COMO JAIME ENRIQUE QUIROGA, ALEGAN QUE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO, AL HABERSE PRONUNCIADO SOBRE ESTOS ASPECTOS HA ACTUADO DE ACUERDO A LOS PRINCIPIOS DE VERDAD MATERIAL, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, VALORACIÓN DE LA PRUEBA ADMISIBLE EN DERECHO.-

Se tiene que efectivamente uno de los principios que rige el procedimiento administrativo, es el principio de verdad material, sin embargo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en busca de la citada verdad material, no puede pronunciarse, y dilucidar aspectos que van más allá de su competencia y que los mismos se encuentran dilucidándose por autoridad jurisdiccional.

Así, el Banco Económico S.A., debe considerar el ámbito de competencia que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para lo cual, se trae a colación, el precedente señalado por la entonces, Superintendencia General del SIREFI en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005 de 12 de septiembre que determinó lo siguiente:

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

Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia norma Fundamental dispone en su artículo 122:

"La sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no

les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley"".

Por lo referido es imprescindible circunscribirnos a la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que pasamos a observar la normativa, facultades y atribuciones que la ley Nº 3076, de 20 de junio de 2005, artículo 1-IV otorga:

> *"La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros"*

De igual manera, la Ley 1488 de 14 de abril de 1993, en sus Artículos 153 y 154 establecen que: *" La Superintendencia de Bancos es el órgano rector del sistema financiero que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera. En cuanto a las atribuciones están "vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, normar el control interno y externo de toda intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y demanda."*

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre de 2004 ha establecido con referencia al principio de legalidad lo siguiente:

> *"…El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las* ***autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos****. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: `La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso'; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4 inc. i) de la LPA, al establecer que `El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables'.*
>
> *Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: `I. La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley'…."*

De lo transcrito, queda claro que no corresponde a la vía administrativa determinar y pronunciarse en cuanto a hechos controvertidos en sede jurisdiccional, debido a que justamente la Autoridad administrativa, no tiene la competencia para ello, debiendo las partes afectadas acudir a la Autoridad que corresponda para determinar estos aspectos y así satisfacer sus pretensiones.

4. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEIUS.-

Se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, refiere al principio *"non reformatio in peius"* al argumentar lo siguiente:

> *"… mediante Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, instruyó una previsión gradual sujeta al resultado del proceso ordinario en sus diferentes instancias, no pudiendo alegarse que la nulidad determinada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF//URJ-SIREFI 00/2010 (sic) de 23 de febrero de 2010 se haya producido por la emisión de dicha instrucción, sino por el hecho de que (como la propia Resolutivo Ministerial Jerárquica lo estableció en el cuarto párrafo de la página 92)"(...) no puede aplicarse una 'previsión específica para riesgo de cartera' a una 'previsión específica para riesgo legal' arguyendo 'referencia normativa cuando existe definición para el caso concreto (...)*".
>
> *Que el principio de "non reformatio in peius", es una garantía del debido proceso e implica que la consecuencia jurídica de un recurrente no puede ser modificada empeorando su situación inicial (Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009). Eduardo Couture (Fundamentos del Derecho Procesal Civil"), Ed. Dapalma, ed. 13, Buenos Aires, págs. 367 y 368 al respecto dice: "La reforma en perjuicio peyorativa (reformatio in peius) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos que no ha mediado recurso del adversario (...)"; es decir que en presente caso, ASFI mediante la Resolución ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010, ahora impugnada, al disponer en el Resuelve Primero una previsión del 100% (en un solo momento) habría inobservado el principio de "non reformatio in peius*".

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

Sin embargo en el caso de autos, la aplicación de este principio carece de sentido jurídico, debido a que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010 de 23 de febrero de 2010, ha **resuelto la anulación** de los puntos dos y cuatro de la Resolución ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, determinando en su parte resolutiva que estos deberían ser tramitados por cuerda separada, conforme los argumentos de dicha Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, al haberse dispuesto la anulación de los puntos dos y cuatro por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, uno de ellos justamente correspondiente a la previsión gradual, ya determinada por la Resolución Administrativa Nº 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, hacen que esa determinación no exista, ya que no debe olvidar la Autoridad de Fiscalización que una de las consecuencias y efectos de la anulabilidad es que se retrotrae la tramitación del proceso hasta el vicio más antiguo, no existiendo por lo tanto, efecto alguno, vigente a tiempo de la emisión de la nueva Resolución Administrativa.

Por lo que, se colige que no puede aplicarse el principio de non Reformatio in peius, al caso de autos.

5. EL BANCO ECONÓMICO S.A., ALEGA QUE EN EL PRESENTE CASO NO EXISTIRÍA UNA LESIÓN A LOS DERECHOS DE SERPREC LTDA., CON LA DECISIÓN ADOPTADA POR PARTE DE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO DE DETERMINAR UNA PREVISIÓN GRADUAL.-

Que, sobre dicho argumento, bastará recordar la determinación normativa expresa, dada por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, que de manera clara e inequívoca, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión y registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad, facultando –conforme se señalo en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010 de 23 de febrero de 2010- a la Autoridad Fiscalizadora a cubrir dicha contingencia legal, pudiendo adoptar la medida preventiva de Previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado.

6. SOBRE LA PRUEBA DE RECIENTE OBTENCIÓN PRESENTADA POR SERVICOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA" CONCERNIENTE EN FOTOCOPIAS DE MEMORIALES DE APERSONAMIENTO Y DE AMPLIACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN A OTROS DELITOS, PRESENTADOS POR LA HONORABLE ALCALDÍA MUNICIPAL DE CERCADO DE COCHABAMBA, ASI COMO EL CERTIFICADO DEL SIGMA Y FORMULARIO.-

Que, debe entenderse que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, tiene competencia para resolver de puro derecho los recursos jerárquicos, por lo tanto, no puede ser valorada la prueba presentada por esta instancia jerárquica, en razón a que la misma **haría referencia a una investigación penal contra** Jaime Enrique Quiroga Angulo, por el delito de estelionato y otros, que ninguno de estos hechos referidos en la documentación presentada hacen al presente procedimiento administrativo, relacionado estrictamente con la determinación de adoptar una previsión.

Que, esta instancia jerárquica, no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos que conciernen a la vía jurisdiccional y que aún se están siendo dilucidados en dicha vía.

Que, Serprec Ltda. en su memorial a su vez refiere al Acta de Reunión de Directorio del Banco Económico S.A., del día jueves 09 de septiembre de 2010 firmada por el Gerente General y no por el Presidente y Secretario del Directorio, argumentando que la misma

carecería de validez, al amparo de lo previsto en los artículos 325, 301 del Código de Comercio así como el artículo 46 de los Estatutos del Banco Económico S.A.
Asimismo, no debe olvidarse que esta documentación no puede ser considerada como prueba de reciente obtención, en sentido de que la misma se encontraba en el Recurso de Revocatoria, presentado por SERPREC, sin embargo existen hechos alegados por SERPREC, que deberán merecer ser considerados en cuanto hubiere lugar en derecho por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, previa presentación de los alegatos, que todas las partes y terceros interesados presenten, bajo el debido proceso que debe seguir todo proceso administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, a su vez y en estricto apego al procedimiento administrativo, corresponde desarrollar las argumentaciones presentadas, por los terceros interesados, importando su aclaración y precisión, conforme se procede a continuación:

1. SOLICITUD DE JAIME ENRIQUE QUIROGA ANGULO, SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, DEBIDO A QUE EXISTIRÍAN DELITOS QUE AMERITAN EL PRONUNCIAMIENTO PÚBLICO, EXPRESO Y PREVIO A LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA.-

Referente a la solicitud de Jaime Enrique Quiroga Angulo (tercer interesado)sobre la participación del Ministerio Público dentro de este procedimiento, por la supuesta comisión de delitos, se debe precisar que el presente proceso se lleva a cabo a consecuencia de la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de adoptar una medida preventiva y solicitar al Banco Económico S.A. realice una previsión, por la posible contingencia resultante del proceso ordinario civil en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayori Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., **y no así a consecuencia de investigar a SERPREC Ltda.**, (tercer interesado dentro de este proceso).

Que, Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. Serprec Ltda. no se encuentra regulado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por ello de ninguna manera y bajo ningún argumento se puede considerar la investigación a dicha institución dentro del campo administrativo del Sistema de Regulación del Sistema Financiero, debiendo quien se vea afectado, tomar las instancias legales que en derecho le asisten.

Finalmente, es importante hacer referencia a que el Recurso Jerárquico es un Recurso de puro derecho, como lo es su resolución, por el cual el pronunciamiento a emitir se suscribirá a aspectos procedimentales y al cumplimiento de la normativa administrativa.

2. LA EXISTENCIA DE DELITOS, QUE DEBEN INVESTIGARSE POR ESTA INSTANCIA, YA QUE SON RECURSOS DEL ESTADO, QUE SE REFIEREN AL PROYECTO DE MUYURINA Y RECOLETA, QUE FUERON LICITADOS POR LA HONORABLE ALCALDÍA MUNICIPAL DE COCHABAMBA.-

Al respecto se tiene que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, como instancia jerárquica, en el marco de sus funciones, atribuciones y competencia, no tiene la facultad de investigar delitos, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sino por el contrario su competencia se encuentra restringida al control de legalidad en el ámbito administrativo, esto en sujeción al principio esencial de separación de poderes. Por lo que esta instancia Jerárquica, no se pronuncia en estricta aplicación a lo que establece los Art. 5 y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo y por analogía el Artículo 7, parágrafo I del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de junio de 2003 y al Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009 Art 37.

Sin embargo de lo señalado se tiene que de la documentación adjunta al expediente Administrativo los delitos denunciados ya están siendo investigados por las Autoridades competentes por lo que el interesado deberá acudir a la vía llamada por ley para hacer conocer sus pretensiones.

3. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE PLAZOS PARA LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA HASTA QUE SE INVESTIGUEN LOS DELITOS COMETIDOS POR SERPREC LTDA.-

En primer término, debe ratificarse lo ya fundamentado en los incisos 2 y 3, y seguidamente, corresponde revisar la normativa administrativa, a saber:

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 22 de abril de 2002, en su Artículo 21, parágrafo I) determina:

> *"Los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados (…)"*

Que, a su vez el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 en su artículo 32 establece:

> *"Los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para los Superintendentes del SIREFI, así como para los sujetos regulados y personas interesadas, se constaran en días hábiles administrativos, entendiéndose como tales todos los días de la semana con excepción de los sábados, domingos y feriados determinados por ley…"*

De lo transcrito queda claro que los plazos para la emisión de la presente Resolución Ministerial Jerárquica no pueden ser suspendidos siendo los mismos fatales y improrrogables de igual forma la emisión de la presente resolución no constituye impedimento o limitante legal para que el órgano jurisdiccional emita pronunciamiento sobre los hechos que están siendo investigados.

4. LA SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE EMPRESAS SOBRE EL ESTADO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN ILEGAL E IRREGULAR DE LA EMPRESA.-

Que, en función al requerimiento del tercer interesado Jaime Enrique Quiroga Angulo, en fecha 3 de enero de 2010, el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, solicitó certificación a la Autoridad de Fiscalización y Control de Empresas sobre la empresa SERPREC LTDA., misma que mereció respuesta mediante nota AEMP/DTRFCE/Nº01/2011 de fecha 7 de enero donde se certifica:

> *(…)"Al punto 1-. Como consecuencia de la denuncia presentada por Jaime Enrique Quiroga Angulo en contra de la sociedad "SERPREC LTDA", la Autoridad de Empresas dentro de las competencias establecidas por el D.S.0071 DE 09/04/2009, emitió la Resolución Administrativa AEMP/DTRFCE Nº 43/2010 de 28 de mayo de 2010, donde se desestimó* ***la denuncia presentada por Jaime Enrique Quiroga Angulo, por carecer de Acción Legitima del Denunciante****. Resolución que fue ejecutoriada, por no haberse interpuesto recurso alguna en su contra."* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por último, recalcar que el presente procedimiento administrativo se lleva a consecuencia de lo determinado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a que el Banco Económico S.A., deba realizar una previsión que el Sr Jaime Enrique Quiroga tercer interesado en su memorial de alegatos en ningún momento señala de qué manera se le habría vulnerado un derecho, o algún intereses legítimo con la medida adoptada por el ente regulador.

Más bien a lo largo de su memorial este realiza una serie de apreciaciones contra la empresa SERPREC LTDA. (tercer interesado también) olvidando el Sr. Jaime Enrique Quiroga de que el presente proceso administrativo involucra al órgano de regulación y al Banco Económico S.A., en su calidad de regulado.

Si bien dentro de este proceso concurre la presencia de terceros interesados (Serprec LTDA., y el Sr. Jaime Enrique Quiroga) no podemos olvidar que su actuación dentro de este proceso **sólo se circunscribe a determinar cuál es el derecho o interés legitimo que se le habría vulnerado con la decisión adoptada por el órgano regulador** y no así la de resolver conflictos o controversias e intereses particulares entre ellos, distorsionando así la naturaleza del proceso administrativo pretendiendo convertirlo en un proceso contencioso entre Serprec LTDA., y el Sr. Jaime Enrique Quiroga.

Por lo que, se colige que la vía administrativa, no puede pronunciarse sobre controversias entre particulares, que no hacen al proceso administrativo que se sigue en instancia jerárquica.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho un incorrecto análisis de la norma, así como se ha pronunciado sobre aspectos que no atingen al proceso administrativo como se ha podido observar y verificar en los argumentos expuestos en el Considerando anterior, evidenciándose que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha sometido su actuar a lo establecido por norma.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009.

La doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto siendo sus causales las establecidas por ley.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad o de lugar a la indefensión de los interesados.

Que, asimismo y no menos importante, es que éste Ministerio, no puede pronunciarse sobre los otros aspectos alegados tanto por el recurrente así como por los terceros interesados debido a que este Ministerio no tiene competencia para pronunciarse sobre hechos controvertidos mismos que deben ser resueltos por la vía que corresponda esto concordante con los artículos 5 y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 7 parágrafo I, del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003 por lo que el recurrente deberá acudir a la autoridad llamada por ley para satisfacer su pretensión.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con los Artículos 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010 **inclusive**, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
VALORES UNIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 904/2010 DE 26 DE OCTUBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 010/2011 DE 22 DE MARZO DE 2011

FALLO
REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2011

La Paz, 22 de marzo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **VALORES UNIÓN S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 904/2010 de 26 de octubre de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 790/2010 de 06 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 020/2011 de 14 de marzo de de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de noviembre de 2010, **VALORES UNIÓN S.A.** representada legalmente por los señores **Rainier Anslinger Amboni** acreditado mediante Testimonio de Poder No. 577/2007 de 9 de octubre de 2007 otorgado por ante Notario de Fe Pública de Primera Clase Nº 35 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. María Rebeca Mendoza Gallardo y **Derry Daniel Morales Avilés** acreditado mediante Testimonio de Poder 126/2010 de 8 de febrero de 2010, otorgado por ante Notario de Fe Pública Nº 98 a cargo del Dr. Juan Carlos Rivera Aldazosa, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 904/2010 de 26 de octubre de 2010 emitida por la

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 790/2010 de 06 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 122485/2010 con fecha de recepción de 22 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 904/2010 de 26 de octubre de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 25 de noviembre de 2010, notificado en fecha 02 de diciembre de 2010.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 790/2010 DE 06 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI No. 790/2010 de 06 de septiembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financieros resolvió lo siguiente:

> ***"RESUELVE**:*
>
> ***ÚNICO.-** Elevar a rango de Resolución el Auto Interlocutorio de 23 de agosto de 2010, que declara improcedente la solicitud de VALORES UNIÓN S.A. de suspensión de ejecución de los efectos de la Resolución ASFI N° 641/2010."*

Que a su vez, el Auto de referencia de manera textual señala lo siguiente:

> ***"(…) VISTOS***
>
> *Que, el memorial de fecha 19 de agosto de 2010, presentado por VALORES UNIÓN S.A., mediante el cual, solicita la suspensión de la ejecución y los efectos (plazos) de la Resolución ASFI N° 641/2010, señalando que en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se viene tramitando el Recurso Jerárquico de la misma entidad y por los mismos incumplimientos, por lo que existirían más de dos pronunciamientos sobre una misma cuestión, lo cual generaría confusión, dilatación y perjuicio*
>
> ***CONSIDERANDO***
>
> *Que, el artículo 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo en su parágrafo I establece que: "La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado".*
>
> *Que, el citado artículo expresa una salvedad a la regla anteriormente señalada, cuando en su parágrafo II manifiesta que: "No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el recurso, podrá suspender*

la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio para el solicitante".

Que, concordante con lo anterior, el artículo 40, parágrafo II del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, faculta al Superintendente Sectorial autorizar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo cuando exista razonablemente, la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.

CONSIDERANDO

Que, el memorial de fecha 19 de agosto de 2010, presentado por VALORES UNIÓN S.A., hace énfasis a dos aspectos: Primero, el referido a la suspensión de la ejecución de la Resolución ASFI N° 641/2010 y Segundo, la suspensión de los efectos, refiriéndose como efectos a los plazos de la referida Resolución ASFI N° 641/2010.

Que, en relación a la suspensión de la ejecución de la Resolución ASFI N° 641/2010, es necesario señalar que el artículo 40 parágrafo II, del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, refiere inexcusablemente que para la suspensión de la ejecución, es necesario que se demuestre la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves, aspecto que de ninguna forma ha sido demostrado por Valores Unión, ni tampoco se ha demostrado que la no suspensión de la ejecución de la Resolución ASFI N° 641/2010, ocasione una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros, por lo que no se han demostrado los hechos fácticos señalados por la norma, para suspender la ejecución de la Resolución ASFI N° 641/2010.

Que, con relación a la posibilidad de que se emitan dos pronunciamientos sobre una misma cuestión, se debe manifestar que el pronunciamiento emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, será cumplido por ASFI, sin que esto conlleve ningún perjuicio para Valores Unión S.A, por lo que no se puede demostrar que la tramitación de ambos Recursos cause perjuicio alguno al recurrente.

Que, con relación a la suspensión de los efectos o plazos señalados por Valores Unión, se debe señalar que el artículo 40 parágrafo II, del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, de ninguna forma está referido a la suspensión de plazos solicitada, en mas, respecto al tema de cumplimiento de plazos corresponde citar el marco legal siguiente:

- *El artículo 21 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos* ***se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas,*** *servidores públicos y los interesados.*

• *Por su parte el artículo 32 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, señala que los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Superintendencias Sectoriales, así como los sujetos regulados y personas interesadas.*

• *Por otro lado, el artículo 62 del Decreto Supremo N° 27113, señala las facultades y deberes de la Autoridad Administrativa, entre las cuales el numeral I) señala que la Autoridad Administrativa tiene la obligación de cumplir plazos.*

Que, de acuerdo a lo señalado, la normativa administrativa aplicable al presente caso, no otorga la facultad al Órgano Supervisor, de suspender plazos en ningún caso, es más, exhorta y obliga a la Autoridad Administrativa a cumplir los plazos señalados en la norma, en toda la tramitación de los procedimientos administrativos.

Que Valores Unión no ha demostrado de manera clara y contundente cual es el daño grave que le ocasionaría el cumplimiento a la Resolución sancionatoria ASFI N° 641/2010, ni tampoco ha demostrado una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros por lo que los requisitos para la aplicación del artículo 40 parágrafo II del reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, no han sido cumplidos…"

"RESUELVE:

***ÚNICO.- Declarar improcedente** la solicitud de la suspensión de la ejecución y los efectos de la Resolución ASFI N° 641/2010, realizada por VALORES UNIÓN S.A."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 28 se septiembre de 2010, **VALORES UNIÓN S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 790/2010 de 06 de septiembre de 2010, con la misma redacción y argumentos expuestos en Recurso Jerárquico, siendo estos transcritos en acápite posterior.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 409/2009 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 904/2010 de 26 de octubre de 2010, resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 790/2010 de 06 de septiembre de 2010, de acuerdo a la siguiente fundamentación:

(…) "CONSIDERANDO:

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, en su artículo 59, parágrafo I determina que: "La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado".

Que, sin embargo el precitado artículo determina una salvedad a la regla cuando en el parágrafo II manifiesta que: "No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, ***por razones de interés público o para evitar grave perjuicio para el solicitante*****".**

Que, el artículo 21 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos ***se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas,*** *servidores públicos y los interesados.*

Que, concordante con lo anterior, el artículo 40, parágrafo II del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, faculta al Superintendente Sectorial autorizar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo cuando exista razonablemente, la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.

Que, por su parte el artículo 32 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, señala que los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Superintendencias Sectoriales, así como los sujetos regulados y personas interesadas.

Que, el artículo 62 del Decreto Supremo N° 27113, determina las facultades y deberes de la Autoridad Administrativa, entre las cuales el numeral I) señala que la Autoridad Administrativa tiene la obligación de cumplir los plazos fijados en la norma.

CONSIDERANDO:

Que, previamente a ingresar en el análisis de los argumentos del recurrente, es necesario realizar algunas precisiones:

- *Sobre la suspensión de plazos*

  La suspensión de plazos, es una figura jurídica, por la cual los plazos previstos para la tramitación de determinado proceso, se detienen, mientras la causal que obligó a suspender la tramitación del mismo, perdure, dicha figura no se encuentra prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 ni en sus decretos reglamentarios, por lo que de ninguna forma es posible suspender plazos en la tramitación del procedimiento administrativo.

- *Sobre la suspensión de los efectos*

Por otro lado, y en el marco de la solicitud de Valores Unión S.A., se tiene la figura de la suspensión de los efectos de un acto administrativo definitivo o resolución, el cual otorga la posibilidad que la parte resolutiva, no sea efectivizada, aspecto que es una excepción a la regla del efecto devolutivo prevista en el artículo 40, del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Para la aplicación de la excepción referida precedentemente, la norma establece claramente que la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo, procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros, por lo que para que se suspendan los efectos de una resolución, es requisitos sine quanon, el cumplir el precepto señalado en la norma.

Que, con relación a los argumentos expuestos por Valores Unión S.A., corresponde realizar el siguiente análisis:

- *Mediante Recurso Jerárquico, Valores Unión impugnó la Resolución ASFI N° 573/2010 de 7 de julio de 2010, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010, por lo que se viene tramitando la instancia Jerárquica contra dicho recurso.*

- *No obstante de lo señalado, se debe aclarar que la tramitación del Recurso Jerárquico, por un lado, y la tramitación del presente Recurso de Revocatoria, por otro, no significa que exista doble pronunciamiento sobre un mismo tema, toda vez que el pronunciamiento de la instancia jerárquica será el que determine en última instancia la legalidad de la resolución recurrida, aspecto que de ninguna forma perjudica al recurrente, causa perturbación del interés general o de los derechos de terceros, sino que simplemente la Resolución Ministerial Jerárquica, se aplicará para todo el procedimiento tramitado inclusive para la actual resolución tramitada, por lo que si bien se emitirán dos pronunciamientos, no se debe olvidar que uno es en instancia de revocatoria y otro en instancia jerárquica, la que definirá la procedencia o no de la Resolución impugnada.*

- *En cuanto a la suspensión mencionada (Que no especifica si se refiere a la suspensión de plazos o de efectos), se debe señalar que no es procedente por los aspectos mencionados líneas arriba, toda vez que no existe un marco legal para la suspensión de plazos y al referirnos a la suspensión de los efectos, no se ha demostrado perjuicio al recurrente, perturbación del interés general o de los derechos de terceros, aspecto que tampoco ha generado dilación en la tramitación del proceso principal, el mismo que actualmente se encuentra en plazo de ser emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas*

Públicas, dicho de otro modo, si el presente procedimiento administrativo, no se hubiere iniciado a la fecha, el procedimiento principal, no hubiere variado, en cuanto a los plazos, de forma alguna, por lo que a la fecha estaría exactamente en los mismos plazos, aspecto que demuestra que no existió de forma alguna una dilación en la tramitación de los procedimientos.

- *El artículo 40 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, expresamente señala que el órgano administrativo competente para resolver el recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio para el solicitante, en el presente caso no se dio la suspensión de plazos de oficio, toda vez que el Órgano Regulador considera que no existieron elementos suficientes para hacerlo, no obstante de oficio Valores unión S.A. solicitó la suspensión de los plazos y de los efectos, para lo cual necesariamente debe cumplir con lo expuesto por el ya mencionado artículo 40 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, demostrando que no existe perjuicio al recurrente, perturbación del interés general o de los derechos de terceros, aspecto que no se ha demostrado, razón por la cual no es procedente la suspensión de los efectos de la Resolución ASFI N° 641/2010de 29 de julio de 2010.*

- *Finalmente en cuanto a los principios de eficacia, economía, simplicidad y celeridad, previstos en el Procedimiento Administrativo, se debe señalar que estos principios no son aplicables al presente caso, toda vez que la tramitación del procedimiento principal no ha variado de forma alguna, cumpliendo los plazos previstos en la norma procedimental…"*

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 16 de noviembre de 2010, **VALORES UNIÓN S.A.,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 904/2010 de 26 de octubre de 2010, expresando los mismos argumentos que en impugnación revocatoria, fundamentado lo siguiente:

"(…) ***II. ANTECEDENTES***

2.1.*En fecha 14 de julio de 2010 Valores Unión S.A. es notificada con la Resolución ASFI No 573/201, señalando que la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante informe Legal INFORME/ASFI/DAJ/R-67195/2010 de 07 de julio de 2010, ha concluido la aplicación del artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del Decreto Supremo No 27113 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo) en el presente caso, y de esta manera resuelve:* ***PRIMERO*** *"ANULAR la Resolución ASFI 345/2010 de 10 de mayo de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debiendo dictarse nueva Resolución, en base a los lineamientos establecidos en la presente Resolución" y* ***SEGUNDO:*** *El cómputo para dictar nueva*

resolución será de 10 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución,

2.2 *En fecha 22 de julio de 2010 Valores Unión S.A. interpone Recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI 573/2010 alegando la ilegalidad de la misma.*

2.3 *En fecha 27 de Julio de 2010 ASFI notifica a Valores Unión S.A. con una carta (ASFI/DAJ/R-73918/2010) en la que establece que contra la Resolución 573/2010 sólo era procedente la interposición de un Recurso Jerárquico y que por este motivo se remitiría el Memorial de fecha 22 de Julio a la Autoridad Superior Jerárquica (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) para que esta emitiera pronunciamiento.*

Cabe aclarar que la mencionada nota solo fue firmada por el Director de Asuntos Jurídicos de la ASFI y no así por el Director Ejecutivo.

2.4 *En fecha 30 de julio de 2010 Valores Unión S.A. dio respuesta (CITE VUN/1755/2010) a la nota de la ASFI mencionada en el punto anterior, explicando el porqué se interpuso recurso de Revocatoria y no Jerárquico a la Resolución 573/2010, La razón no fue otra que la ilegalidad de esta Resolución, puesto que en ningún momento resuelve la 345/2010 en las formas que prevé la Ley (Art. 43 D.S 27175), sino que anula de oficio la misma y otorga nuevo plazo para emitir otra Resolución. Esto no es legal. Cabe mencionar que esta nota no fue respondida,*

2.5 *En fecha 04/08/2010, ASFI notifica a Valores Unión S.A. con la Resolución 641/2010, misma que Resuelve: Sancionar a Valores Unión S.A. con multa de $us. 3.000 (DOLARES AMERICANOS), por supuesto incumplimiento de la Ley del Mercado de Valores, Normativa de Agencias de Bolsa Y Manual Único de Cuentas.*

2.6 *En fecha 19 de Agosto de 2010, Valores Unión S.A, presenta memorial solicitando la Suspensión de Plazos y Ejecución de la Resolución 641/2010 en virtud al siguiente argumento: Habiendo remitido la ASFI el memorial de Valores Unión S.A. de fecha 22 de Julio de 2010 al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas para que sea ésta Autoridad la que emita pronunciamiento y existiendo, por otro lado, la nueva Resolución ASFI 641/2010, existirán dos pronunciamientos sobre una misma cuestión, lo cual generará confusión, dilatación y perjuicio tanto para Valores Unión S.A. como para Administración Pública.*

En fecha 26 de Agosto de 2010, ASFI notifica a Valores Unión S.A. con un Acto Administrativo, mismo que señala que la solicitud de Suspensión de ejecución y efectos de la Resolución 641/2010 resulta improcedente, al no haberse demostrado de manera clara y contundente cual es el daño que ocasionaría el cumplimiento de la mencionada Resolución.

2.8 *En fecha 30 de Agosto de 2010 Valores Unión S.A. solicita se consigne el Acto Administrativo mencionado en el punto anterior, en Resolución debidamente fundada y motivada. Esta solicitud se realizó en virtud al artículo 20 del Decreto Supremo 27175.*

2.9 *De acuerdo al mismo artículo 20 del Decreto Supremo 27175 la ASFI debía emitir Resolución en un plazo de 10 días hábiles administrativos de recibida la solicitud. Así, el día 13 de Septiembre de 2010 ASFI envía mediante FAX a horas 18:45 la Resolución respectiva (790/2010). Es decir, fuera de plazo, ya que el horario de atención de Valores Unión es continuo hasta horas 17:00pm. Por este motivo se recibió esta Resolución el día 14 de Septiembre ya en físico, por parte del Notificador de la ASFI. Así, notificada la Resolución 790/2010 en fecha 14 de Septiembre, resulta extemporánea al plazo establecido por la norma.*

Aclarando este incumplimiento en cuanto a plazos, por parte de la ASFI, igualmente interponemos el presente Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI 790/2010.

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1 *El parágrafo segundo del artículo 59 de la Ley del Procedimiento Administrativo 2341 concordante con el artículo 40 del D.S. 27175, señalan claramente la excepción por la cual la interposición de determinado recurso puede suspender la ejecución del acto impugnado. Dicha excepción consiste en razones de interés público o en caso de generar perjuicio para el solicitante. Esta es la razón principal que motiva el presente recurso. Nos encontramos a la espera del pronunciamiento que emitirá la Autoridad Jerárquica, mismo que se encuentra íntimamente ligado y del cual depende, inclusive, el giro decisivo de todo el Proceso Administrativo que es uno solo, abarcando una misma cuestión y que de no proceder la suspensión en la primera instancia generara dos pronunciamientos sobre un mismo tema, y consecuentemente dilación en el proceso. Cuando por el contrario, el Procedimiento Administrativo establecido en la norma, recalca la importancia y el deber de otorgar la mayor economía y celeridad al proceso y que además, en ningún momento llama a Valores Unión S.A como recurrente, a demostrar el perjuicio o razón de interés público que motiva la solicitud de suspensión, por lo que se estaría generando una obligación a Valores Unión, sin que la misma tenga sustento legal alguno. Por otro lado, se está restando importancia y dilatando el proceso al encontrarse pendiente, el pronunciamiento del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, que finalmente, será el que resuelva todo el procedimiento administrativo.*

3.2 *El artículo 4 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo establece los Principios generales sobre los cuales debe basarse la Actividad Administrativa, señalando entre éstos, en su inciso j) el Principio de Eficacia, en virtud del cual todo Procedimiento Administrativo debe lograr su finalidad evitando dilaciones indebidas.*

3.3 *Así mismo, este artículo en su inciso k) reconoce el Principio de Economía, simplicidad y celeridad, a partir del cual los procedimientos administrativos se deben desarrollar sin diligencias innecesarias, con celeridad y sencillez.*

IV. PETITORIO

Por todo lo expuesto anteriormente, con la finalidad de economizar la actividad administrativa y no causar confusiones ni dilaciones y en virtud a los artículos 40 del D.S 27175, 59 y 64 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y demás normas aplicables, solicitamos a su autoridad ***REVOQUE*** *la Resolución 790/2010 y consecuentemente* ***SUSPENDA*** *la ejecución y los efectos (Plazos) de la Resolución Administrativa ASFI N° 641/2010 hasta que la Autoridad Jerárquica, es decir el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emita su pronunciamiento respecto al presente proceso administrativo.*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES PROCESALES Y EMISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y JERÁRQUICOS.-

El presente recurso surge como consecuencia de actos procesales llevados a cabo con anterioridad, habiéndose emitido pronunciamientos administrativos en las diferentes instancias procesales, incluso en instancia jerárquica, por lo que, con carácter previo a compulsar los antecedentes y actos procesales llevados a cabo dentro el presente recurso, corresponde realizar una retrospectiva de todo el procedimiento administrativo cursado.

En este contexto, tenemos que el procedimiento administrativo que involucra a Valores Unión S.A. se retrotrae a los efectos de la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 212 de 27 de marzo de 2009, por la cual la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, sancionó a dicha entidad con una multa equivalente en Bolivianos a $us. 4.000.- (Cuatro mil 00/100 Dólares Norteamericanos) por infracciones a lo dispuesto por: artículo 101, inciso b) del artículo 21, el punto 13 del inciso b) del artículo 51, artículo 31, articulo 42 inciso f), artículo 37, artículo 83 y artículo 81 de la Normativa para Agencias de Bolsa aprobada por Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 751/2004 y sus modificaciones, así como con el inciso h) del artículo 22 de la Ley N° 1834 del 31 de marzo de 1998. Asimismo, incumplió con el Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 1296/06 del 24 de noviembre de 2006, en lo dispuesto en la "Descripción" de la cuenta 110.00 "Gastos Pagados por Anticipado", en la "Descripción" de la cuenta 607.00 "Valores de terceros en custodia", en la "Descripción" de la cuenta 801.00 "Registro y custodia de la entidad", en la "Descripción" de la cuenta 800.00 "Cuentas de registro deudoras, con relación a catorce cargos imputados.

Como consecuencia de ello, las impugnaciones y/o recursos interpuestos por Valores Unión, llegó hasta instancia jerárquica con el argumento principal de que la sanción impuesta por el órgano de fiscalización no guardaba la debida simetría entre el cargo imputado y la multa a imponer debido a que se estableció de manera general la multa a todos los cargos imputados, sin establecer que monto de multa correspondía a cada cargo, siendo que estos eran catorce.

En este contexto se emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010, por la cual se anula el procedimiento administrativo sancionador hasta la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 212 de 27 de marzo de 2009 inclusive, debido a que la autoridad fiscalizadora no realizó una motivación adecuada de los cargos imputados y la multa impuesta.

En cumplimiento a la precitada Resolución Ministerial Jerárquica, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, continuó con el procedimiento administrativo emitiendo la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010; misma que fue anulada en instancia revocatoria mediante Resolución ASFI N° 573/2010 de 07 de julio de 2010, debido a que el acto administrativo anterior (Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010), contenía los mismos errores procedimentales que la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 212 de 27 de marzo de 2009, que fue anulada en instancia Jerárquica; disponiendo también que en un plazo administrativo de diez días hábiles se dicte nueva Resolución Administrativa subsanado el defecto procesal de acuerdo a las consideraciones legales expuestas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica anulatoria MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010.

En este contexto el expediente procesal nuevamente es remitido a instancia jerárquica, debido a que Valores Unión S.A. impugna la decisión de la ASFI de anular el acto administrativo, emitido en etapa sancionatoria con el fundamento de que esta institución no cuenta con la facultad legal para anular este tipo de actos administrativos de acuerdo a lo establecido por el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175, solicitando nuevamente se revoque la Resolución Administrativa 573/2010 de 07 de julio de 2010 que anula la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010.

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en virtud a las consideraciones legales expuestas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010 de 26 de noviembre de 2010, determina confirmar la Resolución Administrativa 573/2010 de 07 de julio de 2010, que anula la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 en estricto resguardo a los derechos fundamentales y subjetivos del recurrente, debido a que se pudo determinar que evidentemente existía un vicio procesal que necesariamente debía ser rectificado en algún momento procesal, aspecto que pudo haber causado un retraso irremediable en la tramitación del procedimiento sancionador instaurado contra Valores Unión S.A.

2. SOBRE EL MOMENTO PROCESAL EN LA QUE VALORES UNIÓN S.A. SOLICITA LA SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI.-

Durante la tramitación del Recurso Jerárquico interpuesto por Valores Unión S.A. contra la Resolución Administrativa anulatoria No. 573/2010 de 07 de julio de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI N° 641/2010 de 29 de julio de 2010, en cumplimiento al artículo segundo del acto administrativo anulatorio señalado líneas arriba, subsanado procedimiento y sancionando a Valores Unión con una multa equivalente en Bolivianos a $us. 3.000.- (Tres mil 00/100 Dólares Norteamericanos) por las mismas infracciones señaladas en la primera Resolución Administrativa emitida (R.A. SPVS-IV No. 212 de 27 de marzo de 2009).

Una vez notificado el precitado acto procesal administrativo, Valores Unión S.A. solicita la suspensión de plazos y ejecución de la Resolución Administrativa N° 641/2010 de 29 de julio de 2010, con el fundamento de que en instancia Jerárquica se venía tramitando un recurso, que necesariamente debía ser resuelto para proseguir con el procedimiento establecido, invocando la causal prescrita en el artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 sobre el perjuicio y la dilación procesal que conllevaría proseguir el proceso sancionatorio sin antes de que instancia jerárquica emita pronunciamiento al respecto.

De acuerdo a lo solicitado, es que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emite el auto de fecha 23 de agosto de 2010, que declara la improcedencia de la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución Administrativa ASFI N° 641/2010, a lo cual la entidad recurrente solicita que dicho acto sea elevado al rango de Resolución Administrativa, dictándose en consecuencia la Resolución Administrativa ASFI N° 790/2010 de 6 de septiembre de 2010; misma que es confirmada mediante Resolución Administrativa 904/2010 de 26 de octubre de 2010, ahora impugnada ante instancia Jerárquica; actos administrativos que fueron transcritos ut supra.

3. SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO Y LA COMPULSA CORRESPONDIENTE.-

Una vez traídos a colación, todos los actos procesales llevados a cabo, que necesariamente tuvieron que ser descritos para una mayor comprensión, corresponde ahora realizar una valoración adecuada del recurso interpuesto por Valores Unión S.A. y posteriormente emitir pronunciamiento adecuado a derecho.

En este contexto, la entidad recurrente fundamenta su petición amparada en lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175, con relación a la excepción que señala la norma, sobre la procedencia de la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, manifestando que la ejecución de dicho acto, generaría un perjuicio grave a la institución recurrente, ya que en instancia jerárquica existía un Recurso interpuesto íntimamente ligado al caso y, necesariamente se requería el pronunciamiento de dicha instancia, y que de no proceder con la suspensión de sus efectos, llegaría a existir dos pronunciamientos sobre un mismo tema. Asimismo hace alusión a los incisos j) y k) del artículo cuarto de la Ley de Procedimiento Administrativo, invocando los principios de eficacia procesal, Economía, simplicidad y celeridad en la actividad administrativa.

De acuerdo a lo manifestado, corresponde desarrollar una exegesis objetiva de lo establecido en las disposiciones legales invocadas por el recurrente, ya que éstas constituyen el fundamento esencial, en el que se sostiene el agravio desarrollado.

Artículo 59, Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341

"*(CRITERIOS DE SUSPENSIÓN)*

… II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar un grave perjuicio al solicitante."

Artículo 40, Decreto Supremo Nº 27175

"(EFECTO DEVOLUTIVO).

II La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros."

Como se podrá apreciar fuera de la regla general que establece la norma de la no suspensión de los efectos del acto administrativo, existe la excepción a dicha regla, condicionando la suspensión de los efectos del acto a la afectación y/o perturbación del interés público, afectación a los derechos de terceros y los daños graves que pudiese causarse al solicitante. Por lo que, corresponde analizar cada uno de estas posibilidades.

Con relación a la afectación y/o perturbación del orden público, tenemos que el proceso sancionatorio instaurado contra Valores Unión S.A., se circunscribe a infracciones cometidas por éste a la normativa de la materia, que involucran directamente a la entidad de valores, no existiendo terceros afectados ni demás sujetos procesales que hayan detentado un interés legal dentro el presente proceso, en consecuencia el procedimiento sancionador contra Valores Unión S.A. no conlleva una afectación al interés público puesto que las infracciones cometidas tampoco afectaron el mercado tal cual lo expresan los actos administrativos emitidos por la autoridad supervisora.

Con relación a una eventual afectación de los derechos de terceros corresponde manifestar que dentro el proceso sancionador, no existieron terceros involucrados o terceros legítimamente interesados que manifiesten o aleguen derechos subjetivos, ni fundamentales, por lo que la afectación contra terceros no es aplicable para la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada.

Ahora bien con relación a un eventual daño, que pudo causar la decisión de la autoridad administrativa al negar la suspensión de la ejecución de la Resolución Administrativa 641/2010 de 29 de julio de 2010, el cual alega el recurrente, corresponde se proceda a

subsumir los hechos al derecho y evidenciar de manera clara, cuál fue el eventual daño causado a la entidad de valores, como consecuencia de lo dispuesto por la ASFI.

Como se dijo anteriormente, al momento de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI No. 641/2010 de 29 de julio de 2010, se encontraba en trámite el Recurso Jerárquico interpuesto por Valores Unión contra la Resolución Administrativa ASFI No. 573/2010 de 07 de julio de 2010, por la cual precisamente el recurrente impugnó la decisión de la ASFI de anular su propio acto administrativo y disponer se emita nueva Resolución, subsanando el defecto; donde los efectos de la Resolución Administrativa ASFI N° 641/2010 se encontraba supeditados al pronunciamiento que debía emitir el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Corresponde también señalar que la Resolución Administrativa ASFI N° 641/2010 fue notificada al recurrente en fecha 04 de agosto de 2010, habiendo éste solicitado la suspensión de la ejecución de la misma en fecha 19 de agosto de 2010 (diez días después), emitiéndose el Auto en el que se declara improcedente la solicitud en fecha 23 de agosto de 2010 y es notificada el 26 de agosto del 2010 (quince días después de la notificación con la R.A. 641/2010).

Como se puede, apreciar de acuerdo a la cronología glosada, durante la solicitud de suspensión de efectos realizada por el recurrente y la respuesta de la autoridad administrativa, transcurrió el plazo procesal para interponerse recurso de revocatoria, aspecto que si bien no es determinante para el que regulado paralelamente haya interpuesto el recurso legal correspondiente, la autoridad fiscalizadora debió haber actuado con la diligencia necesaria y requerida respecto a la solicitud de suspensión planteada y resolver la misma tomando en cuenta la existencia de un pronunciamiento pendiente en instancia jerárquica y considerar que la negativa de suspensión generaba el derecho a la impugnación mediante los recursos que le franquea la ley.

En este contexto Valores Unión, se vio perjudicado con la decisión y el tiempo que la ASFI se tomó en determinar y notificar la negativa de suspensión de efectos del cuestionado acto administrativo; aspecto que eventualmente puso en estado de indefensión al recurrente al no contar con el pronunciamiento de la Autoridad Fiscalizadora e instancia jerárquica, y tomar el camino que le podía asistir, sea el recurso de revocatoria contra el acto administrativo no suspendido, u otro camino legal.

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

En este sentido, lo manifestado por Valores Unión respecto a que ciertamente la ejecución de los efectos de un acto administrativo se debía necesariamente al pronunciamiento en instancia a quem que debía resolver un recurso inmerso dentro el mismo proceso sancionatorio, era perfectamente atendible por autoridad administrativa, debido a que el administrado se encontraba en la incertidumbre jurídica respecto al pronunciamiento jerárquico debido a que efectivamente este pretendía que su impugnación sea atendida conforme a los agravios fundamentados y en este contexto el proceso en cuestión podía ser anulado de acuerdo al petitorio realizado.

En consecuencia, la determinación tomada por la Autoridad del Sistema Financiero creó un estado de indefensión al recurrente debido que a momento de emitirse la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 030/2010 de 26 de noviembre de 2010, el plazo procesal para impugnar la Resolución Administrativa ASFI Nº 641/2010 de 29 de julio de 2010 sin perjuicio de que el Auto de fecha 23 de agosto de 2010, fue puesto en conocimiento del recurrente el último día hábil administrativo para interponer el Recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que, el derecho a la defensa y seguridad jurídica son preceptos legales que constituyen garantías constitucionales dentro de cualquier procedimiento legalmente establecido ya sea administrativo, penal, civil, y la protección de estos deben ser ejercidos de manera supra legal por toda autoridad que administre justicia en cualquier materia por lo que en resguardo de las mismas corresponde revocar el fallo emitido por la autoridad administrativa reponiendo estos derechos y otorgándole al administrado a interponer los recurso que la norma franquea

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá revocar la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución Administrativa ASFI Nº 904/2010 de 26 de octubre de 2010 que confirma la Resolución Administrativa ASFI Nº 790/2010 de 06 de septiembre de 2010, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejándose sin efecto ambas Resoluciones.

SEGUNDO.- Reponer el plazo procesal y derecho de impugnación en contra la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 641/2010 de 29 de julio de 2010 de conformidad a lo establecido por los artículos 46 y 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003; plazo procesal que empezará a computarse a partir de la notificación con la presente Resolución.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/Nº 255/2010 DE 26 DE OCTUBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 011/2011 DE 22 DE MARZO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2011

La Paz, 22 de marzo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa/AP/DJ/Nº 181-2010 de 18 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 021/2011 de fecha 15 de marzo de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 17 de noviembre de 2010, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** representada legalmente por su Gerente de Inversiones Lic. José Antonio Gil Sensano, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº

563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 181-201 de 18 de agosto de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/3413/2010 con fecha de recepción 22 de noviembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 181-2010 de 18 de agosto de 2010; Recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 25 de noviembre de 2010, notificado en fecha 1° de diciembre de 2010.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 181-2010 DE FECHA 18 DE AGOSTO DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

> *"…**PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo N° 1, con $us. 2.000 (DOS MIL DÓLARES AMERICANOS 00/100)* (sic) *por incumplimiento del plazo fijado por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo entre 01 de enero de 2009 al 30 de noviembre de 2009.*
>
> ***SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo, en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 28 de septiembre de 2010, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondo de Pensiones** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010, presentando la siguiente argumentación:

> "*1. La Resolución Administrativa AP/DJ/N° 181/2010 nos sanciona con $US 2.000 por incumplimiento de los plazos otorgados para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y el periodo entre 01 de enero al 30 de noviembre de 2009, determinadas y modificadas mediante las siguientes Circulares:*
>
> *Circular AP/DF/**4**-2009 de **24 de junio de 2009** - Instructivo para el cierre de la administración, gestión y pago de Renta Dignidad y Gastos Funerales.*
>
> *Circular AP/DF/**16**-2009 de **18 de agosto de 2009** – Complementación y ampliación de plazo Circular AP/DF/4/2009.*
>
> *Circular AP/DF/**23**-2009 de **2 de octubre de 2009** – Ampliación de plazo Circulares AP/DF/4/2009 y AP/DF/16/2009.*
>
> *Circular AP/DF/**25**-2009 de 21 **de diciembre de 2009** - Ampliación de plazo Circulares AP/DF/4/2009, AP/DF/16/2009 y AP/DF/23/2009.*
>
> *Circular AP/DF/**2**-2010 de **26 de enero de 2010** – Ampliación de plazo Circulares AP/DF/4/2009, AP/DF/16/2009, AP/DF/23/2009 y AP/DF/25/2009.*
>
> *2. Su institución mediante Cite: AP/DJ/1361/2010 de 14 de mayo de 2010, notificada a nuestra institución el 25 de mayo de 2010, nos concede un plazo de 10 días hábiles para la presentación de los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, información y justificativos que creyere útiles para ejercitar el derecho de defensa, por el supuesto incumplimiento de la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010.*
>
> *3. Los descargos y justificaciones presentados a su autoridad dentro del plazo establecido, mediante Cite: FUT.TES - 1808, muestran claramente las actuaciones realizadas, toda vez que hemos adjuntando* (sic) *todos los documentos del SENASIR, COSSMIL, los cursados al Vice Ministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y los remitidos a la entidad fiscalizadora.*
>
> *4. Por otra parte, en fecha 24 de junio de 2010, nos notifican con la determinación de apertura del término de prueba de 20 días hábiles administrativos conforme prevé el artículo 29 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a efectos de que se remita a la AP copia de las Actas de conciliación suscritas con el SENASIR y con COSSMIL, en las fechas indicadas.*
>
> *En ambos casos hemos cumplido en tiempo oportuno los requerimientos con el envío de las justificaciones y documentos solicitados, pero que por los resultados descritos en la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 181-2010 recurrida, no fueron considerados y menos tomados en cuenta, motivo por el que nos permitimos enviar nuevamente toda*

la documentación, con las explicaciones de cada una de ellas, que esperamos sean consideradas para una determinación final.

5. Adicionalmente, solicitamos tomar en cuenta el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, el Decreto Supremo N° 29424 de 17 de enero de 2008, complementario del D.S. 29400, la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, el Contrato por excepción autorizado por el D.S. 29424, para la Administración del Fondo Universal de Renta de Vejez, gestión y pago de la Renta dignidad y Gastos Funerales para la gestión 2008, suscrito entre la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y Futuro de Bolivia de fecha 9 de abril de 2008 y la propuesta nuestra, presentada a la Ex - SPVS, no se refieren a la obligación de la ENTIDAD GESTORA AFP, a la obligación de presentación de los Estados Financieros del FRUV con dictamen de auditoría externa y menos las condiciones planteadas en la Circular ***AP/DF/ 4 -2009*** *de 24 de junio de 2009, fijando además el corte al 31 de julio de 2009, con opinión de auditoría externa al 31 de agosto de 2009, otorgando plazo de presentación al 10 de septiembre de 2009.*

6. En fecha 5 de agosto de 2009, mediante nuestra Cite: ***Fut.AP.1317/2009****, solicitamos la ampliación de plazo para la presentación de los Estados Financieros con dictamen de auditoría externa en nuestra calidad de Gestora de la Administración del pago de Renta Dignidad y Gastos Funerales, determinada en la Circular AP/DF 04 - 2009, debido principalmente a la falta de atención de COSSMIL, el SENASIR y La Vitalicia.*

Las siguientes ampliaciones de plazo realizadas mediante Notas: FUT. ***CONT. 2909 de 28/09/2010, FUT. SUP. - GG - 2088 de 11/12/2009 y FUT. SUP. - 125 de 21/01/2010,*** *se basan fundamentalmente en la demora de COSSMIL, el SENASIR y La Vitalicia, el primero debido a la falta de contar con un interlocutor que se responsabilice del proceso de conciliación y su cronograma de actividades de fin de año y el segundo por depender de la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, para la obtención de información y el registro de las reversiones.*

Por otra parte la falta de atención de la actual Autoridad de Fiscalización a nuestra Cite. FUT.AP.RD. 2058/2009 de 8 de diciembre de 2009, mediante la cual solicitamos autorizar a La Vitalicia, en su calidad de Entidad Gestora, entregue las copias de solicitudes y comprobantes de pago de Gastos Funerales, de acuerdo a detalle proporcionado, solicitando al mismo tiempo se fije día y hora para efectuar el inventario correspondiente de acuerdo a lo establecido en la Circular AP/DPNC/10/2009. Habiendo recibido en calidad de respuesta de La Vitalicia, que la fecha fijada para dar curso a esta solicitud es el 18 de enero de 2010 a horas 10:00 a.m., es decir 40 días después de nuestra solicitud.

7. La última solicitud de ampliación de plazo de presentación de los Estados Financieros del pago de Renta Dignidad, se realizó mediante nuestra Cite: FUT.AP - GG -29/01/10, xxx7 (sic) *de enero de 2010, siendo respondida por parte de la Autoridad de Fiscalización con Cite: AP/DF/46/2010 en fecha 08/01/2010, negando cualquier ampliación en vista de los plazos ya otorgados y manifestando que la AFP*

habría contado con el tiempo suficiente, ya que solo nos limitamos a remitir notas al SENASIR y COSSMIL, sin efectuar mayores gestiones, ni solicitud de intervención de la ex - SPVS, a efecto de dar cumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008.

A continuación nos permitimos detallar las notas enviadas al SENASIR, COSSMIL, Vice Ministerio del Tesoro y Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas:

CITE: FUT.TES - 3195 de 21/10/2009 - Al SENASIR - Solicitud de archivo de reversión.

CITE: FUT.TES - 3633 de 25/11/2009 - Al Vice-Ministerio del Tesoro y Crédito Público, solicitando colaboración para culminar la conciliación con el SENASIR. ***CON COPIA A LA AP.***

CITE: FUT.TES - 3682 de 30/11/2009 - A COSSMIL - Envío de Acta de conciliación 4to trimestre 2009 y 1er trimestre 2009.

CITE: FUT.TES - 3709 de 30/11/2009 - Al Vice-Ministerio del Tesoro y Crédito Público, haciendo conocer el informe del SENASIR respecto a la información de reversión. ***CON COPIA A LA AP***

CITE: FUT.TES - 3739 de 2/12/2009 - A COSSMIL, enviando registros observados en el proceso de conciliación.

CITE: FUT.TES - 3863 de 7/12/2009 - A COSSMIL, reclamando depósitos por 8 registros.

CITE: FUT.GG - 68 de 12/01/2010 - Al SENASIR - Haciendo conocer la Nota AP/DF/46 de/01/2010.

CITE: FUT.GG - 69 de 12/01/2010 - A COSSMIL - Haciendo conocer la Nota AP/DF/46 de/01/2010.

CITE: FUT.TES. - 0364 de 26/01/2010 - Al SENASIR - Enviando Acta de Conciliación de Renta dignidad.

CITE: FUT.TEST - 1313 de 16/04/2010 - A COSSMIL - Comunicando proceso del saldo pendiente de conciliación.

CITE: MEFP/VICP/DGPOT/UAIS/N° 3751/2009 de 01/12/2009 - Del Director General de Programación y Operaciones del Tesoro - Informando al SENASIR la reversión de Renta dignidad de abril y mayo 2009.

CITE: MEFP/VICP/DGPOT/UAIS/N° 3751/2009 de 01/12/2009 - Del Director General de Programación y Operaciones del Tesoro - A la AFP, informando sobre la remisión de información sobre el pago de Renta Dignidad, para fines de conciliación, en respuesta a la Cite: FU.TES 3633.

CITE: MEFP/VICP/DGPOT/UAIS/N° 3751/2009 de 01/12/2009 - Del Director General de Programación y Operaciones del Tesoro - A la AFP, EN RESPUESTA A LA 3709/2009,

informando que la Dirección General de Programación, se encuentra se encuentra (sic) *efectivizando el proceso de reversión, para efectos de la conciliación.*

Cite: SENASIR U SIS 0880/2009 de 14/09/2009 - Del SENASIR, a la AFP, haciendo conocer el envío de los montos desembolsados y efectivamente pagados de Renta dignidad, para efectos de conciliación.

Cite: SENASIR U SIS 1135/2009 de 13/11/2009 - Del SENASIR al Director General de Programación y Operaciones del Tesoro, solicitándole la reversión de fondos de pago de Renta dignidad no cobrados a los ENTES GESTORES. Circular: SPVS 034/2009.

Cite: SENASIR U SIS 1173/2009 de 26/11/2009 - Del SENASIR al Sub Gerente Nacional de Contabilidad de la AFP, solicitándole la reversión de pago de Renta Dignidad, a quienes el SENASIR no pagó el beneficio por las gestiones 2008 y 2009.

Cite: D.G.S. - URN N° 738/09 de 13/11/2009 - De COSMIL (sic) *al Jefe de Unidad de Sistemas del SENASIR, requiriendo número de cuenta de depósito Renta Dignidad.*

Cite: D.G.S. - URN N° 738/09 de 13/11/2009 - De COSMIL (sic) *al Sub Gerente Nacional de Contabilidad de la AFP, dando respuesta a la Nota FUT.TES. 3848/09.*

Cite: D.G.S. - URN N° 033/10 de 12/01/2010 - De COSMIL (sic) *al Director General de Programación y Operaciones del Tesoro, solicitándole N° de Cuenta y Fecha de Depósito de Renta Dignidad.*

Cite: D.G.S. - URN N° 075/10 de 26/01/2010 - De COSMIL (sic) *a Control de Operaciones de la AFP, en respuesta a la Cite FUT.GG. 69/2010, con relación a la conciliación de los pagos de Renta Dignidad.*

Por todo lo expuesto, el informe de los Estados Financieros con Dictamen de Auditoría Externa ha sido presentada a la Autoridad de fiscalización en fecha 5 de marzo de 2010.

8. En fecha 25 de mayo de 2010, mediante Cite: AP/DJ/1361/2010 de 14 de mayo de 2010, la Autoridad de Fiscalización nos notifica por el incumplimiento al plazo establecido para la presentación de Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de vejez y Gastos Funerales, otorgándonos 10 días hábiles administrativos para la presentación de todos los descargos, pruebas, alegatos, explicaciones y justificativos útiles para ejercer el derecho a la defensa.

En calidad de descargo a la notificación anterior, con nuestras CITES: FUT. TES - 1808/2010 de fecha 9 de junio de 2010 y FUT. AP. GG -1215/07/10 de 22 de julio de 2010, enviamos la misma documentación descrita y que adjuntamos nuevamente al presente Recurso para efectos del RECURSO DE REVOCATORIA, sin embargo estos documentos no fueron considerados para ninguno de los dos casos por la Autoridad de Fiscalización en etapa de descargos.

Por todo lo expuesto, se pudo evidenciar que su autoridad no consideró y menos tomó en cuenta los documentos remitidos en su oportunidad y enviados nuevamente adjuntos al presente recurso.

Por otra parte, La (sic) *Resolución recurrida toma en cuenta lo siguiente:*

i. La Autoridad de Fiscalización en el tercer Considerando, simplemente expone que la AFP, sustenta los descargos en la correspondencia recibida y enviada al SENASIR, COSSMIL, Ministerio de Economía y Finanzas y Futuro de Bolivia entre septiembre 2009 y abril 2010 y que esta documentación demuestra el incumplimiento reiterado de los plazos y por consiguiente las postergaciones de las Circulares a los plazos de presentación de los EEFF.

ii. Mencionan por otra parte que el incumplimiento se debe a que las conciliaciones no se hicieron a tiempo porque tanto SENASIR como COSSMIL no respondieron con prontitud a las reiteradas solicitudes para la remisión de datos para las conciliaciones respectivas, sin considerar:

En la propuesta presentada por Futuro de Bolivia y la disposición de adjudicación y contrato suscrito con la ex SPVS, actual AP, que se ha obligado la AFP a presentar los estados financieros del pago de Renta Dignidad con Dictamen de Auditoría externa.

iii. Futuro de Bolivia S.A. no ha firmado, ni estaba obligado a firmar ningún contrato con las EPI's; está determinación ha sido establecida por la Ex SPVS.

iv. La AP no ha considerado que este incumpliendo(sic) *de la AFP se ha originado exclusivamente por la demora en la presentación de las conciliaciones de parte del SENASIR y COSSMIL, en vista que no existía disposición alguna que les obligue a estas dos Instituciones a cumplir los dispuesto por la AP, para el cumplimiento de la AFP.*

v. La AP menciona en la Cite AP/DF/46/2010 de 8 de enero de 2010 (ref.: a la negativa de una nueva ampliación) que la AFP, contó con el tiempo suficiente para cumplir con los plazos establecidos (como si fuera dependencia sola de la AFP); sin embargo, se limitó a remitir notas al SENASIR Y COSSMIL, sin efectuar mayores gestiones, ***ni solicitó la intervención de la ex - SPVS*** *a efectos de dar cumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008.*

Al respecto, su autoridad podrá comprobar en nuestras notas de solicitud de ampliación de plazo señaladas en los puntos 2 y 3 (cuatro notas), el único argumento expuesto para este efecto, era el de incumplimiento de presentación de las conciliaciones de parte del SENASIR y COSSMIL. Por otra parte las notas FUT.TES - 3633 de 25/11/2009 y CITE: FUT.TES - 3709 de 30/11/2009 dirigidas al Vice-Ministerio del Tesoro y Crédito Público, solicitando colaboración para culminar la conciliación con el SENASIR, han sido enviadas con copia a la AP, tal como se evidencia por las fotocopias adjuntas.

Por lo que mal se puede afirmar que solo nos dedicamos a enviar notas, sin efectuar mayores gestiones, ni solicitud de intervención de la Ex - SPVS, habida cuenta que en

ninguno de los casos la AP se han (sic) *pronunciado y menos intervenido ante el SENASIR y COSSMIL, para el cumplimiento de este objetivo.*

Finalmente, nos cabe manifestar que resulta injusto e ilegal que debamos pagar una sanción por errores de terceras Instituciones, tomando en cuenta que éstas no tiene (sic) *una presión coercitiva y menos un contrato o disposición legal alguna, que les obligue a cumplir con sus obligaciones, resultando QUE LA ÚNICA QUE DEBERÍA CUMPLIR LOS PLAZOS ES LA AFP, ASÍ NO LO HAGA EL TERCERO, sin tomar en cuenta que los resultados dependen imprescindiblemente de éste, y no se* (sic) *su propia voluntad o accionar.*

III. PETITORIO.

Sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente y considerando que la Resolución recurrida, afecta nuestros derechos por los argumentos expuestos, mediante el presente Recurso de Revocatoria solicitamos la Revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ N° 181-2010, de conformidad a lo dispuesto por la normativa legal vigente y descrita precedentemente."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 255-2010 DE FECHA 26 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ N° 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010 (ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones), con los siguientes fundamentos:

"…CONSIDERANDO:

Qué Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido lo establecido en la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, mediante la cual se ampliaba el plazo al 12 de febrero de 2010, como fecha máxima para la presentación a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, el Informe de Auditoría Externa y sus anexos relacionados a la Auditoría del Fondo de Renta Universal de Vejez de los Estados Financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) y Gastos Funerales.

Qué Futuro de Bolivia S.A. AFP, solicitó en cinco oportunidades la ampliación de plazo para la presentación de sus Estados Financieros Auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) y Gastos Funerales tanto de la gestión 2008 como del periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de julio de 2009, plazo fijado para el 12 de febrero de 2010, que también fue incumplido por dicha Entidad.

Que de acuerdo a lo expuesto anteriormente, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha emitido la Resolución Administrativa/ AP/ DJ N° 181 - 2010 notificada a Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 07 de septiembre de 2010, resolviendo lo siguiente:

PRIMERO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo N° 1, con $us. 2.000 (DOS MIL DÓLARES AMERICANOS 00/100) por incumplimiento del plazo fijado por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo entre 01 de enero de 2009 al 30 de noviembre de 2009.*

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo, en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

CONSIDERANDO:

Que habiéndose notificado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con Nota de Cargo AP/DJ/1361/2010 en 25 de mayo de 2010 y habiendo presentado la misma los descargos correspondientes, se dicta Resolución Administrativa Sancionatoria / AP / DJ N° 181 - 2010 la cual fue debidamente notificada en fecha 07 de de (sic) *septiembre de 2010.*

Que el artículo 46 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, otorga la facultad de impugnar las Resoluciones Administrativas mediante Recurso de Revocatoria ante la misma Entidad que la emitió, otorgando el plazo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada para su interposición, de acuerdo al artículo 48 del mismo cuerpo legal.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante memorial de 28 de septiembre de 2010, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 181 - 2010 de 18 de agosto de 2010, expresando que el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, el Decreto Supremo N° 29424 de 17 de enero de 2008 complementario al anterior, la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 y el Contrato por Excepción autorizado por Decreto Supremo N° 29424 para la Administración del Fondo Universal de Renta de Vejez, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales para la gestión 2008, no se refieren a la obligación de presentación de los estados Financieros del FRUV con dictamen de auditoría externa y menos las condiciones planteadas en la Circular AP/DF/4-2009 de 24 de junio de 2009, fijando además el corte al 31 de julio de 2009, con opinión de auditoría externa al 31 de de agosto de 2009, otorgando plazo de presentación al 10 de septiembre de 2009.

Que asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP menciona que por la propuesta presentada y adjudicada con la posterior firma de Contrato con la ex Superintendencia de

Pensiones, Valores y Seguros, se obliga a la presentación de los estados financieros del pago de la Renta Dignidad con dictamen de auditoría externa y no así a la firma de ningún contrato con las EPIs, habiendo sido establecida esta determinación por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. Asimismo, argumentan que sus solicitudes de ampliaciones de plazo, para la presentación de los Estados Financieros con dictamen de Auditoría Externa se basan fundamentalmente en la demora de COSSMIL y el SENASIR, debido a que no existía disposición alguna que obligue a estas dos instituciones a cumplir lo dispuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, manifestando finalmente que resulta injusto e ilegal que deban pagar una sanción por errores de terceras instituciones, tomando en cuenta que éstas no tienen una disposición legal que les obligue a cumplir con sus obligaciones, por lo que solicitan la revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ N° 181 - 2010.

CONSIDERANDO:

Que el Contrato por Excepción N° 015.08 autorizado por el Decreto Supremo N° 29424 de 17 de enero de 2008, para la Administración del Fondo Universal de Renta de Vejez, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales para la gestión 2008, suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y Futuro de Bolivia S.A. AFP el 28 de enero de 2008, establece en la cláusula séptima referida a las Obligaciones de la AFP, en los puntos 7.1 inciso h) y 7.2 inciso t), que para la Administración de la Base de Datos de los Beneficiarios de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, son obligaciones de la AFP, cumplir con el Decreto Supremo N° 29400, Decreto Supremo N° 29424 y la normativa emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros actualmente Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP.

Que el artículo 30 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece que la Entidad Gestora deberá proporcionar a la Entidad encargada de la Regulación la información que ésta le solicite en la oportunidad y los plazos que se fije para tal efecto. La naturaleza de la información, su periodicidad, los plazos y la forma de envío serán establecidas por la Entidad encargada de la Regulación mediante Reglamento, en el caso particular, la Autoridad de Fiscalización de Control de Pensiones - AP, emitió la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, mediante la cual se ampliaba el plazo al 12 de febrero de 2010, como fecha máxima para la presentación a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, del Informe de Auditoría Externa y sus anexos relacionados a la Auditoría del Fondo de Renta Universal de Vejez de los Estados Financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) y Gastos Funerales, habiendo presentado los mismos recién en fecha 05 de marzo de 2010, incumpliendo de esta manera la normativa establecida por el Ente Regulador.

Que el artículo 29 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece que: "La Entidad Gestora, podrá subcontratar a un tercero para realizar el pago de la Renta Dignidad y los Gastos Funerales", así como el punto ii del inciso n)

correspondiente al Punto 7.2 de la Clausula Séptima del Contrato por Excepción N° 015.08 de fecha 28 de enero de 2008, establece que: "n) En caso de acogerse al artículo 29 del Decreto Supremo N° 29400, relativo a la contratación de terceros para el pago de la Renta Dignidad, son obligaciones de la AFP: ii) La contratación a terceros no podrá implicar, en ningún momento la cesión, subrogación, delegación o cualquier tipo de transferencia de la obligación que tiene la AFP para la prestación de servicios".

Que asimismo, el artículo 15 de 1a normativa legal referida anteriormente, establece que "El pago de la Renta Dignidad, para los Rentistas del Sistema de Reparto y pensiones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 11 del presente Decreto Supremo, será gestionado y pagado directamente por las Instituciones responsables del pago de la renta o pensión, asumiendo las mismas obligaciones y responsabilidades de la Entidad Gestora respecto al pago". Por lo tanto, de acuerdo a esta norma, no se requerían disposiciones legales ni firmas de contrato alguno, al margen de las ya establecidas, respecto a las obligaciones tanto de las Instituciones responsables del pago de la Renta Dignidad (EPIs), así como de la Entidad Gestora.

Que en este caso, el inciso e) del referido artículo establece que: "Trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de consolidar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido de acuerdo a cronograma a ser establecido por la Entidad encargada de la Regulación".

Que asimismo, el artículo 24 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, establece que: "El SENASIR, COSSMIL, AFP y EA trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido en un plazo máximo de 20 días hábiles administrativos". A tal efecto, la referida norma adjunta un cronograma para cada gestión calendario, con fechas límites de conciliación, las cuales siendo de conocimiento previo de parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP, era obligación de esta Entidad actuar con la debida oportunidad y diligencia, considerando que su obligación de presentar las conciliaciones de los montos desembolsados y efectivamente pagados, se encontraban sometidas a un cronograma establecido por norma, por lo tanto de cumplimiento obligatorio.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, argumenta en su petitorio que sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos y considerando que la resolución recurrida afecta sus derechos, mediante el Recurso de Revocatoria, solicita la Revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ N° 181 - 2010 de 18 de agosto de 2010, de conformidad a lo dispuesto por la normativa legal vigente y descrita precedentemente.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las Resoluciones sobre Recursos de Revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión y análisis del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado los fundamentos necesarios que permita (sic) *desvirtuar lo expresado en la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 181 - 2010 de 18 de agosto de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, debiendo en consecuencia, confirmarse la misma en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida."*

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 17 de noviembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, expresando lo siguiente:

*"…**ANTECEDENTES.-***

Mediante nota AP/DJ/1361/2010 de fecha 14 de mayo de 2010 la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones inicia proceso sancionatorio contra nuestra Administradora de Fondos de pensiones (sic) *por incumplimiento al plazo establecido para la presentación de Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales, imputando los siguientes cargos:*

Cargo N° 1:

Incumplimiento a la normativa establecido en ***Circular AP/DJ/2-2010 e*** (sic) ***26 de enero de 2010*** *que establecía plazo máximo el 12 de febrero de 2010 para la presentación del Dictamen de Auditoría Externa de los estados Financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) y Gastos Funerales.*

Nuestra Administradora de Fondos de Pensiones dentro del plazo establecido en la nota de cargos AP/DJ/1361/2010 de fecha 14 de mayo de 2010, presentó sus descargos mediante nota FUT TES 1808/2010 el 9 de junio de 2010; los mismos que fueron objeto de análisis por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la misma que considero "Que ante la ausencia de descargos convincentes por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a la norma imputada y la obligatoriedad de su cumplimiento por lo cual corresponde su sanción". La misma que es efectivizada mediante la Resolución

Administrativa AP/DJ/Nº 181-2010 de fecha 18 de Agosto de 2010, la misma que en su parte Resolutiva establece lo siguiente:

PRIMERO.-I. Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo N° 1, con $us 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento del plazo fijado por la circular AP/DJ/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos funerales de la gestión 2008 y del periodo entre 01 de enero de 2009 al 30 de noviembre de 2009.

Dentro del plazo establecido por el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003; y al considerar que la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010 notificada a nuestra AFP en fecha 7 de septiembre de 2010, atentaba a nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos causando daño económico a nuestra institución, interpusimos Recurso de Revocatoria contra la referida Resolución Administrativa.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010 que fue notificada legalmente a nuestra AFP en fecha 3 de noviembre de los corrientes, nuevamente sin considerar de manera objetiva nuestros argumentos, prueba documental presentada y responsabilidad, considerando que no existen fundamentos que logren desvirtuar el cargo imputado resuelve en el marco de lo establecido por el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2010 confirmar totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ Nº 181-2010 de 18 de agosto de 2010.

ANÁLISIS DEL CARGO IMPUTADO Y DE LA SANCIÓN IMPUESTA.-

Con relación al Cargo Nº 1:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones basa su cargo en el incumplimiento al plazo fijado por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros Auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales imponiendo una sanción a Futuro de Bolivia S.A. de $us 2.000,00 ***(DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA)***(sic)***.*** *Sin considerar los siguientes extremos:*

a) *Como bien señala la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en el cuarto párrafo del cuarto CONSIDERANDO de la ahora impugnada Resolución Administrativa AP/DJ Nº 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, el artículo 15 del Decreto Supremo Nº 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007 establece que: "El pago de la renta Dignidad, para Rentistas del Sistema de Reparto y pensionados del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, que cumplan con los requisitos establecidos en el Artículo 11 del presente Decreto Supremo,* ***será gestionado y pagado directamente por las Instituciones responsables del pago de la renta o pensión, asumiendo las mismas obligaciones y responsabilidades de la***

***Entidad Gestora respecto al pago"**. Normativa de la que se infiere que las instituciones como el SENASIR, COSSMIL, AFP's, y EA, están obligadas a asumir obligaciones y responsabilidades definidas por la Ley de la Renta Dignidad y su Decreto Reglamentario, aspecto que debió ser considerado en la reglamentación efectuada por la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros.*

b) *El numeral v. del inciso b) del Decreto Supremo N° 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007 establece que **"El Servicio Nacional del Sistema de Reparto, Corporación del Seguro Social Militar, las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras según corresponda, deberán efectuar las conciliaciones respectivas** por los pagos efectuados de la Renta Dignidad. Las conciliaciones se realizarán trimestralmente y comprenderán los montos solicitados, desembolsados y pagados por cada registro". Lo que significa que las Instituciones responsables de pago están obligadas a conciliar los montos solicitados, desembolsados y pagados con la Entidad Gestora del FRUV. No significando lo anterior que, la responsabilidad de la conciliación a la que se hace referencia, sea competencia y responsabilidad exclusiva de la Entidad Gestora del FRUV, aspecto que también debió ser tomado en cuenta por la ex-SPVS al momento de emitir su reglamentación.*

c) *A efectos de cumplir con la conciliación, de acuerdo a lo establecido por el inciso e) del Decreto Supremo N° 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007, las instituciones responsables del pago de la renta o pensión (SENASIR, COSSMIL, AFP's, EA) que deben gestionar y pagar la Renta Dignidad, deberán remitir trimestralmente..."**a la Entidad Gestora información y documentación a efectos reconciliar*** (sic) ***los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido de acuerdo a cronograma a ser establecido por la entidad encargada de la regulación"**. Como su Autoridad podrá deducir de manera lógica, la obligación de envió de información y documentos para conciliación de los montos solicitados, desembolsados y efectivamente pagados; recae sobre las instituciones encargadas del pago de la Renta Dignidad junto a las rentas del sistema de reparto y las pensiones del Seguro Social de largo plazo SSO, es decir sobre El Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR), Corporación del Seguro Social Militar (COSSMIL), las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP's) y Entidades Aseguradoras (EA).*

d) *El artículo 24 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 062 de 21 de enero de 2008, establece en concordancia con lo establecido por el artículo 15 del Decreto Supremo N° 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007 que: "El SENASIR, COSSMIL, AFP y EA trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido en un plazo máximo de 20 días hábiles administrativos. Del análisis del citado artículo, se desprende nuevamente la obligación que tienen el SENASIR, COSSMIL, las AFP y las EA de remitir a la Entidad Gestora del FRUV, la información y documentación que permita la conciliación de los montos solicitados, desembolsados y efectivamente pagados dentro del*

cronograma establecido por la ex-SPVS.

e) *Futuro de Bolivia S.A. AFP, en estricta aplicación a lo establecido por el inciso s) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; y a efectos de cumplir con la solicitud de la presentación de Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales; solicitó al SENASIR, COSSMIL y La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., el envío de información y documentación que permita efectuar las conciliaciones establecidas por normativa, y además permitan cubrir los requerimientos de la empresa contratada (PricewaterhouseCoopers S.R.L.) para la emisión de un dictamen de auditoría externa independiente. Dichas solicitudes y las actas de conciliación, fueron remitidas a su Autoridad dentro de la apertura de término probatorio abierto para el pronunciamiento sobre el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010.*

f) *La imposibilidad material de la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo entre 01 de enero de 2009 al 30 de noviembre de 2009, obedecieron como queda demostrado por las notas cursadas al SENASIR, COSSMIL, Vice Ministerio* (sic) *del Tesoro y Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, al incumplimiento de las obligaciones que les asignó el Decreto Supremo Nº 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007 al SENASIR y COSSMIL como instituciones encargadas de gestionar y pagar la Renta Dignidad a su rentistas del Sistema de Reparto.*

g) *La imposibilidad material a la que se hace referencia en el inciso anterior fue puesta en conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de pensiones* (sic)*, no solo por parte de nuestra AFP, sino que también por parte de Previsión BBVA S.A. AFP en su condición de Entes Gestores del FRUV, motivo por el cual su Autoridad mediante Circular AP/DF/4/2009 de fecha 24 de junio de 2009 amplió el plazo para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales hasta el 10 de septiembre de 2009; dicho plazo fue ampliado mediante Circular AP/DF/16/2009 de fecha 18 de agosto hasta el 15 de noviembre de 2009; el plazo vuelve a ampliarse mediante Circular AP/DF/23/2009 de fecha 02 de octubre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009; persistiendo la imposibilidad material y siempre a requerimiento de ambos Entes Gestores del FRUV, el plazo se amplía mediante Circular AP/DF/25/2009 de fecha 21 de diciembre de 2009 hasta el 20 de enero de 2010.*

h) *Subsistiendo la imposibilidad material de cumplir con el plazo fijado por la Circular AP/DF/25/2009 de fecha 21 de diciembre de 2009, nuestra AFP mediante nota FUT.AP-GG-29/01/01/10 solicita una última ampliación para la entrega de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales, la misma que es negada por su Autoridad mediante nota*

AP/DF/46/2010 de fecha 8 de enero de 2010 bajo el argumento de que el plazo ya fue postergado en cuatro ocasiones y que ***"La AFP*** *conto con el tiempo suficiente para cumplir con los plazos establecidos;* ***sin embargo se limitó a remitir notas al SENASIR y COSSMIL sin efectuar mayores gestiones, ni solicitó la intervención de la ex - SPVS a efectos de dar cumplimiento a la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 0620 de 21 de enero de 2008****". Olvidándose que la obligación de presentar la información y documentos para la conciliación de los montos solicitados, desembolsados y efectivamente pagados a la Entidad Gestora del FRUV; recae por imperio de la Ley sobre el SENASIR, COSSMIL, AFP (en su papel de instituciones pagadoras de pensiones del SSO) y las EA.*

Llama la atención que la AP asevere que nos limitamos a simplemente enviar notas, sin hacer mayores gestiones, cuando las mismas fueron debidamente documentadas y puestas en su conocimiento, toda vez que fueron efectuadas con copia a su Autoridad como Entidad Reguladora.

Debe tomarse en consideración que las obligaciones y responsabilidades a las que hace referencia el artículo 12 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 062 de 21 de enero de 2008, no implican hacer gestiones con las instituciones encargadas de gestionar y pagar la Renta Dignidad junto a las Rentas del Sistema de Reparto y Pensiones del SSO, a efectos de que cumplan el mandato del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de Diciembre de 2007, ya que esta es una obligación que asumen las instituciones por imperio del propio Decreto Supremo y la supervisión de su cumplimiento esta delegado al Ente Regulador.

Asimismo con relación a la participación de la ex - SPVS, se debe considerar que la disposición final segunda del Decreto Supremo Nº 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007 establece que el Ministerio de Hacienda y la Entidad encargada de la Regulación reglamentaran el presente Decreto Supremo, por lo que en cumplimiento a lo establecido por el artículo 49 inciso r) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y en atención a lo establecido por el Decreto Supremo Nº 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007, la ex - SPVS debió considerar al momento de emitir su reglamentación, que instituciones como el SENASIR y COSSMIL a efectos del pago de la Renta Dignidad y cumplimiento de otras obligaciones que les corresponde, pasan a estar bajo su tuición y supervisión; debiendo tomar entonces las previsiones necesarias a efectos que el cumplimiento de sus obligaciones, no perjudique a las Entidades Gestoras del FRUV en el cumplimiento de las suyas dentro de los plazos previstos por norma.

Como su Autoridad podrá evidenciar del análisis y fundamentación precedentes, no ha existido responsabilidad en el incumplimiento del plazo establecido por la Circular AP/DF/25/2009 de fecha 21 de diciembre para la presentación de Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales, ya que la elaboración de los mismos requería de la conclusión de las conciliaciones con el SENASIR y COSSMIL principalmente. ***Por lo que reiteramos que es injusto e ilegal que***

debamos pagar o asumir una sanción que se origina por el incumplimiento de las obligaciones de terceras instituciones, sobre las cuales no se ha establecido mecanismos coercitivos, ni se ha previsto en etapa de reglamentación los alcances y perjuicios que produciría en todo el proceso de gestión de pago y administración del FRUV el incumplimiento de las mismas, *como ser entregar la información y documentación necesaria para la conciliación de los montos solicitados, desembolsados y efectivamente pagados por concepto de Renta Dignidad. Motivo por el que se ha vulnerado el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 78 de la Ley de Procedimiento Administrativo "I. Solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas individuales o colectivas que resulten responsables".*

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los antecedentes del caso, el análisis del cargo y sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones contra Futuro de Bolivia S.A. AFP; y, toda vez que han sido vulnerados los principios que rigen el Procedimiento Administrativo al no haberse configurado una conducta preterintencional y tampoco determinada la responsabilidad, se han conculcado nuestros derechos y legítimos intereses, por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar totalmente los efectos y alcances de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010; y, de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 181-2010 de fecha 18 de agosto de 2010."

5. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 10 de diciembre de 2010 se llevó a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos expuestos por los señores José Ardaya Calderón (Control de Operaciones), Marcelo Saavedra (Analista Legal) y Hugo Vía Escalante (Gerente Jurídico) en representación de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en la que ratificaron los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

CONSIDERANDO:

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

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

1. DE LAS OBLIGACIONES DE LA AFP.-

Que, existe el Contrato por Excepción N° 015.08 autorizado por el Decreto Supremo N° 29424 de 17 de enero de 2008, para la Administración del Fondo Universal de Renta de Vejez, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales para la gestión 2008, suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y Futuro de Bolivia S.A. AFP, con fecha 28 de enero de 2008, Contrato que en su cláusula séptima, puntos 7.1 inciso h) y 7.2 inciso t), señala que para la Administración de la Base de Datos de los Beneficiarios de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, son obligaciones de la AFP, cumplir con los Decretos Supremos Nros. 29400 (Reglamentario a la Ley de la Renta Universal de Vejez) y 29424 (complementario al anterior), como con la normativa emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, normas que, para el caso concreto, establecen lo siguiente:

Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007:

Artículo 4° (ADMINISTRACIÓN Y PAGO).

"…*La Entidad encargada de la Regulación, se encuentra facultada a determinar los términos de referencia, requisitos mínimos y las condiciones para la contratación, el documento de contratación, las condiciones de contratación y contratar a la entidad gestora.*

La empresa a ser contratada se encontrará bajo la supervisión, fiscalización y regulación del ente competente, siendo sujeta a las sanciones establecidas en la normativa que se aplica para la Entidad encargada de la Regulación y la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, del Procedimiento Administrativo."

Artículo 15° (PAGO A RENTISTAS Y JUBILADOS).

"…*El pago de la Renta Dignidad, para los Rentistas del Sistema de Reparto y pensiones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 11 del presente Decreto Supremo, será gestionado y pagado directamente por las Instituciones responsables del pago de la renta o pensión, asumiendo las mismas obligaciones y responsabilidades de la Entidad Gestora respecto al pago.*

e): Trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido de acuerdo a cronograma a ser establecido por la Entidad encargada de la Regulación…"

Artículo 29° (PAGO DE LA RENTA DIGNIDAD Y GASTOS FUNERALES).

"…*La Entidad Gestora, podrá subcontratar a un tercero para realizar el pago de la Renta Dignidad y los Gastos Funerales.*

Para que el tercero tenga acceso a la Base de Datos de los Beneficiarios de la Renta Dignidad y Gastos Funerales deberá cumplir con las mismas medidas de confidencialidad y seguridad, así como los términos y condiciones mínimas a ser establecidas por la Entidad encargada de la Regulación..."

Artículo 30° (DE LA INFORMACIÓN).

"…*La Entidad Gestora deberá proporcionar a la Entidad encargada de la Regulación la información que ésta le solicite respecto de las inversiones que realice en los Valores autorizados en la presente norma con recursos del Fondo u otra información que se requiera por la aplicación del presente Decreto Supremo, en la oportunidad y los plazos que se fije para tal efecto.*

La naturaleza de la información, su periodicidad, los plazos y la forma de envío serán establecidas por la Entidad encargada de la Regulación mediante reglamento…"

Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008:

Artículo 24º: "*El SENASIR, COSSMIL, AFP y EA trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido en un plazo máximo de 20 días hábiles administrativos.*"

A tal efecto, adjunta un cronograma para cada gestión calendario con fechas límites de conciliación.

Artículo 25º: "*Las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras remitirán a la SPVS* (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) *la información que ésta entidad requiera para fines de control y supervisión, conforme a Circular emitida por la Intendencia de Pensiones*".

Que, consiguientemente y a los fines de la presente Resolución, se deja establecida la responsabilidad de la recurrente en la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales, conforme le fuera requerido por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) mediante Circular Nº AP/DF/4/2009 de fecha 24 de junio de 2009 (y sucesivamente ampliada en cuanto al plazo de presentación, mediante las Circulares AP/DF/16/2009 de fecha 18 de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de fecha 2 de octubre de 2009, AP/DF/25/2009 de fecha 21 de diciembre de 2009 y AP/DF/2/2010 de fecha 26 de enero de 2010), por lo que se halla cumplida la disposición del artículo 78º (Responsabilidad), parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341.

Que, a efectos del cumplimiento de tal responsabilidad, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha emitido la precitada Circular AP/DF/4-2009 de 24 de junio de 2009, por la que instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. el cierre de la administración, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, y los procedimientos a cumplir, con relación a la gestión 2008 y para el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de julio de 2009, señalando que: "*los Estados Financieros requeridos deben ser preparados con fecha de corte al 31 de julio de 2009 y al 31 de agosto deben contar con opinión de auditoría externa. La remisión de estos Estados Financieros deberá realizarse hasta el 10 de septiembre de 2009 impostergablemente*."

Que, conforme al tenor mencionado, tal instrucción está dirigida única y exclusivamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones y por los fundamentos normativos arriba referidos, de manera tal que les corresponde a las mismas la responsabilidad que les fue encomendada.

Que, contra esta Circular no consta en obrados, impugnación alguna conforme lo permite el artículo 36° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera -aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003- por lo que la misma gana en la validez y eficacia a la que se refieren los artículos 32° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, y 24°, parágrafo I, del mencionado Reglamento, máxime cuando consta la aceptación que de tal Circular ha hecho la ahora recurrente y que consta en las Notas FUT Test. AP-1317/2009 de 5 de agosto de 2009, FUT CONT 2909/09 de 28 de septiembre de 2009, FUT.SUP-GG-2088 de 11 de diciembre de 2009, FUT.AP-125/01/2010 de 21 de enero de 2010 y FUT-AP-GG-265/02/10 de 18 de febrero de 2010, todas ellas referidas a solicitudes de ampliación de plazo y las que a su turno, han recibido las respuestas que salen en las Circulares AP/DF/16-2009 de 18 de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de 2 de octubre de 2009, AP/DF/25-2009 de 21 de diciembre de 2009 y AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010.

Que, con respecto a la última nombrada -AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010-, que comunica la ampliación del plazo para la presentación del *informe de auditoría externa y sus anexos relacionados a la auditoría del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV)* hasta fecha 12 de febrero de 2010, extremo sobre el que se pronuncia el Informe Técnico – Legal DF/T/004-2010 de fecha 30 de abril de 2010 y cursante de fs. 1 a 10 del expediente con la siguiente conclusión:

> "…*de acuerdo al análisis técnico – legal se concluye que Futuro de Bolivia S.A. AFP, incumplió el plazo final establecido en la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, para la presentación del Dictamen de Auditoría Externa de los Estados Financieros del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV).* "

Que, a este respecto, señala la recurrente que no ha existido de su parte responsabilidad en tal incumplimiento, por cuanto para lo mismo requería la conclusión de conciliaciones por parte de, principalmente, el Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR) y de la Corporación del Seguro Social Militar (COSSMIL) a las que denomina "terceras instituciones";

a este respecto, queda claro que las actuaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha liberado a esas terceras instituciones de sus propias responsabilidades, empero conforme se tiene señalado, las Circulares AP/DF/4/2009, AP/DF/16/2009, AP/DF/23/2009, AP/DF/25/2009 y AP/DF/2-2010 (la última de las cuales da origen al proceso sancionatorio y las restantes son sus antecedentes) están dirigidas a las Administradoras de Fondos de Pensiones, por tanto les corresponde a las mismas realizar las gestiones necesarias para su cumplimiento efectivo, dado que, como se tiene dicho, no existe impugnación contra las mismas, sino por el contrario, consecutivas solicitudes de ampliación de plazo que importan su conformidad y aceptación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Que, mediante la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 181-2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, por incumplimiento del plazo fijado por Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2009.

Que conforme ya se señaló, FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP refiere que el incumplimiento de la AFP *"se ha originado exclusivamente por la demora en la presentación de las conciliaciones de parte del SENASIR y COSSMIL, en vista que no existía disposición alguna que les obligue a estas dos Instituciones a cumplir los dispuesto por la AP"*.

De la revisión del la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha valorado la prueba presentada por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP limitándose a señalar:

> *"…Que de la revisión y análisis del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado los fundamentos necesarios que permita* (sic) *desvirtuar lo expresado en la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 181 - 2010 de 18 de agosto de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP…"*

De lo transcrito, se tiene que lo expuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no reviste de mayor análisis, referido concretamente a los descargos probatorios presentados por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, limitándose a poner énfasis en la obligación incumplida sin fundamentar los motivos al rechazo de tal prueba.

Con referencia a las notas enviadas a la Autoridad de Fiscalización Control Social de Pensiones, por las que FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP pide sucesivamente prórrogas en el plazo de presentación, señala la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 181-2010 de 18 de agosto de 2010 (sancionatoria) que *"la correspondencia, remitida en diferentes fechas, demuestra el incumplimiento reiterado de los plazos fijados por la Dirección de Fiscalización de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP en las Circulares AP/DF/4/2009 de 24 de junio de 2009, AP/DF/16/2009 de 18 de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de 02 de*

octubre de 2009, AP/DF/25/2009 de 21 de diciembre de 2009 y AP/DF/2/2010 de 26 de enero de 2010", denotando contradicción en la actuación de la Autoridad de Fiscalización de Control Social de Pensiones, toda vez que tales notas fundamentan el incumplimiento en causales ajenas a FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.

Que, en el mismo sentido y de la revisión del expediente administrativo, cursan las siguientes notas (en la presente Resolución relacionadas en el orden ascendente con que aparecen en el expediente administrativo):

- A foja 14ª, Cite **SENASIR U SIS 1173/2009** de 26 de noviembre de 2009, sobre *Solicitud de archivo de reversión*, remitida por el SENASIR a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

- A foja 15ª, Cite **SENASIR U SIS 1135/2009** de 13 de noviembre de 2009, sobre *Solicitud de información*, remitida por el SENASIR a la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro (MEFP).

- A foja 16ª, Cite **SENASIR U SIS 0880/2009** de 14 de septiembre de 2009, sobre *Conciliación Renta Dignidad*, remitida por el SENASIR a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

- A fojas 18ª-17ª, Cite **MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N° 3756/2009** de 1° de diciembre de 2009, sobre *Conciliación del Bono "Renta Dignidad"*, remitida por la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

- A fojas 21ª-20ª-19ª, Cite **MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N° 3751/2009** de 1° de diciembre de 2009, sobre *Reversión Renta Dignidad – Abril y Mayo 2009*, remitida por la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro a SENASIR.

- A foja 22ª, Cite **MEFP/VTCP/DGPOT/UAIS/N° 3817/2009** de 4 de diciembre de 2009, sobre *Su nota CITE: Fut. Tes. 3709/2009*, remitida por la Dirección General de Programación y Operaciones del Tesoro a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

- A foja 23ª, Cite **D.G.S. – URN No 738/09** de 13 de noviembre de 2009, sobre *Requerimiento de N° de cuenta y fecha de depósito Renta Dignidad*, remitida por COSSMIL a SENASIR.

- A foja 24ª, Cite **D.G.S. – URN No. 791/09** de 12 de diciembre de 2009, sobre *Respuesta a nota FUT.TES 3848/09*, remitida por COSSMIL a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

- A foja 25ª, Cite **D.G.S. – URN 033/10** de 12 de enero de 2010, sobre *Requerimiento N° de Cuenta y Fecha de Depósito Renta Dignidad*, remitida por COSSMIL a la Dirección General de Programación de Operaciones del Tesoro - MEFP.

- A foja 26ª, Cite **D.G.S. – URN No.075/10** de 26 de enero de 2010, sobre *Respuesta a nota FUT.GG.69/10*, remitida por COSSMIL a Futuro de Bolivia S.A AFP.

- A foja 27ª, Cite **FUT.TES-3682/2009** de 30 de noviembre de 2009, sobre *Acta de conciliación 4to Trimestre 2008 y 1er trimestre 2009*, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.

- A foja 28ª, Cite **FUT.TES-3739/2009** de 2 de diciembre de 2009, sobre *Envío de registros observados*, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.

- A foja 29ª, Cite **FUT.TES-3863/2009** de 7 de diciembre de 2009, sobre *Solicitud de archivos de reversión*, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.

- A foja 30ª, Cite **FUT.GG-69/01/10** de 12 de enero de 2010, sobre *Conciliación pagos Renta Dignidad*, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.

- A foja 31ª, Cite **FUT.TES-1313/2010** de 16 de abril de 2010, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a COSSMIL.

- A foja 32ª, Cite **Fut.Tes. 3633/2009** de 25 de noviembre de 2010, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al Viceministro del Tesoro y Crédito Público – MEFP.

- A fojas 33ª-34ª, Cite **Fut. Tes. 3709/2009** de 30 de noviembre de 2010, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al Viceministro del Tesoro y Crédito Público – MEFP.

- A foja 35ª, Cite **FUT.TES- 3195/2009** de 21 de octubre de 2009, sobre *Solicitud de archivo de reversión*, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.

- A foja 36ª, Cite **FUT.TES- 3505/2009** de 17 de noviembre de 2009, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.

- A foja 37ª, Cite **FUT.TES- 3506/2009** de 17 de noviembre de 2009, sobre *2da Solicitud de archivo de reversión*, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.

- A foja 38ª, Cite **FUT.GG-68/01/10** de 12 de enero de 2010, sin referencia, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.

- A foja 39ª, Cite **FUT.TES- 0364/2010** de 26 de enero de 2010, sobre *Acta de conciliación Renta Dignidad*, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a SENASIR.

Todas las cuales fueron presentadas por parte de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante nota FUT.TES.-1808/2010 de fecha 9 de junio de 2010, sin embargo no fueron objeto de ninguna valoración en la Resolución Administrativa /AP/DJ/181-2010 de 18 de agosto de 2010 (sancionatoria) ni en la Resolución Administrativa /AP/DJ/N° 255-2010 que, en recurso de revocatoria, confirma la anterior.

Que, en este sentido se evidencia que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar las citadas resoluciones, no ha hecho un análisis legal jurídico del presente caso así como no ha valorado la prueba presentada por la recurrente, resultando que en el presente caso se ha vulnerado el derecho a la defensa y el derecho del debido proceso de la recurrente.

Que, consecuentemente, el artículo 29, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que: "las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana critica".

Que respecto a la valoración de la prueba, William Duran Rivera, en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales refiere: "…*el derecho procesal contemporáneo no*

otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana critica; de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene…"

Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el artículo 28, literales b) y e), de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala:

> "*Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; (…)Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo…*"

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la misma Ley establece en cuanto a la motivación:

> "*…Los actos administrativos serán motivados con referencias a hechos y fundamentos de derecho cuando: Resuelvan recursos administrativos…*"

Que, en cuanto a la motivación de los actos administrativos, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 ha señalado:

> "*Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda.*"

Complementando lo anterior, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

> *"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.*
>
> *La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma*

pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión…"

Que, respecto al derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha determinado:

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

*La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, **libre apreciación de la prueba**; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas son nuestras).*

En similar sentido se ha pronunciado la reciente jurisprudencia de este Tribunal reciente (sic) *en las SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras.*

En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.II de la CPE forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115.II de la misma norma; al mismo tiempo, a nivel constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPE abrg (sic)*, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.I de la CPE que dispone: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso…".*

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

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

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso(…."

En cuanto al derecho a la defensa, :

En ese sentido, la jurisprudencia contenida en la SC 1534/2003-R definió al derecho a la defensa como "...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio ***presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo,*** *haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente…"; jurisprudencia que ha sido reiterada en la SSCC 0183/2010-R, 02817/2010-R, entre otras (....)"*

Que, de lo expuesto se tiene que, en el presente caso la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 181-2010 de 18 de agosto de 2010, ha omitido una parte esencial del acto cual es la motivación, por cuanto, las Resoluciones antes referidas, no tienen el sustento legal adecuado, actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de la recurrente ya que los descargos presentados por esta no fueron considerados dentro de todo el proceso sancionatorio administrativo.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), ha omitido hacer la valoración de la prueba al no pronunciarse sobre la documentación aportada por el recurrente, vulnerando así el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente.

Que, conforme al artículo 36° (Anulabilidad del Acto), numeral II, de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, "…*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*", extremo este último que se acomoda perfectamente al caso analizado, por cuanto, en el pronunciamiento de los actos administrativos que constan en la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, y en la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 181-2010 de 18 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), las mismas han prescindido de la necesaria evaluación a la prueba de la ahora recurrente y al fundamento para lo mismo, determinando entonces, la indefensión de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, frente al cargo imputado mediante nota AP/DJ/1361/2010 de fecha 14 de mayo de 2010, cuya constancia sale a foja 13ª y 12ª del expediente, y que ha dado origen al proceso sancionador presente.

Que, por ello, los actos administrativos que constan en la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 255-2010 de fecha 26 de octubre de 2010 y en la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 181-2010 de 18 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y

Control Social de Pensiones (hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), no gozan de validez y han sido viciados de anulabilidad al verse afectado el procedimiento legal, y en especial los derechos consagrados para la recurrente.

Que, asimismo y no menos importante, es que éste Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, debido a que en el presente caso existe una violación al debido proceso, por lo que corresponde más bien que el presente proceso deba anularse.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **ANULAR** la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 181-2010 de 18 de agosto de 2010 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/Nº 264-2010 DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 012/2011 DE 30 DE MARZO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2011

La Paz, 30 de marzo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (BBVA Previsión AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264-2010 de 3 de noviembre de 2010, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de 23 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°022/2011 de 15 de marzo de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 22 de noviembre de de 2010 **BBVA Previsión AFP S.A** legalmente representada por su Gerente de Finanzas y Soporte Negocios Marioly Aguilera Rosado tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 627/2008 de 24 de noviembre del 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra.

Juana Mery Ortiz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264-2010 de 3 de noviembre de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de 23 de agosto de 2010,

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 26 de noviembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BBVA Previsión AFP S.A.**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 189-2010 DE 23 DE AGOSTO DE 2010.-

Que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 189-2010 de 23 de agosto de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el* ***Cargo N° 1,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento al primer párrafo y numeral 2 del Artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 380 de 12 de mayo de 2005.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el* ***Cargo N° 2,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento a lo establecido en el Artículo 9 del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 y al Artículo 1 del Decreto Supremo N° 26131 de 30 de marzo de 2001.*
>
> ***TERCERO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el* ***Cargo N° 3,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones.*
>
> ***CUARTO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el* ***Cargo N° 4,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento al Artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones.*
>
> ***QUINTO-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., por el* ***Cargo N° 5,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por haberse generado errores en la información referente a los aportes del señor Cándido Alaca Flores, debido a la falta de coordinación y planificación entre la Oficina Nacional de BBVA Previsión AFP S.A. y su Oficina Regional de la ciudad de Cochabamba.*

SEXTO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones-AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

SEPTIMO.- *En el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, BBVA Previsión AFP S.A., deberá informar a esta entidad sobre la regularización de todos los Afiliados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004, pagados erróneamente por el empleador, Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba*."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en la ciudad de Santa Cruz el 5 de octubre de 2010 **BBVA Previsión AFP S.A.,** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de 23 de agosto de 2010, mismo que fue declarado improcedente por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, con el argumento de que el Recurso de Revocatoria hubiera sido interpuesto fuera de plazo, además de que el recurrente no hubiera cumplido con la obligación dada en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 189-2010 de 23 de agosto de 2010.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 264-2010 DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264-2010 de 3 de noviembre de 2010, se declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 189-2010 bajo los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a los artículos 46 y 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Recurso de Revocatoria debe ser interpuesto ante la misma Autoridad que dicto la Resolución Administrativa recurrible, dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la misma.

Que conforme lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva emitida por el Ente Regulador que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo, demostrar el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por resolución recurrida, salvo caso de suspensión.

Que las resoluciones sobre los Recurso de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme los dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que conforme lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Superintendencias del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

CONSIDERANDO:

Que por memorial presentado el 06 de octubre de 2010, BBVA Previsión AFP S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la R.A. 189-2010, emitida por esta Autoridad, por medio de la cual sanciona con multa con relación a la imputación de cargos realizada mediante nota AP/DJ/1858/2010 de 30 de junio de 2010 relacionada al caso del Afiliado Candido Alaca Flores.

Que la R.A. 189-2010, fue notificada a la AFP el ***13 de septiembre de 2010,*** *tal como evidencia la constancia de la notificación que cursa en el expediente.*

Que en el presente caso se evidencia que la AFP, presentó el Recurso de Revocatoria ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP el ***06 de octubre de 2010,*** *fuera de plazo señalando en el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, es decir a los dieciséis (16) días hábiles administrativos de efectuada la notificación, considerando inclusive que el 24 de septiembre de 2010, era aniversario del Departamento de Santa Cruz, lugar del domicilio principal del regulado.*

Que asimismo, se tiene que la R.A. 189-2010 en la disposición Séptima instruye que la AFP en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, informe sobre la regularización de todos los Afiliados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004, pagos (sic) erróneamente por el empleador, Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba; sin embargo, el regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente, toda vez que no dio cumplimiento a la instrucción ni remitió el respaldo que acredite el cumplimiento de la misma, limitándose a inferir en su recurso otros aspectos que no van con el cumplimiento de la obligación.

Que de conformidad al inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y 47 del Decreto Supremo N° 27175, el Recurso de Revocatoria interpuesto por la AFP, debe ser declarado improcedente, al ser interpuesto fuera de plazo y no dar estricto cumplimento a las obligaciones determinadas por la R.A. 189-2010; por lo que esta Autoridad, se encuentra imposibilitada de conocer y resolver el Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A,

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., los plazos señalados por norma y las instrucciones a las cuales se veía obligado a cumplir, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado los elementos que permitan enervar lo determinado por la R.A. 180-2010. En consecuencia, debe declararse improcedente la impugnación interpuesta, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa de Improcedencia, en el marco del inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera de plazo señalado o el recurrente no cumpliere con los requisitos exigidos.(…)"

4. SOLICITUD DE COMPLEMENTACIÓN Y AUTO DE RECHAZO.-

Que, en fecha 5 de octubre de 2010, BBVA Previsión AFP S.A., solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones Aclaración y Complementación de la Resolución Administrativa AP/DJ N° 264/2010 de 3 de noviembre de 2010.

Que, mediante Auto de fecha 15 de noviembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones rechaza la solicitud de Complementación a la Resolución Administrativa AP/DJ N° 264/2010 de 3 de noviembre de 2010.

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 22 de noviembre de 2010 **BBVA Previsión AFP S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/ DPC/N° 189-2010 de 3 de noviembre de 2010, argumentado lo siguiente:

"I.- ANTECEDENTES:

Notificación con la Resolución Administrativa AP/DJ N° 264-2010 de 03 de noviembre de 2010.

El 04 de noviembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, notificó a BBVA PREVISION AFP S.A. con la Resolución Administrativa AP/DJ N° 264-2010 nominada "IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC N° 189-2010" emitida el 03 de noviembre de 2010".

Solicitud de aclaración y complementación de Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264/2010 de 03 de noviembre de 2010. *Al amparo de lo establecido por el Artículo 36 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003, BBVA PREVISION AFP S.A. solicito a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP la aclaración del cómputo del plazo de 15 días hábiles para la presentación del Recurso de*

Revocatoria y el cumplimiento del pago de la sanción económica impuesta con la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/189/2010.

Auto de 15 de noviembre de 2010.

El 16 de noviembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP notificó a BBVA PREVISION AFP S.A. con el Auto de fecha 15 de noviembre de 2010, disposición mediante la cual resolvió; rechazar la solicitud de complementación a la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264-2010 de 03 de noviembre de 2010.

II. INTERPOSICION DE RECURSO JERÁRQUICO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 264-2010 "IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 189/2010" EMITIDA EL 03 DE NOVIEMBRE DE 2010.

Con la facultad conferida por el artículo 52 y siguientes del Reglamento para de la Ley 2341 para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 53 y con sujeción al numeral III del artículo 36 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 y demás normas legales que rigen la materia, interpone ***RECURSO JERARQUICO*** *contra la Resolución Administrativa AP/DJ N° 264-2010. de 03 de noviembre de 2010, en mérito a los fundamentos de hecho y derecho que expone y solicita a su autoridad se sirva admitir el Recurso Jerárquico presentado y emitir Resolución revocando totalmente la Resolución Administrativa citada por afectar a los derechos subjetivos e intereses legítimos de BBVA Previsión AFP S.A.*

III.- EXPRESION DE AGRAVIOS.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social sustenta la Resolución AP/DJ/264/2010 manifestando:

"Que por memorial presentado el 06 de octubre de 2010, BBVA Previsión AFP S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la RA. 189-2010, emitida por esta Autoridad, por medio de la cual sanciona con multa con relación a la imputación de cargos realizada mediante nota AP/DJ/1858/2010 de 30 de junio de 2010 relacionada al caso del Afiliado Candido Alaca Flores.

Que la R.A. 189-20 10 (sic) fue notificada a la AFP el 13 de septiembre de 2010, tal como evidencia la constancia de la notificación que cursa en el expediente.

Que en el presente caso se evidencia que la AFP, presento el Recurso de Revocatoria ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones — AP el 06 de octubre de 2010, fuera de plazo señalado en el artículo 48 del Decreto Supremo 27175 es decir a los dieciséis (16) días hábiles administrativos de efectuada la notificación, considerando inclusive que el 24 de septiembre de 2010, era aniversario del Departamento de Santa Cruz, lugar del domicilio principal del regulado. Que

asimismo, se tiene que la R.A. 189-2010 en la disposición Séptima instruye que la AFP en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, informe sobre la regularización de todos los Afiliados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004, pagos (sic) *erróneamente por el empleador, Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba; sin embargo, el regulado no consideró para la presentación del Recurso de Revocatoria, la obligación que determina la Resolución Administrativa señalada precedentemente, toda vez que no dio cumplimiento a la instrucción ni remitió el respaldo que acredite el cumplimiento de la misma, limitándose a inferir en su recurso otros aspectos que no van con el cumplimiento de la obligación.*"

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA.

Por la prueba documental que se acompañó a la solicitud de aclaración y complementación de Resolución Administrativa (copia del Recurso y Carta de Cite PREV-CO-1219-09-10 de 21 de septiembre de 2010) BBVA PREVISION AFP S.A. demostró a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP que el recurso denegado se presentó en el plazo de quince (15) días hábiles establecido por el artículo 48 del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado por Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, conforme se evidencia en el sello de cargo de recepción que lleva la fecha de 05 de octubre de 2010. La declaración de improcedencia lesiona los derechos de esta Administradora contraviniendo preceptos constitucionales como del "debido proceso" y de la "seguridad jurídica", violenta "los principios generales de la actividad administrativa" establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, principios que por su carácter de orden público la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP está obligada a cumplirlos. La Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 20 establece que los plazos fijados en días se computan solo los días hábiles, concordante a este precepto legal, el Artículo 21 párrafo segundo de la misma ley dispone que los términos y plazos se computaran a partir del día siguiente hábil a aquel en que tenga lugar la notificación. BBVA PREVISION AFP S.A. fue notificada con la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189/2010 el 13 de septiembre de 2010, del simple cómputo del plazo de quince días hábiles se establece que este fenecía el 05 de octubre de 2010, considerando que el 24 de septiembre fue feriado departamental y que esta Administradora tiene su domicilio principal en la ciudad de Santa Cruz.

El Artículo 43 del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 -Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, en su inciso d) manda y ordena que las resoluciones sobre los recursos administrativos serán declarados(sic) improcedentes cuando "el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos".

En concordancia el Artículo 47 numeral I establece:

"Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".

Además de presentar el recurso dentro del plazo (05 de octubre de 2010), con Cite PREV-CO-1219-09-10 de 21 de septiembre de 2010, se comunicó a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones el depósito de la sanción económica en la Cuenta Única CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, cumpliendo los preceptos legales establecidos en el Artículo 47 numeral I del Reglamento de la Ley N° 2431 de 23 de Abril de 2002 - Ley de Procedimiento Administrativo, para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera - SIREFI. El numeral I del citado artículo expone de manera condicional que el recurrente ***debe demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria*** *dispuesta por la resolución recurrida. De la aplicación de la citada norma en el caso del recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DPC/DJ 189/2010, se evidencia clara e inequívocamente que dicho recurso se presentó dentro del plazo de ley y que se pagó la sanción económica impuesta en la Resolución Administrativa AP/DPC/DJ 189/2010 conforme manda y ordena el citado artículo.*

Por lo expuesto queda demostrado que la Autoridad Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP no hizo una valoración objetiva y real de la prueba presentada, además obro ilegalmente contraviniendo el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo en especial contra el principio de la "verdad material".

RATIFICA FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO QUE SUSTENTAN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/ Nº. 189-2010. DE 23 DE AGOSTO DE 2010

Cargo N° 1.-

La Resolución Administrativa SPVS-IP 380/2005 (Procedimiento para el Cálculo de Salario Base en el Seguro Social Obligatorio SSO) de 12 de mayo de 2005, en su Artículo primero numeral dos manda y ordena:

"2. Verificar con el empleador los Totales Ganados que difieran en un 30% o más respecto a los Totales Ganados habituales, correspondientes a un mismo empleador que no sean atribuibles a un reintegro. De presentarse la diferencia indicada, la AFP deberá verificar con el empleador posibles errores. En este caso, se suspenderá la contabilización del plazo desde la fecha en que se emite la nota (sic) empleador hasta la fecha en que éste dé respuesta. Si el empleador no diera respuesta dentro de los 10 días calendario de recibida la nota de requerimiento de la AFP, esta deberá realizar un requerimiento judicial para obtener respuesta".

La citada disposición administrativa establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen el deber y la obligación de gestionar la Orden Judicial ante la autoridad jurisdiccional cuando el Empleador (Alcaldía Municipal de Cochabamba) del afiliado no diere respuesta a la nota cursada por la AFP.

En cumplimiento de la citada disposición administrativa, BBVA Previsión AFP S.A. notificada a la Alcaldía Municipal de Cochabamba sobre los salarios del afiliado con la carta Cite D-62, requerimiento que fue respondido por la Alcaldía Municipal de Cochabamba mediante carta de fecha 14 de febrero del 2006.

De la interpretación de la norma sobre la cual se sustenta el cargo y se aplica la sanción, se establece clara e inequívoca (sic) que esta Administradora de Fondos de Pensiones dio cumplimiento estricto a la misma y no gestionó la orden judicial porque existe una respuesta de la Alcaldía Municipal de Cochabamba, además de que realizó gestiones necesarias para aclarar los periodos que se encontraban mal declarados por el empleador. Por lo expuesto y como se demuestra con la documentación probatoria del requerimiento de información y la respuesta de la Alcaldía Municipal de Cochabamba, esta Administradora cumplió la normativa citada, es más, posteriormente a la respuesta del empleador, realizó cuantas gestiones de cobro fueron necesarias para el cumplimiento de nuestro rol de buen padre de familia, se busco una solución que beneficie a nuestro afiliado con una entidad por demás burocrática y de constantes cambios y/o rotaciones del personal responsable de la liquidación y pago de contribuciones al Seguro Social Obligatorio. Además se estableció que no se trataba de una omisión de los aportes del Sr. Alaca, sino de una regularización de los pagos efectuados en forma errónea.

Cargo N° 2.-

Los Decretos Supremos No. 25722 y 26131 en concordancia con el Artículo 23 de la Ley 1732 y 95 del Decreto Supremo 24469, disponen la obligatoriedad de iniciar el Proceso Ejecutivo Social a los 120 días de iniciada la mora o agotada la gestión de cobro por parte de la AFP, si es que el empleador no hubiese pagado las contribuciones en mora al SSO. Para el presente caso a continuación pongo a conocimiento de su autoridad las gestiones realizadas por la AFP para su consideración en el presente Recurso de Revocatoria (sic)

- *En el proceso de verificación del Estado de Cuenta del Afiliado se identificó periodos faltantes y se iniciaron las gestiones de cobro a su empleador.*
- *Como resultado de las gestiones realizadas, la Alcaldía Municipal de Cochabamba respondió confirmando que los periodos faltantes y que generaron la gestión de cobro fueron pagados en los Formularios de Pago de Contribuciones siguientes:*

Periodo	***Monto***	***FPC***
mar-04	*971.04*	*1344561*
jun-04	*1040.4*	*1280991*

ago-04	*1040.4*	*1438612*
dic-04	*1040.4*	*1438618*

- *La AFP revisó los, Formularios de Pagos de Contribuciones (FPC) y los detalles de las Planillas Adjuntas estableciendo que los periodos reclamados fueron pagados de forma errónea porque el periodo declarado no coincidía con el periodo reportado en los Detalles de Planillas.*
- *Identificadas las declaraciones juradas erróneas que generaron el inicio de la gestión de cobro, se realizó un proceso de conciliación agotando todos los medios necesarios (diversas reuniones, notas, llamadas telefónicas, etc.) para que la Alcaldía Municipal de Cochabamba corrija las mismas, conciliación que se dilato por la dificultad en la comprensión de los personeros y representantes de la Alcaldía, además de la constante rotación de los funcionarios encargados del pago de aportes, en cuyos casos se empezó de cero la conciliación.*
- *Terminado el proceso de conciliación, la Alcaldía Municipal de Cochabamba solicitó de regularización de los periodos cancelados de forma errada, para lo cual se debía realizar un proceso de reversión de las planillas a corregir, proceso que no pudo realizarse porque existían cálculos para la pensión de jubilación del afiliado señor Zenón Antezana, quien no había firmado su Contrato hasta ese momento.*
- *Una vez liberadas las planillas (cuando el solicitante de Jubilación concluyó su tramite), la AFP proceso el requerimiento solicitado por el empleador.*

Como su autoridad podrá colegir, los periodos reclamados al empleador no se encontraban en mora, sino que fueron pagados de forma errónea. Esta Administradora realizó las gestiones descritas dentro de un proceso conciliatorio con el empleador por analogía a lo instruido en la nota cite SPVS-IP-DC-2361/2004, obteniendo como resultado la reversión y posterior acreditación de las declaraciones juradas realizadas por el empleador. Asimismo, su autoridad podrá colegir que no correspondía el inicio del Proceso Ejecutivo Social porque se tenía evidencia de que ***no se trababa de una omisión de aportes (deuda efectiva)*** *y porque obtuvo la documentación del empleador que permitía la regularización de los pagos errados.*

Cargo N° 3.-

Por la prueba documental adjunta al Recurso de Revocatoria se demostró plenamente que esta AFP realizó las gestiones necesarias para solucionar las contribuciones mal declaradas por el empleador, bajo la premisa de asegurar la continuidad de los medios de subsistencia del afiliado y su grupo familiar, cumpliendo de esta manera nuestra obligación contractual y legal de buen padre de familia. Legal y contractualmente no existe una definición exacta y precisa de lo que se debe entender por un "buen Padre de Familia", este concepto está relacionado a la determinación del grado de la culpa en el cumplimiento de las obligaciones. La culpa se entiende como la no intencionalidad en el incumplimiento de las obligaciones y varía a según la intensidad de la negligencia.

La Ley de Pensiones en su Artículo 49 inciso b) define como una de las funciones de la SPVS: "Regular, controlar y supervisar el seguro social obligatorio de largo plazo y los beneficios provenientes de la capitalización", al amparo de esta norma y la falta de una definición precisa del concepto de buen padre de familia (contractual y legalmente), la ex SPVS y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones puede normar y exigir el cumplimiento de determinados actos, que a su entender, van en beneficio de los Afiliados al SSO, empero, bajo el concepto de: "El buen padre de familia es la representación imperecedera y a la verdad eficacísima, de un tipo de hombre que cuida de los propios intereses, ajeno simultáneamente a las ligerezas y descuidos que muy a menudo ponen en peligro el buen éxito. La diligencia que se conmensura al buen padre de familia es la diligencia en concreto, la usual en cada individuo. (Dr. BARBERO)" y bajo la premisa de que "Pedir más al deudor sería la más injusta y exorbitante exigencia; creer que se cumple con menos".

A continuación para sustentar nuestro rol de buen padre de familia, describo a usted las gestiones realizadas y que fueron de conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP.

En fecha 13 de mayo del 2009, la Alcaldía remitió la nota D.F. No. 143/2009 en la que menciono al Sr. Alaca, atendiendo la misma, esta Administradora remitió la nota CAR-284/09 del 03 de junio de 2009, en la cual solicitó la rectificación de los Formularios pagados erróneamente, haciendo referencia al caso que estaba siendo consultado. Todas las gestiones realizadas fueron orientadas a la consecución de la solución de todos los casos, de igual forma, en las diferentes reuniones que BBVA Previsión AFP regional Cochabamba, sostuvo con la Dirección de Recursos Humanos y la Dirección de Tesorería de la Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba, se manifestó y aclaro que la rectificación debía ser presentada por todos los afiliados que figuran en las planillas pagadas erróneamente. Por las gestiones realizadas, la Alcaldía solicitó la rectificación de los Formularios de Pago de Contribuciones observados ***por todos los afiliados con errores similares al del Sr. Alaca, consignados en dichas planillas.***

Todas las gestiones tanto escritas, telefónicas y personales a través de reuniones se llevaron a cabo con el fin de precautelar los intereses de todos nuestros afiliados, como lo manda un buen padre de familia.

Adjunto fotocopias legalizadas de los Formularios de Pago de Contribuciones rectificados en los que se evidencia que en los detalles de los mismos se encuentran todos los afiliados que tenían igual situación a la del afiliado Alaca.

Cargo N° 4.-

Ninguna de las gestiones realizadas por esta AFP busca perjudicar a los afiliados y sus empleadores. Todas las medidas realizadas son efectuadas de buena fe, buscando siempre una solución que beneficie a los afiliados. En el caso del Afiliado Alaca, por la falta de comprensión de su empleador, nos vimos en la necesidad de enviar la información de sus aportes a quien procesa el pago de contribuciones al Seguro

Social Obligatorio retenidas al Salario del Afiliado en virtud de la relación laboral existente entre ambos, información que el empleador tiene conocimiento como es el Total Ganado que percibe el Afiliado, con ello lo único que se buscó fue la demostración gráfica de la doble aportación de algunos periodos realizados por su empleador

Cargo N° 5.-

Se debe tomar en cuenta que en el afán de conseguir la pronta solución del caso, esta Administradora realizó las gestiones necesarias con el empleador, lo que finalmente tuvo un resultado positivo, por lo que solicitamos se considere que el error cometido al reportar periodos diferentes en las cartas de cobro, no obstruyó el resultado y más bien las diferentes gestiones realizadas tanto por Oficina Nacional como por Oficina Regional surtieron su efecto.

Asimismo, es bueno manifestar que BBVA Previsión AFP S.A. en la gestiones de cobranza siempre ha procurado obtener resultados para beneficio de los afiliados en cumplimiento al Artículo 142 del Decreto Supremo 24436 (sic) que establece que la AFP debe conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP para el cumplimiento de sus fines, debe toma decisiones y ejecutarlas en el marco de la Ley. Al decidir generalmente crea situaciones jurídicas que dan origen a los actos administrativos. El Artículo 27 de la Ley N° 2341 considera acto administrativo. "Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Los cargos por los cuales se nos sanciona no fueron provocados de manera preterintencional y en el resultado no existen el beneficio propio a la AFP por lo que a criterio de esta Administradora las sanciones establecidas en la Resolución impugnada son excesivas.

IV.- PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° AP/DJ N°. 264-2010 de 03 de noviembre de 2010 de "IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/ N° 189 de 23 de agosto de 2010",*** *y a la vez revoque* ***LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 189/2010*** *en aplicación del artículo 43 inciso b) del reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISION AFP S.A.(…)"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. En cuanto al plazo para la interposición del Recurso de Revocatoria.-

En fecha 23 de agosto de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones emite la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 189/2010, misma que determinó en primera instancia sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., con una sanción económica equivalente a $us18.000 (Dieciocho mil 00/100 Dólares Americanos), correspondiente a los cargos N° 1,2,3,4,5, estableciendo a su vez que BBVA Previsión AFP S.A., en un plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, debía informar a esa entidad sobre la regularización de todos los Afiliados que se encuentran en el Formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004, pagados erróneamente por el empleador, Honorable Alcaldía Municipal de Cochabamba.

Que en fecha 13 de septiembre a horas 17:22 de 2010, se notifica **BBVA Previsión AFP S.A.,** con la Resolución Administrativa AP/DJ /DPC/N° 189//2010.

En fecha 5 de octubre de 2010, **BBVA Previsión AFP S.A.,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 1189-2010 en la ciudad de Santa Cruz tal como consta a fs. 114 del expediente administrativo.

Un día después, en fecha 6 de octubre de 2010, **BBVA Previsión AFP S.A.,** presenta nuevamente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 1189-2010, tal como consta a fs. 076, aclarando que el memorial cursante, refleja que el sello electrónico se encuentra sobrepuesto con el sello manual.

Ahora bien, el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 el 15 de septiembre de 2003, establece de manera taxativa que:

> "***Artículo 48.- (Interposición.-)*** *El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto* ***dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación*** *o publicación de la*

resolución impugnada" (negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito se puede evidenciar que en el presente caso, existen dos memoriales de Recursos de Revocatoria presentados por BBVA Previsión AFP S.A., iguales con el mismo tenor y letra, uno que hubiera sido presentado a la AP en la ciudad de Santa Cruz el día martes 5 de octubre de 2010, es decir dentro de los 15 días establecidos en el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, considerando que el 24 de septiembre de 2010 era Aniversario del Departamento de Santa Cruz y el otro presentado el 6 de octubre de 2010, mismo que se encontraría fuera de plazo.

Por lo que, corresponde subsumirnos a la normativa reglamentaria y regulatoria sobre el caso de autos, es así que tenemos que el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo Artículo 46 establece:

"Las Resoluciones Administrativas de los Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió."

En el presente caso el Recurso de Revocatoria fue presentado ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en la regional de Santa Cruz, si bien es cierto que el domicilio principal de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y consiguientemente su Secretaria General, se encontraría en la ciudad de La Paz, no es menos cierto que dicha institución también cuenta con una oficina que desarrolla sus actividades en la ciudad de Santa Cruz, misma que cuenta con las facultades de recepción de documentación, conforme se evidencia del sello puesto por dicha oficina, por lo tanto, ante la misma se puede presentar en cualquier momento documentos, solicitudes, alegatos, recursos impugnaciones, y toda otra petición que realice el regulado. Esta recepción en la oficina de Santa Cruz, se reputa como presentada en la Secretaría General de la propia Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que el razonamiento anterior, se ampara en la determinación expresa dada por las regulación de la propia Autoridad, cual es la Resolución Administrativa SPVS N° 355 de 15 de mayo de 2007, Anexo I **"Procedimiento de Notificación de los Actos Administrativos"** que en su artículo cuarto señala:

"… La Secretaria General de la SPVS (hoy APS) es el domicilio principal que tiene ésta en el lugar de su domicilio principal en la ciudad de la Paz.

Las entidades reguladas y cualquier persona interesada, natural, jurídica, ***que no tenga domicilio en la ciudad de La Paz*** ***podrá presentar correspondencia y Recursos Administrativos en las Oficinas regionales*** *de la SPVS,* ***los cuales se tendrán por presentados en la Secretaria General de la SPVS*** (hoy APS)*, exclusivamente* ***PARA EFECTOS DE CUMPLIMIENTO DE PLAZO Y PRUEBA DE PRESENTACIÓN****."* (Negrillas, Subrayado y mayúsculas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, subsumiendo al caso y conforme se evidencia de la compulsa de antecedentes, se

tiene que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ha desconocido su propia normativa, no ha realizado una correcta valoración de la prueba cursante en el expediente, al desconocer el memorial presentado en su oficina regional, a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria.

Que, consecuentemente con lo fundamentado, esta instancia jerárquica, colige de manera inequívoca, que el Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A. ha sido interpuesto dentro del plazo legal establecido para el efecto, en estricta sujeción a la normativa de la materia y en especial a la emitida por la propia Autoridad Fiscalizadora.

2.- En cuanto a los otros requisitos exigidos para la admisión del Recurso de Revocatoria.-

Que, conforme se evidenció, ha quedado claro que BBVA Previsión AFP S.A., presentó el recurso dentro del plazo establecido, sin embargo la Autoridad Fiscalizadora, toma a su vez como argumento para la determinación de la improcedencia el incumplimiento de la obligación por parte de la AFP conforme señalaría el Artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, por lo que importa su transcripción:

> *"Los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente,* ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".* (Negrillas y subrayado son nuestros).

De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo.

Que en el caso de autos y de la revisión adjunta al expediente administrativo se tiene que la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°189-2010 de 23 de agosto de 2010, sanciona con una multa pecuniaria por los cargos N° 1,2,3,4,5, y determina a su vez, el cumplimiento de la obligación para **BBVA Previsión AFP S.A.,** referida al informe que debería haber proporcionado la AFP.

Que en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

> ***"OBLIGACIÓN.-*** *La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa (…)"*

> ***SANCIÓN ADMINISTRATIVA.-*** *La medida penal que impone el Poder ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden, por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos. Por lo general se reducen a multas cuantiosas en ocasiones como las represivas del contrabando y la especulación (…)"*

Ahora bien a Fs. 106 y 107 se evidencia que **BBVA Previsión AFP S.A.,** cumplió con el depósito de la sanción económica, sin embargo de la documentación adjunta al expediente **no se tiene prueba** que respalde la regularización de los afiliados que se encontrarían en el formulario de Pago de Contribuciones de los periodos abril/2004 y julio/2004.

Que, compulsado el expediente, se tiene que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 264/2010 de 3 de noviembre de 2010, no establece de manera clara y precisa, como no se habría incumplido con la obligación determinada en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 23 de agosto de 2010, hecho que denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no habría cumplido con uno de los elementos esenciales del acto administrativo cual es justamente el de motivación y fundamentación, más aún cuando la propia AFP, expone argumentos referidos a la obligación adicional que la Autoridad le impone y los fundamentos en torno al cumplimiento de dicha obligación.

Por lo que, importa desarrollar la importancia legal que impone que todo acto administrativo, debe ser motivado, al constituir uno de sus elementos esenciales, es así que la Ex Superintendencia de Regulación Financiera - SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa correspondiente a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 ha señalado:

> *"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."*

Que, a su vez el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo al respecto, señala:

> *"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo…"*

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando Resuelvan recursos administrativos"

De lo expuesto se tiene que en el presente caso la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 264-2010, ha omitido una parte esencial, cual es la motivación del acto, careciendo de esta manera de fundamentación legal que la sustente, situación que ha dado lugar a que se infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de la recurrente.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la compulsa de expediente elevado llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha hecho una incorrecta valoración de la norma, no ha respetado el debido proceso, dejando en indefensión a la AFP recurrente, vulnerando así el derecho al debido proceso y principios de congruencia, principio de legalidad, principios de sometimiento pleno a la ley, etc.

CONSIDERANDO:

Que, conforme se tiene el precedente administrativo dado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 004/2010 de fecha 19 de enero de 2010, la apertura de la competencia del órgano de Supervisión de primera instancia, a efectos de revisión de los propios actos, pasa ineludiblemente por la constatación de las exigencias, siendo la primera de ellas advertir si el recurso, inicialmente ha salvado los requisitos formales en cuanto al documento que consigna la pretensión del impugnante en los plazos establecidos.

Que, en el caso de autos, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A., desconociendo el memorial presentado en plazo en su oficina regional, abriéndole a partir de dicha fecha competencia a la Autoridad Fiscalizadora para resolver el Recurso de Revocatoria, y pronunciarse con la fundamentación debida sobre el fondo de la impugnación planteada, sin embargo no ocurrió ello, afectando de esta manera el debido proceso y generando indefensión a la AFP.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sea a defectos de forma, o cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

Que, en este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad).

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad al verse afectado procedimiento y en especial derechos

consagrados del recurrente por lo que el presente proceso debe anularse conforme lo señalado líneas atrás.

Que, asimismo y no menos importante, es que éste Ministerio, no puede entrar al análisis de fondo, debido a que no tiene competencia, ya que el presente Recurso versa sobre el control de legalidad de la Resolución Administrativa AP/DJ/ Nº 264-2010 de 3 de noviembre de 2010, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº189-2010 de 23 de agosto de 2010, por emergencia del Recurso Jerárquico interpuesto, y no así sobre el tema de fondo.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 264-2010 de 3 de noviembre de 2010 **inclusive**, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 189-2010 de 23 de agosto de 2010, debiendo en consecuencia procederse conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/Nº 269-2010 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 013/2011 DE 11 DE ABRIL DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2011

La Paz, 11 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 269-2010 de 11 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 196-2010 de 01 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 26/2011 de 24 de marzo de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los Recursos Jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 02 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito

Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 269-2010 de 11 de noviembre de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante la cual se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 196-2010 de 01 de septiembre de 2010.

Que, mediante nota AP/DJ/3520/2010 con fecha de recepción de 07 de diciembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 269-2010 de 11 de noviembre de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 10 de diciembre de 2010, notificado en fecha 14 de diciembre de 2010.

CONSIDERANDO:

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

1. CARGOS IMPUESTOS Y DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota de cargos AP/DJ/1946/2010 de 07 de julio de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, impuso cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP, cuyos antecedentes e imputaciones, son los siguientes:

> *"En cumplimiento a las normas regulatorias contenidas en la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 125/99 de 29 de junio de 1999, Resolución Administrativa SPVS Nº 118 de 29 de marzo de 2004 y Circular SPVS-IP-DC-042/2004 de 20 de mayo de 2004, Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante notas FUT.AP.REC 1509/2009 de 10 de septiembre de 2009, FUT.AP.REC 1701/2009 de 12 de octubre de 2009 y FUT. AP.REC 1659/2009 de 05 de octubre de 2009, remitió a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, las recaudaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo – SSO, tanto en medio físico como óptico.*
>
> *La Jefatura de Control Operativo, dependiente de la Dirección de Prestaciones Contributivas, elaboró el Informe INF/AP/DPC/CO/F/090 el 27 de noviembre de 2009, a objeto de analizar la evolución de las recaudaciones y elaborar un análisis y revisión pormenorizada de la Base de Datos de Recaudaciones.*
>
> *Existen 29 observaciones que presentan periodos aportados por adelantado que sobrepasan los doce (12) periodos que los Afiliados independientes pueden cotizar. De los veintinueve (29) casos existen veintiún (21) casos correspondientes a Afiliados que no presentan trámites de jubilación. En cuanto a los ocho (8) casos que presentan periodos aportados por adelantado que sobrepasan los doce (12) periodos que corresponden a un mismo Afiliado que tiene trámite de jubilación y cuyos aportes no le alcanzan para su jubilación, la AFP decidió proceder a la acreditación de los aportes mientras lo(sic) periodos de cotización vayan habilitándose, lo que lleva a establecer que estos aportes no se encuentran en la Cuenta Individual del Afiliado.*
>
> *La Administradora de Fondos de Pensiones, Futuro de Bolivia S.A. AFP, está en la obligación de realizar la devolución correspondiente de los periodos pagados por adelantado que*

sobrepasen los doce (12) periodos, no debiendo proceder a la acreditación en las Cuentas Individuales de los Afiliados.

CARGO Nº 1

Existen indicios de que Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha incumplido la norma regulatoria contenida en la CIRCULAR SPVS/IP/DCF/55/2007 de 07 de agosto de 2007, al permitir la cotización de aportes que excede el periodo máximo de doce (12) meses por año, siendo que la norma establece que los pagos podrán realizarse en cualquier momento siempre y cuando en el Estado de Cuenta Individual del Afiliado, no exceda más de doce (12) aportes realizados por adelantado para el momento de la fecha de pago.

CARGO Nº 2

Existen indicios de que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido la norma regulatoria contemplada en la CIRCULAR SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto de 2007, al no realizar la correspondiente devolución de los aportes excedentes a valor nominal a Afiliados independientes con trámite de jubilación, que realizaron el pago de sus aportes por adelantado excediendo los doce (12) periodos permitidos por norma.

CARGO Nº 3

Existen indicios de que Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha incumplido la disposición contemplada en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 al no cumplir con el grado de diligencia, debiendo conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible de un buen padre de familia"

Mediante nota de descargos FUT.AP.REC. 1360/2010 de 18 de agosto de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP, presenta los siguientes descargos:

"Mediante la presente y en respuesta a su nota AP/DJ/1946/2010 con relación a la notificación de cargos tenemos a bien informar lo siguiente:

Con respecto a los 8 casos que presentan periodos aportados por adelantado que sobrepasan los 12 periodos de cotización, le comunicamos que mediante notas FUT AP REC 557/2010 de fecha 07 de abril de 2010 y FUT AP REC 641/2010 de fecha 19 de abril de 2010, se aclaró que los mismos corresponden a los aportes de un afiliado que a esa fecha no contaba con ningún inicio de trámite de jubilación, sino que se trataba de una solicitud de verificación de su estado de cuenta.

CARGO 1.

Respecto a este cargo que se atribuye a Futuro de Bolivia, comunicamos que con el objeto de subsanar ésta observación se realizaron gestiones con las entidades recaudadoras, para que no recepcionen pagos superiores a las doce cotizaciones aceptadas desde la fecha de pago.

También hacemos notar que este tipo de casos se deben al mal asesoramiento que los afiliados reciben de personas ajenas a nuestra Administradora.

CARGO 2

En referencia a los indicios por incumplimiento de la norma regulatoria contemplada en la CIRCULAR SPVS/DCF/60/2007 de fecha 22 de agosto de 2007. En fecha 19 de abril de la presente gestión se remitió la nota FUT AP REC 641/2010 en la cual le comunicamos que la CIRCULAR SPVS/DCF/60/2007 (sic) fue complementada mediante la CIRCULAR SPVS/DCF/80/2007(sic) de fecha 01 de noviembre de 2007 en la que se indica lo siguiente:

Para todo caso de devolución de aportes, no se aplicará la cuenta 2.1.1.03 "Recaudación no Aclarada" para tal efecto se instruye a ambas AFP crear el siguiente analítico 2.1.6.03.1.03 "devolución de Aportes Jubilados Independientes".

Por lo explicado, se solicitó un procedimiento para la devolución de aportes desde la cuenta Recaudación No Aclarada para los casos que no hubiesen iniciado trámite de jubilación.

CARGO 3

Respecto a esta observación, se aclaró mediante nota citada en el cargo 2 que el afiliado no tiene trámite de jubilación por lo que no existe procedimiento para la devolución de aportes de Recaudación No Aclarada, por lo que le solicitamos a su autoridad nos indique el procedimiento a seguir, por tanto nuestra Administradora cumplió con la diligencia correspondiente."

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº 196-2010 DE 01 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 196-2010 de 01 de septiembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió lo siguiente:

"***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

- ***a) Cargo Nº 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en Circular SPVS/IP/DCF/55/2007 de 07 de agosto de 2007.*

- ***b) Cargo Nº 2*** *con un multa en Bolivianos equivalente a $us1.000.00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto de 2007.*

- ***c) Cargo Nº 3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*

SEGUNDO.- *En el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario de notificada la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá remitir a esta Autoridad un informe pormenorizado y documentado de las gestiones que habría efectuado, a objeto de verificar que las Entidades Recaudadoras con las que tiene*

contrato, efectivamente se encuentren desarrollando los controles que eviten el pago de cotizaciones pagadas por adelantado, que sobrepasen los doce (12) periodos."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 13 de octubre de 2010 **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 196-2010 de 01 de septiembre de 2010, con los siguientes argumentos:

" I. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO.

a) VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

*En principio se debe señalar que en **fecha 18 DE AGOSTO DE 2010** nuestra AFP presentó descargos mediante Nota FUT.AP.REC. 1360/2010. La AP no abrió termino(sic) de prueba y en fecha 1º de septiembre de 2010, es decir al noveno día hábil administrativo (penultimo (sic) día para dar cumplimiento al plazo señalado en el Artículo 68 del Decreto Supremo No. 27175), emitió la Resolución Sancionatoria AP/DJ/No. 196-2010, pero **LA MISMA NOS FUE RECIEN NOTIFICADA EL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2010**, es decir con una demora de 14 (catorce) días hábiles administrativos, violándose claramente el Artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que las Resoluciones Administrativas deben ser notificadas en el plazo de 5 días hábiles administrativos.*

Como no fuimos notificados en los plazos establecidos por norma, existiría una grave violación al procedimiento administrativo, situación que claramente configura una anulabilidad en el procedimiento, ya que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas da lugar a la anulabilidad del acto, tal como lo prevé el Artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Tampoco se debe perder de vista que el propio Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala en su Artículo 22 que las notificaciones con las Resoluciones Administrativas, en ningún caso se efectuarán después de los cinco días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la Resolución.

b) RESPONDE A CARGOS.

Sin perjuicio de lo expresado, me permito responder en los siguientes términos:

La Resolución recurrida, atenta nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, por lo que en pleno ejercicio de nuestros derechos, solicitamos respetuosamente se la revoque ajustándola estrictamente a las disposiciones legales vigentes, en atención a los siguientes fundamentos legales:

En la parte considerativa de la Resolución recurrida, se realiza un vago análisis a todos los descargos documentales y argumentos y justificativos legales que nos hemos permitido presentar dentro del término legal establecido, no habiendo sido considerados por su institución, por el contrario fueron totalmente desestimados, creándonos un estado de

indefensión y daño económico, por lo que en defensa de nuestros derechos e intereses legítimos, nos permitimos responder a cada uno de ellos en los siguientes términos:

AL CARGO 1.

Nuestra Administradora realizo (sic) gestiones ante las entidades recaudadoras contratadas que gozan de la autorización y supervisión de la ASFI, nómina y contratos que pusimos en su conocimiento en su debida oportunidad, habiendo instruido mediante notas la no recepción de pagos superiores a las doce cotizaciones.

Tomando en cuenta que éstas (sic) instituciones gozan de prestigio y responsabilidad, y considerando lo estipulado en el Contrato de Prestación de Servicios suscrito, se instruyó el siguiente texto: "Mediante la presente y en cumplimiento a la Circular SPVS/IP/DCF/55/2007 de fecha 07/08/2007, en la que indica que los afiliados independientes podrán realizar el pago de cotizaciones hasta por un periodo máximo de doce meses. Le solicitamos instruir a sus agencias autorizadas no recepcionar pagos por periodos adelantados superiores a las doce cotizaciones".

Una vez que las copias fueron debidamente recepcionadas y contando con el sello respectivo, fueron remitidas a su Autoridad mediante nuestra nota FUT GO REC 441/2010 en fecha 17/03/2010, descargo que justifica plena y legalmente el parágrafo tercero del Cargo 1. (Para mayor abundamiento, adjuntamos nuevamente fotocopias simples de lo mencionado).

Respecto al parágrafo cuarto, en el cual hacen referencia al Art. 15 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 77/1999, comunicamos que las entidades recaudadoras con las que mantenemos relación contractual, realizan la verificación del correcto llenado del formulario previo a efectuarse el pago, lo que no necesariamente significa validar y comprobar el ***número de aportes*** *que el afiliado hubiese realizado con* ***anterioridad.***

Para realizar este proceso de control de pagos previos, que su institución observa, las entidades recaudadoras tendrían que tener acceso a los estados de cuenta de todos los afiliados o a una base de datos, que les permita tener acceso a la información confidencial, a la cual estamos obligados a cuidar y proteger al amparo del Art. 105 del D.S. 24469 (Decretos(sic) Reglamentario de la Ley de Pensiones), única y exclusiva información que les permitiría validar que las declaraciones y pagos no excedan los 12 periodos, por lo que no existe ni un mecanismo ni normativa emitida por su autoridad, que permita un control al momento de pago.

También es importante mencionar, que los afiliados y/o empleadores no se encuentran obligados legalmente, a presentar sus declaraciones en nuestras oficinas regionales previo al pago de sus aportes, más por el contrario por normativa los formularios se encuentran a plena y total disposición de éstos en las entidades recaudadoras contratadas para el efecto, sin limitación alguna, sin embargo y en cumplimiento estricto a disposiciones emitidas por su autoridad, nuestra Administradora se encarga de verificar e informar a nuestros afiliados y/o empleadores, sobre el correcto llenado de los formularios, cuando lo solicitan.

Adicionalmente, es importante resaltar que los pagos realizados que exceden las 12 cotizaciones, se identifican en nuestros "registros de recaudación no aclarada" conforme a regulación de su institución, dado que no existe normativa expresa que pueda aplicarse para

gestionar su devolución como en el caso de las devoluciones de aportes de afiliados jubilados.

AL CARGO 2.

Su institución no consideró ni aprecio los descargos y justificativos presentados para este Cargo, sin embargo, es importante que su autoridad tome en cuenta que si bien la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007, instruye en su punto 2, que la devolución de los aportes debe realizarse desde la cuenta de recaudación no aclarada, este proceso "se desvirtúa expresamente" cuando se emite la Circular SPVS/IP/DCF/80/2007, que comunica una modificación en la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007, pero en la cual no específica que parte o que punto debe modificarse, nosotros entendemos que se refieren al punto 2., no obstante, tampoco la revocan.

Por otra parte, la Circular SPVS/IP/DCF/80/2007 al ser complementaria, todo lo normado en la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 se mantiene vigente; en este sentido, nuestra Administradora aplicó el procedimiento para la devolución de aportes de afiliados jubilados, acreditados en cuenta individual.

Para dicho efecto, se solicitó a su Autoridad en forma reiterativa, mediante notas FUT AP REC 1360/2010 y FUT AP REC 641/2010, el procedimiento a seguir para la devolución de aportes de afiliados independientes no jubilados desde la cuenta recaudación no aclarada, situación que al no corresponder o estar implícita como su institución manifiesta, en esa oportunidad, su institución hubiera aclarado su ahora aseveración, por lo que resulta ilegal aplicar una sanción a nuestra empresa ante una omisión y/o taita de respuesta y atención a la(sic) notas referidas.

AL CARGO 3.

En el primer parágrafo de éste cargo, su institución nos sanciona por incumplimiento al Art. 142 del D.S. 24469, no habiendo realizado nuestras actividades con el cuidado exigible de un buen padre de familia.

Esta apreciación subjetiva, daña nuestra imagen que por tanto tiempo hemos cuidado, frente a la apreciación y confianza de nuestro(sic) afiliados y registrados, por lo que no corresponde calificarnos por incumplimiento al cuidado exigible que siempre hemos tenido como buenos padres de familia en todos nuestros actos, velando por nuestros afiliados y cumpliendo con la normativa legal vigente.

Asimismo, consideramos que por los argumentos expuestos y demostrados en los Cargos 1 y 2, se manifiesta de forma objetiva que Futuro de Bolivia cumplió con la disposición contenida en el Art. 142 del Decreto Supremo N° 24469.

Por todo lo expuesto, demostrado y descargado, no correspondería las sanciones impuestas a nuestra empresa de los Cargos referidos precedentemente."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 269-2010 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 269-2010 de 11 de noviembre de 2010, resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 196-2010 de 01 de septiembre de 2010,

desestimando el cargo N° 1 y manteniendo firmes y subsistentes los cargos 2 y 3 con los siguientes argumentos:

"Que el artículo 37 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, instrumento normativo Reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo, establece que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por la Autoridad reguladora, según corresponda, que a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

CONSIDERANDO:

Que mediante memorial de 13 de octubre de 2010, recibido en la misma fecha, la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP, interpuso Recurso de Revocatoria contra la ***R.A. 196/2010,*** *donde expresa los fundamentos que motivan su petitorio.*

Que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP pronunciarse sobre los argumentos contenidos en el Recurso de Revocatoria planteado por el recurrente, el mismo que tiene como fundamentos principales los siguientes:

"...FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO.

a) VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En principio se debe señalar que en fecha 18 DE AGOSTO DE 2010 nuestra AFP presentó descargos mediante Nota FUT.AP.REC 1360/2010. La AP no abrió termino (sic) de prueba y en fecha 1° de septiembre de 2010, es decir al noveno día hábil administrativo (penultimo (sic) día para dar cumplimiento al plazo señalado en el Artículo 68 del Decreto Supremo No. 27175), emitió la Resolución Sancionatoria AP/DJ/No. 196-2010, pero ***LA MISMA NOS FUE RECIEN NOTIFICADA EL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2010*** *es decir con una demora de 14 (catorce) días hábiles administrativos, violándose claramente el Artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que las Resoluciones Administrativas deben ser notificadas en el plazo de 5 días hábiles administrativos.*

Como no fuimos notificados en los plazos establecidos por norma, existiría una grave violación al procedimiento administrativo, situación que claramente configura una anulabilidad en el procedimiento, ya que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas da lugar a la anulabilidad del acto, tal como lo prevé el Artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Tampoco se debe perder de vista que el propio Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15

de septiembre de 2003, señala en su Artículo 22 que las notificaciones con las Resoluciones Administrativas, en ningún caso se efectuarán después de los cinco días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la Resolución".

CONSIDERANDO:

Que es necesario, a efectos de claridad, analizar el marco normativo que establece el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, que en su artículo 26 se refiere de manera expresa como deben ser efectuadas las notificaciones con Cargos y Sanciones, señalando para el efecto lo siguiente: "'Las notificaciones que deben ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersone por la Secretaría General de la Autoridad Reguladora respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado."

Que lo manifestado por la parte recurrente carece de todo fundamento legal, en virtud a que esta autoridad emitió la ***R.A. 196/2010*** *y en cumplimiento a la normativa vigente emitió la primera citación mediante nota AP/DJ/2513/2010, recibida por Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 08 de septiembre de 2010, cuyo contenido otorga el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos para que la AFP se apersone a objeto de notificarse con la respectiva Resolución Sancionatoria.*

Que posteriormente y ante la no comparecencia a la primera citación efectuada mediante nota AP/DJ/2513/2010, recibida por Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 08 de septiembre de 2010, se emitió la segunda citación mediante nota AP/DJ/2671/2010 recibida en la AFP en fecha 16 de septiembre de 2010 otorgando al regulado el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos para que se apersone a notificarse. Finalmente, en fecha 22 de septiembre de 2010, se hace presente en las oficinas de la AP el Representante Legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, señor José Ardaya Calderón, quien es notificado dentro de plazo con la Resolución Administrativa objeto de impugnación.

Que en virtud a la sucesión de hechos cronológicamente expuestos, se tiene que los actos administrativos emanados de esta Autoridad han tenido como postulados esenciales la sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Que el control de los actos administrativos proferidos por la Administración Pública tiene por objeto la protección y defensa de la legalidad administrativa, así como los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.

Que el principio de legalidad constituye el fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúe dentro de los parámetros fijados por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Que en atención a las anteriores consideraciones queda desvirtuado el argumento de la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP.

Que continuando con el análisis de los fundamentos contenidos en el Recurso de Revocatoria, se tiene lo siguiente:

***"...b) RESPONDE A CARGOS**.(…)AL CARGO 1(…)*

Que en función a los fundamentos planteados por la parte recurrente, se establece que, si bien el artículo 15 de la Resolución Administrativa SPVS - IP N° 77 de 30 de abril de 1999, establece que es responsabilidad de la AFP verificar el correcto llenado de los FPC de trabajadores independientes, es importante considerar que operativamente lo señalado por la AFP se convierte en una limitación dado que al promover el pago de contribuciones de Afiliados independientes, la AFP no tiene el control del tipo de información que llenan dichos Afiliados y la entidad recaudadora no cuenta con la información del Seguro Social Obligatorio de largo plazo que le permita no aceptar pagos que pudiesen exceder los 12 periodos de cotización pagados por adelantado.

Que el recurrente asevera adicionalmente lo siguiente:

"...AL CARGO 2 (…)
Que es importante precisar algunos aspectos para poder responder los argumentos planteados por la parte recurrente, cuando expresa que esta Autoridad no consideró los descargos y justificativos presentados, aseveración que amerita señalar que el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego.

Que resulta importante precisar que a momento de emitir la Nota de Cargos como acto jurídico administrativo, esta Autoridad reguladora puso en conocimiento de la AFP las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas, con la finalidad que pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa y pueda presentar toda la prueba

que considere pertinente así como formular sus alegaciones correspondientes respecto a los cargos atribuidos.

Que la etapa de notificación de cargos es la más importante del proceso sancionador, toda vez que a partir de ella un administrado puede ejercer su derecho de defensa contra los cargos que se le imputan.

Que esta Autoridad reguladora consideró los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP y realizó la correspondiente evaluación a través del análisis técnico y legal de los antecedentes, tomando en cuenta las pruebas, alegaciones y documentos, valorándolos de acuerdo al principio de la sana crítica; sin embargo, la AFP no presentó argumentos válidos y suficientes que permitieron levantar dicho cargo, asimismo los descargos presentados únicamente pretendieron justificar el incumplimiento de la norma regulatoria contenida en la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto de 2007, que expresamente detalla el procedimiento para los Afiliados que en calidad de independientes procedieron a realizar pagos por adelantado con fines de jubilación.

Que es innegable lo determinado por la Circular SPVS/DCF/80/2007 de 01 de noviembre de 2007, que modifica y complementa lo señalado por la Circular SPVS/DCF/60/2007, estableciendo reformas al procedimiento contable y no así a la reglamentación para la devolución de aportes a Afiliados que en calidad de independientes procedieron a realizar pagos por adelantado sobre un Salario Mínimo Nacional con fines de jubilación, ante lo cual la AFP no remitió descargo alguno en el proceso sancionatorio iniciado antes de la emisión de la Resolución Administrativa objeto de impugnación, señalando que ha solicitado el procedimiento para Afiliados que no hubiesen iniciado trámite de jubilación.

Que continuando con el análisis de los fundamentos contenidos en el Recurso de Revocatoria se tiene lo siguiente:

" AL CARGO 3 (…)

Que finalmente en este tema, no se debe perder de vista que las AFP tienen la obligación esencial de conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, tal como lo proclama el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469.

Que es necesario remarcar que en el Proceso Sancionatorio iniciado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, ésta no presentó el descargo correspondiente al cargo que se imputaba (Cargo N° 2), al señalar únicamente a Afiliados que no hubiesen iniciado trámite de jubilación siendo que esta casuística no constituía el fundamento de la imputación de cargos, por lo tanto, difícilmente podía ser valorado un argumento que no fue preciso y coherente respecto a las pretensiones que constituían el objeto de la petición.

Que por todo el análisis efectuado, el recurrente plantea su petitorio bajo los siguientes argumentos:

> ***"...II. PETITORIO.***
>
> *Sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente y considerando que la Resolución recurrida, afecta nuestros derechos por los argumentos expuestos, mediante el presente Recurso de Revocatoria solicitamos la Revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ N° 196-2010, de conformidad a lo dispuesto por la normativa legal vigente y descrita precedentemente..."*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad llega a la conclusión que la parte recurrente ha presentado fundamentos que permitan modificar en parte la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 196 de 01 de septiembre de 2010. En consecuencia, debe confirmarse parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa de Revocatoria Parcial (sic) en el marco del inciso b) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las Resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: b) Revocatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando pronunciándose sobre el fondo deje sin efecto la resolución recurrida o parcial cuando pronunciándose sobre el fondo dejan sin efecto parte de la resolución recurrida"…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 02 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 269-2010 de11 de noviembre de 2010, expresando lo siguiente:

> ***"ANALISIS DE LOS DESCARGOS IMPUTADOS Y DE LAS SANCIONES IMPUESTAS.-***
>
> ***Con relación al Cargo N° 2:***
>
> *La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones basa su cargo en la infracción a lo dispuesto en Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto de 2007, misma que establece:*

"El procedimiento que se detalla a continuación, será aplicado únicamente a los Afiliados que en calidad de independientes procedieron a realizar pagos por adelantado sobre un salario mínimo nacional con fines de jubilación." *(las negrillas son nuestras)*

En tal sentido, en cumplimiento a la Circular SPVS/IP/DCF/55/2007 de fecha 7 de agosto de 2007, la AFP, deberá:

1. *Revisar que el estado de Cuenta del Afiliado que requiere su "Solicitud de Certificado de verificación de Estado de Cuenta", a la fecha no cuenten con más de doce (12) cotizaciones realizadas por adelantado.*

2. *En caso que figuren aportes del Afiliado en la cuenta "Recaudación no Aclarada". La AFP deberá inmediatamente efectuar la* ***devolución de los aportes excedentes a valor nominal*** *empleando para ello, la cuenta contable del pasivo 2.1.103 "Recaudación no Aclarada."""*

Por lo que conviene considerar que:

a) *El Certificado de Verificación de Estado de Cuenta, es un documento que puede ser solicitado por un Afiliado no solo a efectos de acceder a la pensión de jubilación, sino para cualquier otro trámite como Retiros Mínimos, retiros temporales, etc. Y la aplicación de la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto de 2007, aplica exclusivamente a los casos de jubilación.*

b) *La Circular SPVS/IP/DCF/55/2007 de fecha 7 de agosto de 2007, establece que cualquier Afiliado Independiente podrá efectuar el pago de cotizaciones hasta por un periodo máximo de doce (12) meses por año en cualquier momento, no solo aquellos que deseen o tengan perspectivas de acceder a la jubilación.*

c) *La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no ha detallado ni en su nota de cargos AP/DJ/1946/2010 de 07 de julio de 2010, ni en las Resoluciones Administrativas AP/DJ/N° 196-2010; y AP/DJ/N° 269-2010 de fechas 01 de septiembre de 2010 y 11 de noviembre de 2010 respectivamente, cuales son los casos que tiene más de doce (12) aportes y hubieran iniciado un trámite de jubilación, produciendo un subsistente estado de indefensión ante los cargos imputados.*

d) *La obligación de devolver los aportes excedentes a valor nominal desde la cuenta del pasivo 2.1.1.03 "Recaudación no Aclarada", ha quedado sin efecto, siendo sustituida por la Circular SPVS/IP/DCF/80/2007 de 1° de noviembre de 2007. La misma que establece en su numeral 1. que "Para todo caso de devolución de aportes, no se aplicará la cuenta 2.1.1.03 "Recaudación no Aclarada", para tal efecto se instruye a ambas AFP crear al siguiente analítico:* ***2.1.6.03.1.03 "Devolución de Aportes Afiliados jubilados independientes"*** *(las negrillas son nuestras)". Aspecto que refuerza la idea de que la devolución solo corresponde a*

aquellos Afiliados que han accedido a un trámite de jubilación.

Por lo que su Autoridad podrá apreciar nuestra AFP no ha podido asumir defensa ni presentar los descargos correspondientes al no contar con el detalle de los NUA que corresponde a los casos que supuestamente tienen un trámite de jubilación; y, que al momento de solicitar su Certificado de Verificación de Estado de Cuenta, contaban con más de las doce (12) cotizaciones por adelantado permitidas por norma vigente; para los cuales, efectivamente corresponde realizar la devolución.

Con relación al Cargo Nº 3:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha imputado su cargo en la infracción a lo dispuesto por el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de fecha 17 de enero de 1997 sin considerar que:

a) Velando por una correcta aplicación del procedimiento de devolución de aportes excedentes pagados por adelantado, nuestra AFP realizo (sic) las consultas pertinentes a efectos de que se aclare el alcance del procedimiento para aquellos casos que habiendo solicitado un Certificado de Verificación de Estado de Cuenta y no cuenten con un trámite de jubilación, cuenten con más de doce (12) aportes efectuados por adelantado.

*b) Como hemos explicado en el análisis del **Cargo Nº 2** no tenemos el detalle de los casos que tuviesen más de doce (12) aportes pagados por adelantado con trámite de jubilación.*

Como se desprende de lo expresado, nuestro accionar, más bien ha estado dentro los alcances del artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, toda vez que hemos buscado el beneficio mayor, no solo para los Afiliados que están en proceso de acceder a una prestación de Jubilación, sino también para aquellos casos que como bien explicamos aportaron más de doce (12) periodos sin la pretensión de acceder aun (sic) a una prestación del SSO:

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los antecedentes del caso, el análisis de los cargos y sanciones impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones contra Futuro de Bolivia S.A. AFP; y, toda vez que han sido afectados nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos al no existir la tipicidad necesaria sobre la infracción cometida con relación a la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto, además de haber propiciado una manifiesta indefensión al no tener conocimiento sobre los casos objeto de controversia, es que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar totalmente los efectos y alcances de la Resolución Administrativa

AP/DJ/Nº 269-2010 de fecha 11 de noviembre de 2010; y de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 196-2010 de fecha 01 de Septiembre de 2010."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Con relación al cargo Nº 2.-

Se tiene que en el inciso b) del artículo Primero de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 196-2010 de 01 de septiembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000.00 (UN MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por infracción a lo dispuesto en la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto de 2007.

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico informó que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, no ha detallado en la Nota de Cargos, ni en las Resoluciones Administrativas emitidas, los casos que tienen más de doce (12) aportes, que hubieran iniciado un trámite de jubilación y por los cuales habría sido sancionada, produciendo estado de indefensión.

De acuerdo a los antecedentes que se tiene en el Informe INF/AP/DPC/DJ/CO/154 2010 de 07 de julio de 2010, emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, dentro de la etapa de diligencias preliminares, se observaron veintinueve (29) casos que presentan periodos aportados por adelantado y que sobrepasan los doce (12) periodos que los afiliados independientes pueden cotizar.

Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.AP.REC.1917/2009 de 19 de noviembre de 2009, informó lo siguiente:

"…

- ***29 observaciones presentan aportes por adelantado que sobrepasan los 12 periodos que los afiliados Independientes pueden cotizar***

En 21 casos corresponden a afiliados que no presentan trámite de jubilación por tanto no corresponde su devolución, 8 casos corresponden a un mismo afiliado quien tiene trámite de jubilación, los aportes que realizó no le alcanzan para su jubilación por tanto mientras se vayan habilitando los periodos de cotización se procederá con la acreditación…"

Por lo mencionado precedentemente, se evidencia que la AFP tenía conocimiento de los veintinueve (29) casos observados por contar con más de doce (12) aportes pagados por adelantado, sin embargo, la nota AP/DJ/1946/2010 de 07 de julio de 2010 y las Resoluciones Administrativas AP/DJ/Nº 196-2010 de 01 de septiembre de 2010 y AP/DJ/Nº 269-2010 de 11 de noviembre de 2010, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, si bien establecen que la sanción corresponde a la falta de devolución de aportes excedentes a Afiliados independientes con trámite de Jubilación, las mismas no especifican el o los casos por los cuales habría sancionado, ocasionando que la AFP no pueda seguir el proceso administrativo bajo **un debido proceso**.

De la misma manera, **la AFP fundamenta** que la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto de 2007, aplica exclusivamente a los casos de jubilación, siendo la obligación de la AFP devolver los aportes excedentes desde la cuenta "Recaudación no Aclarada", la cual ha quedado sin efecto, siendo sustituida por la Circular SPVS/IP/DCF/80/2007 de 01 de noviembre de 2007, que establece que para todo caso de devolución de aportes, no se aplicará la cuenta "Recaudación no Aclarada", instruyendo a ambas AFP crear el analítico: "Devolución de Aportes Afiliados jubilados independientes". Aspecto que refuerza la idea de que la devolución solo corresponde a aquellos Afiliados que han accedido a un trámite de jubilación.

Al respecto, se debe mencionar que si bien la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007 de 22 de agosto de 2007, establece el procedimiento para la devolución de aportes a Afiliados que en calidad de independientes procedieron a realizar pagos por adelantado sobre un Salario Mínimo Nacional **con fines de jubilación**, dicha norma **fue complementada no dejada sin efecto**, por la Circular SPVS/IP/DCF/80/2007 de 01 de noviembre de 2007, que establece que para todo caso de devolución de aportes debe aplicarse el analítico "Devolución de Aportes Afiliados Jubilados Independientes". Por lo que, queda claro que la citada circular no deja sin efecto la Circular SPVS/IP/DCF/60/2007.

Asimismo, se tiene en antecedentes que la AFP mediante notas FUT.AP.REC. 557/2010 de 07 de abril de 2010 y FUT.AP.REC.641/2010 de 19 de abril de 2010, habría realizado consultas a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, respecto al procedimiento a seguir para la devolución de aportes del Afiliado HERNAN DARIO PEREZ LIMA, quien no cuenta con trámite de jubilación, sin embargo dicha prueba no fue debidamente analizada, ya que la respuesta a dichas cartas, emitidas en fecha anterior a los cargos imputados, hubiera podido develar el camino correcto a seguir, sin embargo cual consta en antecedentes dicha situación no sucedió.

Considerando que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, mediante el Cargo Nº 2 sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, debido a que no realizó la

correspondiente devolución de los aportes excedentes a Afiliados Independientes con trámite de jubilación, que realizaron el pago de sus aportes por adelantado por más de doce (12) periodos permitidos en norma y que la AFP mediante nota FUT.AP.REC.1917/2009 de 19 de noviembre de 2009, informó que de los veintinueve (29) casos observados, veintiuno (21) corresponden a Afiliados que no presentan trámite de Jubilación y ocho (8) casos observados corresponden a un mismo Afiliado.

Debido a la inexistencia de especificación de los casos imputados, cual en derecho hubiera correspondido, no permite a esta instancia jerárquica, determinar a ciencia cierta si los 8 casos (que corresponden a un mismo Afiliado) de quienes se podría estar refiriendo la Autoridad a tiempo de la imposición de la sanción por el cargo 2, cuenta o no con trámite de jubilación, toda vez, que por una parte la AFP recurrente en su nota FUT.AP.REC. 1360/2010 declara que el caso no cuenta con trámite de jubilación, la Autoridad Fiscalizadora por su parte, afirma lo contrario (sólo en su nota de cargo). Sin embargo, en ningún momento procede con el real análisis de dicho descargo y menos de las notas de consulta que ha hecho la AFP recurrente y presenta como prueba.

Congruentemente se puede colegir, que en el presente proceso no ha existido una imputación correcta, una real valoración de la prueba, ni una fundamentación debida, generando la indefensión de la AFP recurrente.

1.2. Con relación al Cargo N° 3.-

Se tiene que en el inciso c) del artículo Primero de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 196-2011 de 01 de septiembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP *con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.00.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.* La cual fue confirmada por la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 269-2010 de 11 de noviembre de 2010.

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP indica en su Recurso Jerárquico que velando por una correcta aplicación del procedimiento de devolución de aportes excedentes pagados por adelantado, realizó las consultas pertinentes a efectos de que se aclare el alcance del procedimiento para aquellos casos que solicitaron un Certificado de Verificación de Estado de Cuenta, no cuentan con un trámite de jubilación y tengan más de doce (12) aportes efectuados por adelantado. Asimismo, hace referencia a que no pueden presentar descargos ya que no cuentan con el detalle de los casos sancionados. Finalmente refiere que siempre buscan el beneficio mayor, no sólo para los Afiliados que están en proceso de acceder a una prestación de Jubilación, sino también para aquellos casos que aportaron más de doce (12) periodos sin la pretensión de acceder una prestación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Con lo mencionado en el análisis realizado al Cargo N° 2 se evidencia que Futuro de Bolivia S.A. AFP, realizó las gestiones necesarias ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, respecto al procedimiento para aquellos casos de Afiliados

Independientes que realizaron el pago de más de doce (12) aportes por adelantado y no cuentan con un trámite de jubilación, tal como se evidencia en las notas FUT.AP.REC. 557/2010 de 07 de abril de 2010 y FUT.AP.REC.641/2010 de 19 de abril de 2010 cursantes a fojas 19 y 20 del expediente administrativo, notas de las cuales el regulado no hace mención a la respuesta o aclaraciones que habría realizado.

Asimismo, tal como se señala en la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 269-2010 de 11 de noviembre de 2010, la falta de diligencia por la cual se sancionó a la AFP se refiere a los casos que en calidad de independientes realizaron pagos por adelantado con fines de jubilación, situación que como se indicó no se encuentra claramente identificados el o los casos de Afiliados sin tramite de jubilación.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá ANULAR la Resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la emisión de nota de cargos AP/DJ/1946/2010 de 7 de julio de 2010 **inclusive**, debiendo emitirse nueva nota de cargo conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

VALENTÍN IBAÑEZ MAMANI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 283-2010 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 014/2011 DE 11 DE ABRIL DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2011

La Paz, 11 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor VALENTIN IBÁÑEZ MAMANI, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 283-2010 de 26 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263-2010 de 29 de octubre de 2010, en la que se consignó la Nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010, todas ellas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 27/2011 de 25 de marzo de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 3 de diciembre de 2010, el señor VALENTIN IBÁÑEZ MAMANI interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 283 - 2010 de 26 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución

Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263 - 2010 de 29 de octubre de 2010, en la que se consignó la Nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010, todas ellas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/3519/2010, con fecha de recepción el 03 de diciembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 283-2010 de 26 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263-2010 de 29 de octubre de 2010; recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 07 de diciembre de 2010, notificado en fecha 13 de diciembre de 2010.

Que, en fecha 30 de diciembre de 2010, a horas 10:30 a.m., se recibió la Exposición Oral de Fundamentos del señor VALENTIN IBÁÑEZ MAMANI.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA AP/DPC/3050/2010 DE 20 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones responde a una solicitud del señor Valentín Ibáñez Mamani, conforme se transcribe a continuación:

> *"…Al respecto, es importante citar de forma previa la norma vigente referida a su caso:*
>
> - ***Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de la Nación "Comandantes de la Independencia de Bolivia" Nº 1405 de 30 de diciembre de 1992, Artículo 95*** *"El tiempo de Servicio Efectivo del personal militar es de treinta y cinco (35) años dicho tiempo incluirá un (1) año de disponibilidad en la Letra "A" para acogerse a los beneficios de la Ley de Seguridad Social Militar."*
>
> - ***Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, Articulo 10*** *"La prestación de invalidez por riesgo profesional se paga hasta la emisión de una calificación que suspenda la declaración de invalidez o hasta que el Afiliado cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años. Desde esta edad, el Afiliado recibirá la prestación de jubilación."*
>
> - ***Decreto Supremo Nº 29423 de 16 de enero de 2008, Artículo 19 (Acceso a la Pensión Mínima)*** *II. "El Afiliado con Pensión de Invalidez, que tenga sesenta (60) años cumplidos o más y cumpla con los requisitos para la Pensión de Jubilación podrá solicitar la suspensión definitiva del pago de la Pensión por Invalidez a*

objeto de acceder a una Pensión de Jubilación, siempre y cuando el monto de la Pensión de Jubilación sea mayor a la Pensión de Invalidez."

- ***Resolución Bi-Ministerial N° 271 de 23 de diciembre de 2004, Segundo (Nómina de personas que pueden acogerse a la jubilación)*** *"De conformidad con el artículo 7 del Decreto Supremo N° 24668, de 21 de junio de 1997, el Ministerio de Defensa Nacional hará conocer durante cada gestión anual, al Ministerio de Hacienda, a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) y a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) que correspondan, la nómina de miembros activos de las Fuerzas Armadas de la Nación (FFAA), que estarán en condiciones de acogerse a la jubilación durante el año siguiente, discriminando a estos afiliados entre:*

    a) Afiliados que cumplirían treinta y cinco (35) años de servicio continuo al 31 de diciembre de la gestión anual en que se hace conocer la nómina.

    b) Afiliados que cumplirán treinta y cinco (35) años de servicio continuo durante algún mes de la gestión anual siguiente a aquella en que se hace conocer la nómina."

- ***Resolución Administrativa SPVS/IP N° 070 de 10 de febrero de 2009, Artículo 5 (Doble Ente Gestor de Salud)*** *"I. Los Afiliados titulares de una pensión podrán solicitar la suspensión del descuento de salud en el SSO, cuando estuvieren trabajando en relación de dependencia laboral, y su empleador realizara los aportes de salud respectivos."*

- ***Circular SPVS-IP-DB 066/2001 de 22 de junio de 2001*** *"A los afiliados que se encuentren en goce de una pensión por invalidez y que soliciten o hayan solicitado que no se les descuente de su pensión el 3% para el seguro de salud por encontrarse trabajando en calidad de dependientes,* ***se les exigirá semestralmente*** *la presentación de un documento que acredite que su empleador está cotizando por él a un ente gestor del seguro de salud."*

En base a la norma citada, se establece lo siguiente:

- *Cumplidos los treinta y cinco (35) años de servicio continuo y previa presentación de la documentación respectiva, usted puede acceder a la prestación de jubilación como miembro de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, respecto a su solicitud de continuar percibiendo la pensión por invalidez, corresponde señalar que tanto el Artículo 10 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 como el Parágrafo III del Artículo 19 del Decreto Supremo N° 29423 de 16 de enero de 2008, establecen respectivamente que un Afiliado inválido debe percibir la pensión por invalidez hasta que cumpla sesenta y cinco (65) años, edad a partir de la cual podrá acceder a la prestación de jubilación o a la edad de sesenta (60) años, puede elegir entre ambas pensiones, la que sea mayor.*

En virtud a dicha norma, un Afiliado no puede recibir ambas prestaciones, por lo que si usted requiere acceder a la jubilación a partir del 05 de diciembre de 2010, usted tendrá que renunciar previamente a la pensión por invalidez que actualmente percibe.

- *Respecto a los descuentos por seguro de salud, la Circular SPVS-IP-DB 066/2001 de 22 de junio de 2001 establece que un Afiliado dependiente que perciba una pensión de Invalidez debe solicitar a la AFP de forma semestral que no se le descuente de dicha pensión, el porcentaje para el seguro de salud.*

  De la documentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante notas FUT AP BEN 1500/2010 y FUT AP BEN 1632/2010 de fechas 09 y 27 de septiembre de 2010 respectivamente, se observa que usted presentó la documentación respectiva a la AFP en fecha 11 de enero de 2010 para que no se realice el descuento para el seguro de salud. A partir de ese mes, la AFP suspendió el descuento hasta el mes de junio de 2010. En el mes de julio se volvió a realizar el descuento en virtud a que usted no presentó su solicitud como lo estipula la mencionada circular.

  Posteriormente, en fecha 13 de agosto de 2010 usted vuelve a presentar una solicitud de no descuento para el seguro de salud a la AFP, por lo que a partir de ese mes la AFP no realizará ningún descuento durante los seis (6) meses siguientes.

  Corresponde aclarar que su boleta de pago del mes de febrero/2010, si bien consigna el descuento para el seguro de salud, este no ha sido realizado, ya que la AFP ha desembolsado el monto de Bs1.491,32 y Bs66,51 mediante abono automático en la Cuenta Bancaria No. 3001-01-196605-3 a favor de su persona.

  Por lo expuesto y a objeto de evitar futuros descuentos para el seguro de salud, mientras usted perciba la pensión por invalidez y se encuentre trabajando en calidad de dependiente, se le sugiere presentar a la AFP de forma semestral, la documentación que acredite que su empleador está cotizando a un ente gestor del seguro de salud…"

2. NOTA DE FECHA 22 DE OCTUBRE DE 2010 PRESENTADA POR EL SEÑOR VALENTIN IBÁÑEZ MAMANI A LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES.-

Mediante nota de fecha 22 de octubre de 2010 presentada por el señor Valentín Ibáñez Mamani a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, manifiesta:

"…Habiendo sido notificado con su nota ***AP/DPC/3050/2010*** *de fecha 20 de octubre de 2010, y tomado conocimiento de su contenido, manifiesto de manera expresa mi desacuerdo con la (sic) dispuesto y explicación dada,* ***por lo que pido que dicha nota sea consignada a Resolución, de acuerdo a los Arts. 19 y 20 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 (Reglamento a la ley 2341)****, ya que*

además me apoyo en el principio universal y constitucional de la SEGURIDAD JURÍDICA, entendida como "...garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio…" (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio). Es decir al amparo del Art. 95° de la Ley orgánica de las Fuerzas Armadas, al haber cumplido con el requisito de 34 años de servicios continuos (sic) el Ejército ha dispuesto mediante Memorándum Dpto.-EMO. SEC. "A" No. 1173/09 de fecha 1° de diciembre de 2009 mi destino a la Letra "A" para cumplir un total de 35 años de servicio continuo para hacerme acreedor a una Renta de Jubilación; pero posterior a la vigencia de esta Ley Militar se emiten otras normas jurídicas que vulneran DERECHOS ADQUIRIDOS.

Y es que la dificultad para que mi persona no pueda acceder a la Renta de Jubilación como otras miembros de la Institución Armada, es que los 35 años de servicios que cumplo no coinciden con la edad necesaria (60 ó 65 años) puesto que recién tengo cumplidos 55 años de edad, esto debido a que empecé a tener una relación laboral con las Fuerzas Armadas a una edad temprana. Ya he expresado en un anterior memorial que por ese detalle, mi caso es SUI GENERIS, no contemplado en las normas jurídicas, específicamente existe un vacío en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, respecto a la cual debía haberse promulgado una ley específica que contemple situaciones como la mía.

Por ese motivo, considero que no es aplicable a mi caso ni el Art. 10 de la Ley 1732 ni el Art. 19 del D.S. 29423 por las que tenga que renunciar a la pensión de invalidez y recién poder acceder a la Renta de Jubilación. Como se podrá establecer, señor Director, le reitero que me encuentro en una encrucijada y en un estado de indefensión.

La AFP FUTURO DE BOLIVIA, como una forma de solucionar mi problema sugirieron que me reincorpore a la institución Armada hasta cumplir el requisito de edad (65), pero las Autoridades Militares me hicieron saber la imposibilidad de mi reincorporación en razón a que ellos obraron de acuerdo a la L.O.F.A. y que el 05 de Diciembre de 2010, CESARÁ INDEFECTIBLEMENTE TODA REGULACIÓN DE HABERES A MI NOMBRE por parte del Tesoro General de la Nación.

Por lo expuesto, SOLICITO a su digna Autoridad se reconsidere mi situación y consiguientemente disponga SE ELEVE A RANGO DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA la nota AP/DPC/3050/2010, considerando mi situación sui géneris, y a través del mismo se disponga la procedencia del pago de Renta de Jubilación a mi favor a partir del 05 de Diciembre de 2010, sin necesidad de tener que renunciar a mi Pensión de Invalidez, así también se disponga la DEVOLUCIÓN a mi favor de Bs. 990,69 (NOVECIENTOS NOVENTA 69/100 BOLIVIANOS) que se me descontó indebidamente por concepto de "seguro de salud".

*También me amparo en lo dispuesto en la página 31 del "**Manual de Procedimientos, Orientación y Tramitación Ante las AFPs**" emitido por el Ejército que a la letra dice "El Afiliado (miembro de las FF.AA.) puede jubilarse en el Nuevo Sistema de Pensiones, independientemente de su edad, cuando cumpla 35 años de Servicio"; puntualizando que, mi Renta de Invalidez profesional debe respetarse hasta que cumpla 65 años de edad, cuando recién debe cesar. Mi persona no puede renunciar a dicha Renta en razón de que para el pago de este derecho las cotizaciones salen de mis propios Haberes y no es un regalo o concesión gratuita del Estado y menos de las AFP´s. Siendo que por lo menos gozamos de esta (sic) pequeño derecho y los que no gozan de esta renta pierden este monto de dinero el cual se queda para las AFP's. Pero analizando y consultando con expertos profesionales, la Renta de Jubilación está calculada para los 35 años de servicios para el personal militar y no existe condición de al mismo tiempo cumplir la edad de 60 ó (sic) 65 años de edad…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 263-2010 DE 29 DE OCTUBRE DE 2010.-

Por cuanto mediante nota de fecha 22 de octubre de 2010, el ahora recurrente solicita al Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones *"SE ELEVE A RANGO DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA la nota AP/DPC/3050/2010"*, y mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263 - 2010 de 29 de octubre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, considera y resuelve lo siguiente:

CONSIDERANDO:

Que el señor Valentín Ibáñez Mamani, mediante nota s/n de 22 de octubre de 2010, presentada en la misma fecha solicitó a esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, que la nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010 sea consignada en Resolución Administrativa de acuerdo a los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, puesto que manifiesta de manera expresa su desacuerdo con lo dispuesto y la explicación otorgada y, pide que dicha nota sea consignada en Resolución Administrativa, apoyándose además en el principio universal y constitucional de la seguridad jurídica.

Que el señor Valentín Ibáñez Mamani, en la nota s/n de 22 de octubre de 2010 indica que: "Por lo expuesto, solicito a su digna Autoridad se reconsidere mi situación, y consiguientemente disponga SE ELEVE A RANGO DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA la nota AP/DPC/3050/2010, considerando mi situación sui géneris, y a través del mismo se disponga la procedencia del pago de Renta de Jubilación a mi favor a partir del 05 de Diciembre de 2010, sin necesidad de tener que renunciar a mi Pensión de Invalidez, así también se disponga la DEVOLUCIÓN a mi favor de Bs. 990,69 (sic) (NOVECIENTOS NOVENTA 69/100) (sic) que se me descontó indebidamente por concepto de "seguro de salud".

Que en mérito a lo expuesto, corresponde atender la solicitud del señor Valentín Ibáñez Mamani, para lo cual se debe consignar la nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010, en Resolución Administrativa.

"***…POR TANTO:***

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES – AP, EN USO DE LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS POR NORMA,

RESUELVE:

Único.- I*. Pronunciarse con referencia a la solicitud del señor Valentín Ibáñez Mamani, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

II*. La nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 5 de noviembre de 2010, el señor VALENTIN IBÁÑEZ MAMANI presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263 - 2010 de 29 de octubre de 2010, con la siguiente argumentación:

"…1. Anteriormente se me notificó con su nota AP/DPC/3050/2010 de fecha 20 de octubre de 2010, mediante la cual se me comunica que no puedo percibir ambas prestaciones a la vez (Pensión de Invalidez y Renta de Jubilación), en razón de las disposiciones legales que me dan a conocer, y que si requiero acceder a la jubilación a partir del 05 de diciembre de 2010, ***debo renunciar previamente a la pensión de Invalidez que actualmente percibo.*** *Por esta razón es que, amparado en el D.S. No. 27175 elevé a su Autoridad mi carta de fecha 22 de octubre de 2010, recepcionada en su despacho en la misma fecha,* ***donde expresé mi desacuerdo con lo explicado en su nota AP/DPC/3050/2010,*** *fundamentado en el principio universal y constitucional de la SEGURIDAD JURÍDICA, entendida como ".. garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio…" (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio). Es decir al amparo del Art. 95º de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, al haber cumplido con el requisito de 34 años de servicios continuos el Ejército ha dispuesto mediante Memorándum Dpto.-EMO. SEC. "A" No. 1173/09 de fecha 1º de diciembre de 2009 mi destino a la Letra "A" para cumplir un total de 35 años de servicio continuo para hacerme acreedor a una Renta de Jubilación; pero posterior a la vigencia de esta Ley Militar se emiten otras normas jurídicas que vulneran DERECHOS ADQUIRIDOS.*

Además en mi nota de 22 de octubre de 2010, no solo solicité que se consigne en Resolución Administrativa la nota AP/DPC/3050/2010, SINO QUE AL MISMO TIEMPO TAMBIEN SOLICITÉ QUE SE DISPONGA LA PROCEDENCIA DEL PAGO DE RENTA DE

JUBILACIÓN A MI FAVOR A PARTIR DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2010 SIN TENER QUE RENUNCIAR A MI PENSIÓN DE INVALIDEZ, y también que se disponga la devolución a mi favor de Bs. 990,89 que se me descontó indebidamente por concepto de "seguro de salud".

2. Si bien la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/No. 263–2010 emitida por su Autoridad ha sido pronunciada dentro del plazo de 10 días hábiles que señala el parágrafo II del Art. 20° del D.S. No. 27175, consignando en Resolución Administrativa la nota AP/DPC/3050/2010, PERO SU AUTORIDAD HA OMITIDO PRONUNCIARSE SOBRE LA ULTIMA PARTE DE MI PETITORIO que hace mención a que se disponga la procedencia del pago de Renta de Jubilación sin necesidad de renunciar a mi Pensión de Invalidez, y mucho menos se pronunció sobre mi petitorio de devolución de los Bs. 990,89; incurriendo de este modo en una omisión.

3. La dificultad para que mi persona pueda acceder a la Renta de Jubilación como otros miembros de la Institución Armada, es que los 35 años de servicios que cumplo no coinciden con la edad necesaria (60 o 65 años) para jubilación, puesto que recién tengo cumplidos 55 años de edad, esto debido a que empecé a tener una relación laboral con las Fuerzas Armadas a una edad temprana.

4. Por ese detalle, mi caso es SUI GÉNERIS, no contemplado en las normas jurídicas, específicamente existe un vacío en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, respecto a la cual debía haberse promulgado una ley específica que contemple situaciones como la mía.

5. Por tal razón, considero que no es aplicable a mi caso ni el Art. 10 de la Ley 1732 ni el Art. 19 del D.S. 29423 por las que tenga que renunciar a la pensión de invalidez y recién poder acceder a la Renta de Jubilación. Como se podrá establecer, señor Director, le reitero que me encuentro en una encrucijada y en un estado de indefensión.

6. También me amparo en lo dispuesto en la página 31 del "Manual de Procedimientos, Orientación y Tramitación Ante las AFPs" emitido por el Ejercito que a la letra dice "El Afiliado (miembro de las FF.AA.) puede jubilarse en el Nuevo Sistema de Pensiones, independientemente de su edad, cuando cumpla 35 años de Servicio".

Por lo expuesto, Interpongo RECURSO DE REVOCATORIA contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/No. 263-2010, por ser incompleta y haber omitido la segunda parte de mi solicitud, consiguientemente pido a su Autoridad PRONUNCIARSE a cerca (sic) ***de la última parte de mi indicada solicitud que textualmente dice: "… al mismo tiempo se disponga la procedencia del pago de Renta de Jubilación a mi favor a partir del 05 de diciembre de 2010, sin necesidad de tener que renunciar a mi Pensión de Invalidez, así también se disponga la DVOLUCIÓN*** (sic) ***a mi favor de Bs. 990,89 (NOVECIENTOS NOVENTA 9/100*** (sic) ***BOLIVIANOS) que se me descontó indebidamente por concepto de seguro de salud...***"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 283 – 2010 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 283 - 2010 de 26 de noviembre de 2010, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263 - 2010 de 29 de octubre de 2010, en todos sus términos, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP pronunciarse sobre los argumentos vertidos en el Recurso de Revocatoria y documentación cursante en el expediente administrativo, como se procede a continuación:

Que el presente caso se resume en la pretensión del Afiliado Valentín Ibáñez Mamani con NUA 100036892, de poder acceder a la ***pensión de jubilación sin renunciar a la pensión de invalidez****, que actualmente percibe.*

Que al respecto, es importante aclarar que un Afiliado no puede percibir ambas prestaciones considerando que el artículo 10 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece que un Afiliado inválido debe percibir la pensión por invalidez hasta cumplir sesenta y cinco (65) años, edad a partir de la cual podrá acceder a la prestación de jubilación.

Que a su vez el Parágrafo III del artículo 19 del Decreto Supremo Nº 29423 de 16 de enero de 2008 señala que, un Afiliado inválido a la edad de sesenta (60) años, puede elegir entre ambas pensiones (invalidez o jubilación), considerando la que sea mayor.

Que por lo expuesto precedentemente, la normativa vigente de pensiones, no prevé la posibilidad legal de dar curso a la pretensión del Afiliado Valentín Ibáñez Mamani de percibir simultáneamente ambas prestaciones otorgadas por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo; determinación que fue comunicada al interesado por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, a través de la nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010.

Que corresponde señalar que, el Afiliado Valentín Ibáñez Mamani en cumplimiento al artículo 95 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de la Nación Nº 1405 de 30 de diciembre de 1992 y el artículo Segundo de la Resolución Bi-Ministerial Nº 271 de 23 de diciembre de 2004; una vez cumplidos los treinta y cinco (35) años de servicio continuo, se encuentra en la posibilidad de acceder a la prestación de jubilación como miembro de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, considerando lo establecido por la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el Afiliado no puede percibir ambas pensiones por lo que para posibilitar el acceso a la Pensión de Jubilación, el Afiliado debe renunciar a la pensión de Invalidez.

CONSIDERANDO:

Que con relación a los ***descuentos de salud*** *efectuados a la pensión de invalidez del Afiliado Valentín Ibáñez Mamani, el mismo señala en el Recurso de Revocatoria presentado, que esta Autoridad no se ha pronunciado respecto a la devolución de Bs 990,89 (NOVECIENTOS NOVENTA 9/100 BOLIVIANOS)* (sic) *por descuento de seguro de salud.*

Que a manera de antecedentes, se tiene que con nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010, esta autoridad ha señalado que, la norma que regula dichos descuentos corresponde a la Circular SPVS-IP-DB 066/2001 de 22 de junio de 2001, la cual establece que un Afiliado dependiente que perciba una Pensión de Invalidez, debe solicitar a la AFP de forma semestral que no se le descuente de dicha pensión, el porcentaje para el seguro de salud. En este sentido, se tiene que esta Autoridad informó al Afiliado que en la documentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante notas FUT AP BEN 1500/2010 y FUT AP BEN 1632/2010 de fechas 09 y 27 de septiembre de 2010 respectivamente, se observó que en fecha 11 de enero de 2010, el señor Ibáñez solicitó que no se realice el descuento para el seguro de salud a la AFP. En el marco de lo establecido en la citada Circular, la AFP suspendió el descuento de enero a junio/2010.

Que a partir del mes de julio/2010 la AFP volvió a realizar el descuento por servicio de salud, en virtud a que el Afiliado no presentó su solicitud, como lo estipula la mencionada circular, es decir por el correspondiente semestre.

Qué Futuro de Bolivia S.A. AFP en su memorial de fecha 24 de noviembre de 2010 señala que, en el marco de la Circular SPVS-IP-DB 066/2001 de 22 de junio de 2001, la solicitud de no descuento a la pensión del porcentaje asignado al Ente Gestor de Salud, es una manifestación de la voluntad del Afiliado y no una responsabilidad de la AFP efectuarla de oficio.

Asimismo, refiere que al momento de notificar al Afiliado con el certificado de pensión por invalidez se adjuntó entre otros documentos, la Liquidación de Primer Pago, documento en el cual se especificó que los descuentos correspondientes al Ente Gestor de Salud se empezarían a efectuar a partir de la pensión correspondiente al mes siguiente, es decir, a partir de la pensión de junio/2009. Adicionalmente aclara que, al momento de realizar la entrega de la citada documentación, la AFP informa a todos los Afiliados que en el evento que se encuentren trabajando en relación de dependencia laboral, podrán solicitar a la AFP que no se realice el descuento para el Ente Gestor de Salud, presentando semestralmente documentación que acredite que su empleador realiza el pago respectivo o está cotizando por él, al Ente Gestor de Salud.

Que de la misma manera, la AFP también aclara que la pretensión del Afiliado no guarda relación coherente con los montos que fueron efectivamente descontados, remitiendo detalle de los mismos.

Que con el objeto de evaluar el presente caso, esta Autoridad mediante nota AP/DPC/3358/2010 de 17 de noviembre de 2010, solicitó a la AFP remita informe documentado respecto a las gestiones que habría realizado cuando comenzó a percibir la pensión por invalidez para informarle al Afiliado que podía acogerse al no descuento del seguro de salud establecido en la citada Circular SPVS-IP-DB 066/2001.

Que en respuesta a dicha solicitud, la AFP con nota FUT AP BEN 2014/2010 de 23 de noviembre de 2010, remite copia de la Liquidación de Primer Pago de la Pensión por Invalidez correspondiente al señor Ibáñez, en la cual se observa lo siguiente:

PERIODO	***PENSION BS***	***DESCUENTO EGS (5%)***	***LIQUIDO PAGABLE***
Dic-08 (13 días)	*617,42*		*617,42*
Aguinaldo/2008	*51,45*		*51,45*
Ene-09	*1.424,81*		*1.424,81*
Feb-09	*1.424,81*		*1.424,81*
Mar-09	*1.424,81*		*1.424,81*
Abr-09	*1.424,81*		*1.424,81*
May-09	*1.424,81*		*1.424,81*
TOTAL	***7.792,92***	***0,00***	***7.792,92***

Que como se puede apreciar del cuadro anterior, no se realizó ningún descuento a las pensiones de invalidez del periodo diciembre/2008-mayo/2009, debido a que la norma vigente establece no realizar descuento para el seguro de salud por periodos devengados.

Que a partir del mes de junio/2009 hasta diciembre/2009, la AFP realiza el descuento mensual de Bs 71,24 (SETENTA Y UNO 24/100 BOLIVIANOS), equivalente al cinco por ciento (5%) de su pensión por invalidez, monto total que asciende a Bs 498,68 (CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO 68/100 BOLIVIANOS); tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

PERIODO	***PENSION BS***	***DESCUENTO EGS (5%)***	***LIQUIDO PAGABLE***
Jun-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Jul-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Ago-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Sep-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Oct-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Nov-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Dic-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*

TOTAL	***9.973,67***	***498,68***	***9.474,99***

Que sin embargo, en el Recurso de Revocatoria el Afiliado solicita la devolución de Bs 990,89 (NOVECIENTOS NOVENTA 9/100 BOLIVIANOS) (sic) por descuento de seguro de salud, monto que muestra un incremento respecto al monto solicitado en la nota presentada por el Afiliado a Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 11 de enero de 2010, que asciendo a Bs926,12 (NOVECIENTOS VEINTISEIS 12/100 BOLIVIANOS), el cual se encuentra compuesto por un descuento mensual de Bs71,24 (SETENTA Y UNO 24/100 BOLIVIANOS), equivalente al cinco por ciento (5%) de su pensión por invalidez, por trece (13) meses correspondientes al periodo diciembre/2008 a diciembre/2009.

PERIODO	***PENSION BS***	***DESCUENTO EGS (5%)***	***LIQUIDO PAGABLE***
Dic-08 (*)	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Ener-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Feb-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Mar-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Abr-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
May-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Jun-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Jul-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Ago-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Sep-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Oct-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Nov-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
Dic-09	*1.424,81*	*71,24*	*1.353,57*
TOTAL	***18.522,53***	***926,13***	***17.596,40***

(*) El Afiliado considera mes completo de pensión, en lugar de 13 días.

Que la solicitud del Afiliado de devolución del descuento efectuado por el periodo diciembre/2008-diciembre/2009, no corresponde ya que la AFP sólo descontó el seguro de salud por el periodo junio/2009-diciembre/2009.

Que asimismo, es importante señalar que el Afiliado tenía conocimiento de que su pensión de invalidez a partir del mes siguiente al de primer pago, es decir junio/2009, contendría un descuento para el Ente Gestor de Salud, considerando que la Liquidación del primer pago de la Pensión por Invalidez consignaba el siguiente mensaje: "Los descuentos destinados para el Ente Gestor de Salud se harán efectivos a partir del siguiente mes.". Sin embargo, no existe documentación idónea que avale que el señor Ibáñez hubiera solicitado a la AFP, el no descuento para el seguro de salud, por lo que la AFP procedió al descuento correspondiente.

Que por lo expuesto anteriormente, en lo referente a la devolución del descuento de salud efectuado por Futuro de Bolivia S.A. AFP a la pensión por invalidez del Afiliado Valentín Ibáñez Mamani, corresponde señalar que la AFP no realizó el descuento para el seguro de salud por el periodo de diciembre/2008 a mayo/2009, por lo que no corresponde realizar ninguna devolución.

Que asimismo, se deduce que el Afiliado al tener conocimiento de que a partir del mes de junio/2009 se iniciaría el descuento para el seguro de salud, por lo que la AFP procedió realizar dicho descuento hasta diciembre/2009 debido a que el Afiliado no presentó una solicitud de no descuento para el Ente Gestor de Salud.

Que en fecha 11 de enero de 2010 el Afiliado al presentar una nota solicitando que no se realice el descuento para el seguro de salud, es que la AFP a partir de ese mes, suspendió el citado descuento.

Que en virtud a lo expuesto, no corresponde que la AFP restituya al Afiliado los descuentos efectuados para el Ente Gestor de Salud…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 3 de diciembre de 2010, el señor **VALENTIN IBÁÑEZ MAMANI** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 283-2010 de "**2** *de noviembre de 2010*" (debiendo decir "**26** de noviembre de 2010", extremo que corresponde aclarar, pero se toma como válido bajo el principio de informalismo, conforme lo señala el inciso l) del artículo 4, de la Ley Nº 2341 del Procedimiento Administrativo), en el que fundamenta su pretensión, expresando lo siguiente:

"…1. Con Memorándum Dpto. I-EMO. Sec. "A" No. 1173/09 de fecha 1º de Diciembre de 2009, el Ejército me comunica mi destino a la Letra "A" de Disponibilidad por el lapso de un año para cumplir un total de 35 años de servicios efectivos en la Institución Armada y en aplicación del Art. 95º de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de la Nación, acogerme a los beneficios de la JUBILACIÓN.

2. Lo anterior hace ver que las autoridades militares cumpliendo la Ley Militar, que es una Ley de la República (ahora del Estado), han dispuesto mi destino a la Letra "A" para inmediatamente después tener derecho a la Renta de Jubilación.

3. Ante mi correspondiente reclamo ante la Autoridad de Pensiones, con nota AP/DPC/3050/2010 de fecha 20 de octubre de 2010, se me comunica que no puedo percibir a la vez Pensión de Invalidez y Renta de Jubilación, en razón de las diferentes disposiciones legales que rigen la materia, y que si requiero acceder a la jubilación a partir del 05 de diciembre de 2010, DEBO ***renunciar previamente a la pensión de invalidez que actualmente percibo. HAGO RESALTAR LA PALABRA "DEBE" QUE EMPLEAN.***

4. Por esa rezón (sic) *es que, amparado en el D.S. Nº 27175 elevé a su Autoridad mi carta de fecha 22 de octubre de 2010* ***donde expresé mi desacuerdo con lo explicado en su nota AP/DPC/3050/2010,*** *fundamentado en el principio universal y constitucional de la SEGURIDAD JURÍDICA, entendida como "... garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio…" (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio).*

5. Con mi nota de 22 de octubre de 2010, no solo solicité que se me consigne en Resolución Administrativa la nota AP/DPC/3050/2010, SINO QUE AL MISMO TIEMPO TAMBIEN SOLICITÉ QUE SE DISPONGA LA PROCEDENCIA DEL PAGO DE RENTA DE JUBILACIÓN A MI FAVOR A PARTIR DEL 05 DE DICIEMBRE DE 2010 SIN TENER QUE RENUNCIAR A MI PENSIÓN DE INVALIDEZ, y también que se disponga la devolución a mi favor del monto que consideré se me descontó indebidamente por concepto de "seguro de salud".

6. Consiguientemente esa Autoridad emitió la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ No. 263-2010 consignando en Resolución Administrativa la nota AP/DPC/3050/2010, pero se omitió el pronunciarse sobre mi petitorio de que se disponga la procedencia del pago de Renta de Jubilación a mi favor sin necesidad de renunciar a mi Pensión de Invalidez, y mucho menos se pronunció sobre la devolución del monto descontado por concepto de "seguro de salud".

7. Por ese motivo, en su oportunidad, dentro del plazo hábil y oportuno, interpuse mi Recurso de REVOCATORIA, el cual ha sido objeto de la emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ No. 283-2010 de fecha 2 (sic) *de noviembre de 2010. Al que ahora recurro* (sic).

Por otra parte, debo también exponer los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

A) La dificultad para que mi persona pueda acceder a la Renta de Jubilación como otros miembros de la Institución Armada, es que los 35 años de servicios que cumplo no coinciden con la edad necesaria (60 o 65 años) para jubilación, puesto que recién tengo cumplidos 55 años de edad, esto debido a que empecé a tener una relación laboral con las Fuerzas Armadas a una edad temprana. PERO ESTE ASPECTO NO ES ATRIBUIBLE A MI PERSONA NI A MI VOLUNTAD. Por ese detalle, mi caso es SUI GENERIS, no contemplado en las normas jurídicas.

B) Por tal razón, considero que no es aplicable a mi caso ni el Art. 10 de la Ley 1732 ni el Art. 19 del D.S. 29423 por las (sic) *que tenga que renunciar a la pensión de invalidez y recién poder acceder a la Renta de Jubilación.*

C) Máxima (sic) *si tomamos en cuenta que el Art. 19 del D.S. 29423 textualmente dice lo siguiente: "II. El Afiliado con Pensión de Invalidez, que tenga sesenta (60) años*

cumplidos o más y cumpla con los requisitos para la Pensión de Jubilación ***PODRÁ*** *solicitar la suspensión definitiva del pago de la Pensión de Invalidez a objeto de acceder a una Pensión de Jubilación, siempre y cuando el monto de la Pensión de Jubilación sea mayor a la Pensión de Invalidez"* ***(el resaltado con mayúsculas y negrilla es nuestro)***

D) *A ese respecto en las notas de respuesta que la Autoridad de Pensiones me da, así como en las Resoluciones Administrativas, SE ME HACE SABER QUE PARA QUE YO PUEDA RECIBIR LA PENSION DE JUBILACION* ***DEBO*** *SOLICITAR LA SUSPENSION DEFINITIVA DE LA PENSION DE INVALIDEZ. SIN EMBARGO EN EL TEXTO TRANSCRITO DEL CITADO ART. 19 DEL D.S. No. 29423 SE UTILIZA EL TERMINO* ***PODRÁ. Como todos los profesionales en derecho saben, el término "podrá" IMPLICA ALGO FACULTATIVO, ES DECIR LIBRADO A LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS, Y NO ES IMPERATIVO.***

E) *Asimismo, el Art. 123º de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, estipula que: "EL ESTADO RECONOCE A FAVOR DEL PERSONAL MILITAR ASEGURADO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y SUS BENEFICIARIOS, LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL…" (TEXTUAL).*

F) *También me amparo, para el presente Recurso Jrárquico* (sic) *en lo dispuesto en la página 31 del "Manual de Procedimientos, Orientación y Tramitación Ante las AFPs" emitido por el Ejército que a la letra dice "El Afiliado (miembro de las FF.AA.) puede jubilarse en el Nuevo Sistema de Pensiones,* ***independientemente*** *de su edad, cuando cumpla 35 años de Servicio".*

G) *Finalmente, respecto a mi pretensión de que se me devuelva el monto de Bs. 990,89 que se me descontó por concepto de "seguro de salud", PROPUGNO el CUADRO que expone en su memorial de apersonamiento y formulación de alegatos que presentó el tercero afectado, donde la parte contraria acepta y detalla que el TOTAL DEL DESCUENTO PARA LA EGS (COSSMIL) ES DE Bs. 573,25 (QUINIENTOS SETENTA Y TRES 25/100 BOLIVIANOS), SUMA QUE ACEPTO PARA EL TRATAMIENTO DE MI PRESENTE RECURSO.*

Por lo expuesto, interpongo RECURSO JERARQUICO contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ No. 283-2010, pidiendo se leven (sic) ***los de la materia al superior en grado (Viceministerio de Pensiones), a quien solicito resolver favorablemente el contenido de mi pretensión, para que se me pague la Renta de Jubilación sin tener que renunciar a mi Renta de Invalidez, y se me devuelva Bs. 573,25 (QUINIENTOS SETENTA Y TRES 25/100 BOLIVIANOS) que se me descontó indebidamente para la EGS. (COSSMIL).***

Asimismo, me permito expresar ante el superior en grado que, nuestro Gobierno Central proclama "el cambio total" dentro de la administración del Estado, pero pareciera que no existe tal cambio, dado que, todas esas disposiciones legales en

materia de seguridad social establecidas por los gobiernos neoliberales, ***continúan vigentes, en desmedro de los afiliados que sagradamente han realizado sus cotizaciones.*** *Puesto que dentro del postulado del "cambio total" las Autoridades de Pensiones deberían abrogar todas esas normas neoliberales y emitir otras más favorables para la población asegurada. Por otra parte, las AFP's, no sabemos qué hacen con el dinero de las cotizaciones que los trabajadores hacen para el Riesgo Profesional (ó Común)* ***de aquellos trabajadores que nunca han sufrido invalidez o enfermedad durante su vida laboral útil, y se jubilan con una Renta de Vejez.*** *En mi caso no permito que las Entidades respectivas manejen o hagan uso discrecional de mis cotizaciones efectuadas durante mis 35 años de servicios efectivos prestados a la Institución Armada***…**"

7. MEMORIAL PRESENTADO EN FECHA 15 DE DICIEMBRE DE 2010.-

En fecha 15 de diciembre de 2010 y a tiempo de solicitar en lo principal "…*se fije día y hora para audiencia de recepción de fundamentación oral*…", el señor Valentín Ibáñez Mamani presentó al Ministro de Economía y Finanzas Públicas, el memorial en cuyo otrosí 1 señala:

> "… *Informo a su Autoridad que, en fecha 14 de diciembre de 2010, a hrs. 15:00, a solicitud del personal militar a jubilarse, personeros de las AFP´s. en instalaciones del Salón de Banderas de ASCINALSS. explicaron que el monto de Pensión de Jubilación calcularán en base a las últimas 24 boletas de pago, y los últimos 5 años (2006-2007-2008-2009-2010) y solo sobre el SALARIO BASE, ni siquiera sobre el total ganado. Hecho que afectará enormemente a nuestra pensión de jubilación ya que haciendo un cálculo final se sufrirá una rebaja ó pérdida de Bs. 1.000.- sobre nuestra Pensión de Jubilación.*
>
> *Asimismo, hace ver a Ud. que según el Certificado de Compensaciones obtenido mediante procedimiento manual expedido por SENASIR solo se me certifica Bs. 1.363,91, por 26 años de servicios que cumplí en la Institución Castrense (Del 05-DIC-75, a MAY/1997), siendo que COSSMIL como Ente Gestor de Salud nos descontó como corresponde al 100% por cada año para nuestra jubilación*…"

Tal otrosí 1 mereció el pronunciamiento que sale en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 168/2010 de 21 de diciembre de 2010, por el que el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros le señala: "…*en lo que hace a lo expresado en el otrosí 1 de su referido memorial, se tiene presente y se lo considerará en cuanto hubiere lugar en derecho, a tiempo de pronunciar resolución*…"

Por consiguiente y toda vez que el artículo 52° (*Contenido de la Resolución*), numeral I, de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) establece que "...*Los procedimientos administrativos, deberán necesariamente concluir con la emisión de una resolución administrativa que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión del administrado*..." y al no encontrarse lo señalado en el otrosí 1 del memorial de fecha 15 de diciembre de 2010 dentro de los alcances de la pretensión que sale del presente Recurso Jerárquico, no amerita mayor consideración en la Resolución presente, no sin antes advertir

que los extremos allí expuestos, parecen corresponder a la reciente promulgación de la Ley Nº 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, constituyéndose tan solo en referencias que no se relacionan directamente con la pretensión, objeto del recurso.

8. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 30 de diciembre de 2010 a horas 10:30 a.m., se llevó a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos expuestos por los señores Valentín Ibáñez Mamani (recurrente) y Franklin Márquez Arratia (su abogado), en la que ratificaron los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

9. PRESENTACIÓN DE PRUEBA DOCUMENTAL.-

Por nota de fecha 30 de diciembre de 2010, el recurrente adjunta los siguientes antecedentes documentales, todos en fotocopias simples (relacionados en el mismo orden en que han sido presentados):

- Cédula de identidad correspondiente al kardex Nº 678048 Oruro, correspondiente al señor Valentín Ibáñez Mamani.

- Memorándum Direc. Gral. Bandas Nº 1379/75 de 5 de diciembre de 1975, por el que el Gral. Brig. Carlos Alcoreza Melgarejo comunica al Cabo Mus. Valentín Ibáñez Mamani que "…*ha sido incorporado al servicio*…"

- Memorándum Dpto. I-EMO.SEC "A" No. 1173/09 de 1º de diciembre de 2009, por el que el Gral. Div. Ramiro De La Fuente Bloch, Comandante General del Ejército, comunica al Sof. 1ro. Mús. Valentín Ibáñez Mamani que "…*a partir del 05-DIC-2009 su destino temporal a la LETRA "A" DE DISPONIBILIDAD para trámite de Jubilación, por el tiempo de Un (sic) año hasta el 05/DIC-2010,*…"

- Informe de Junta Médica Nº 002/07 de 2 de enero de 2007, emitido por los médicos especialistas (Medicina Física y Rehabilitación, y Ortopedia Traumatológica) del Hospital Militar Central.

- Informe de Junta Médica Nº 343/08 de 4 de septiembre de 2008, emitido por los médicos especialistas (Medicina Física y Rehabilitación, y Ortopedia y Traumatología) del Hospital Militar Central.

- Informe de Junta Médica Nº 342/08 de 4 de septiembre de 2008, emitido por los médicos especialistas (Medicina Física y Rehabilitación, y Ortopedia y Traumatología) del Hospital Militar Central.

- Informe Médico Nº 2318/08 de 27 de octubre de 2008, emitido por el Dr. Marcelo Gumiel, Ortopedia Traumatología del Hospital Militar Central.

- Informe Médico Nº 2782/2010 de 1º de diciembre de 2010, emitido por el Dr. Brahim Curi Curi, Traumatólogo Ortopedia del Hospital Militar Central.

- Carné de discapacidad con Nº 02-000189 a nombre de Ibáñez Mamani Valentín.

- Certificado de Discapacidad de fecha 4 de enero de 2008, franqueado por Graciela Minaya Ramos, Responsable Programa de Discapacidad, Ministerio de Salud y Deportes, a favor de Valentín Ibáñez Mamani.

- Nota de fecha 11 de enero de 2010, remitida por Sof.1ro.Mús. Valentín Ibáñez Mamani a AFP Futuro de Bolivia S.A., con referencia "*Devolución de aportes de seguro*" por la que solicita "…*ya no me procedan a descuento y a la devolución de la suma mencionada* (Bs. 926.12)*, ya que mi persona cuenta con seguro de COSSMIL*…"

- Nota de fecha 5 de marzo de 2010, remitida por Sof.1ro.Mús. Valentín Ibáñez Mamani a AFP Futuro de Bolivia S.A., con referencia "*Reitera Devolución de aportes de seguro*" por la que solicita "…*la devolución del monto mencionado* (Bs. 926.12)…"

- Nota de fecha 30 de marzo de 2010 con cite GRLP.SC-1678/2010, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al señor Valentín Ibáñez Mamani, por la que le informa que "…*no se puede realizar dicha devolución en vista a que estos son pagados en el mes que se emite al pensión, asimismo mencionar que este descuento está establecido den* (sic) *el D.S. 24469 Art. 5*…"

- Certificación de Pensión Nº 802, presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP al señor Valentín Ibáñez Mamani, mediante nota cite GRLP.SC-3176/2009 de 4 de junio de 2009; certificación que establece que a partir de la planilla del mes de mayo/2009, el afiliado recibirá una pensión determinada con las siguientes características:

Salario Base en Bs.	***% de Invalidez***	***Pensión a Pagar en Bs.***	***Descuento 5% Caja de Salud en Bs.***	***Total a pagar en Bs.***
3,238.2	*44%*	*1,425*	*71.25*	*1,353.75*

- Liquidación Primer Pago pensión por Invalidez realizada por Futuro de Bolivia S.A. AFP a favor del señor Valentín Ibáñez Mamani, emitida en fecha 1º de junio de 2009.

- Hoja de cálculo de salario base (*Bs. 3,238.20*) correspondiente al afiliado Ibáñez Mamani Valentín, expedido por Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 25 de marzo de 2009.

- Seis boletas de pensión por invalidez correspondientes al afiliado Valentín Ibáñez Mamani, expedidas por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

- Certificado de Compensación de Cotizaciones Nº 0038204 a favor del afiliado Valentín Ibáñez Mamani por Bs. 1,363.91, con sello del Servicio Nacional del Sistema de Reparto.

- Certificación de aportes DGAA-UF-SSP-CERT. Nº 056/2010 de fecha 7 de abril de 2010, emitida por el responsable de la Sección de Servicios Personales del Ministerio de Defensa y referida al señor Balentín (sic) Ibáñez Mamani.

- Nota de fecha 3 de agosto de 2010 con cite GR.LP.SC-4204/2010, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al señor Valentín Ibáñez Mamani, por la que le comunica que, en virtud a una respuesta de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, "*en el marco de la normativa vigente, usted debe percibir la Pensión de Invalidez hasta la edad de 65 años o hasta que cumpla requisitos de acceso a la prestación de jubilación y la pensión por dicho concepto sea mayor a la de invalidez*…"

- Nota de fecha 20 de julio de 2010 con cite AP/DPC/1861/2010, remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por la que, mencionando los artículos 10 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones) y 19 (*Acceso a la Pensión Mínima*) del Decreto Supremo Nº 29423 de 16 de enero de 2008, señala que "*en el marco de la norma vigente el Sr. Ibáñez debe percibir la pensión de invalidez hasta la edad de 65 años o hasta que cumpla requisitos de acceso a la prestación de jubilación y la pensión por dicho concepto sea mayor a la de invalidez, para lo cual se debe considerar la Resolución Administrativa AP/DPC/Nº 243-2009 de 21 de diciembre de 2009*."

- Nota de fecha 29 de julio de 2010, remitida por Sof.1ro. Valentín Ibáñez Mamani a la Autoridad de Fiscalización y Control de Penciones (sic), con referencia "*Respuesta de una solicitud certificado de beneficio de jubilación*" por la que solicita "…*se respete mi renta de jubilación del ejército y mi renta de invalides* (sic) *se tome en cuenta en la jubilación por un derecho que me pertenece son mis aportes de los dichos descuentos*…"

- Nota de fecha 9 de agosto de 2010, remitida por Sof.1ro.Mús. Valentín Ibáñez Mamani a AFP Futuro de Bolivia S.A., con referencia "*NO DESCONTAR PARA EL SEGURO*" por la que solicita "…*no descontar para la salud, ya que tengo mi Seguro de Salud en COSSMIL, sin embargo en los anteriores meses me descontaron 926,12 Bs.-, según me indica que este dinero fue enviado a la Gerencia de Salud COSSMIL y ya que este dinero no beneficia a mi persona y desparecer* (sic)…"

- Nota de fecha 13 de agosto de 2010 con cite AP/DPC/2269/2010, remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones al señor Valentín Ibáñez Mamani, por la que, mencionando los artículos 10 (Prestación por Riesgo Profesional) de la Ley Nº 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y 19 (*Acceso a la Pensión Mínima*) del Decreto Supremo Nº 29423 de 16 de enero de 2008, señala que:

  > "…*la pensión de Invalidez se paga hasta que el Afiliado inválido cumpla sesenta y cinco (65) años de edad. Sin embargo, a partir de los sesenta (60) años de edad, el Afiliado inválido que cumpla requisitos de Jubilación, puede acceder a esta prestación siempre y cuando el monto de la Pensión de*

Jubilación sea mayor a la Pensión de Invalidez. En este caso el Afiliado debe renunciar a la Pensión de Invalidez para acceder a la Pensión de Jubilación.

Asimismo, es importante aclararle que la obligación de cotizar el 12.21% mensual del total ganado está establecida en las Resoluciones Administrativas SPVS – IP Nº 077/1999, de 30 de abril de 1999, y SPVS – IP Nº 489/2001, de 8 de octubre de 2001, de las cuales se remiten copias…"

- Resolución Administrativa SPVS – IP Nº 077/1999 de 30 de abril de 1999.

- Resolución Administrativa SPVS – IP Nº 489/2001 de 8 de octubre de 2001.

- Memorial de fecha 18 de agosto de 2010, presentado por el señor Valentín Ibáñez Mamani al Director Ejecutivo Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, en cuyo petitorio señala: "…*Por lo expuesto, al amparo del Art. 24° de la Constitución Política del Estado, SOLICITO a su digna Autoridad se emita una RESOLUCIÓN, a través de la cual, considerando mi situación sui generis, se disponga la procedencia del pago de Renta de Jubilación a mi favor a partir del 05 de Diciembre de 2010, fecha en que culminará mi destino en la Letra "A" de Disponibilidad según el Memorándum No. 1173/09 de 01 de diciembre de 2009. Petitorio que fundamento en las siguientes normas jurídicas en orden de prelación:*

  <u>*Constitución Política del Estado:*</u>

  - *Art. 14: El Estado prohíbe toda forma de discriminación.*

  - *Art. 45°: El régimen de seguridad social cubre riesgos de ivalidez* (sic)*, viudez, VEJEZ y muerte. y* (sic) *otras previsiones sociales. Asimismo. El Estado GARANTIZA EL DERECHO A LA JUBILACIÓN, con carácter universal solidario y equitativo.*

  - *Art. 48-III Los derechos y beneficios reconocidos a favor de los trabajadores NO PUEDEN RENUNCIARSE, y SON NULAS LAS CONVENCIONES CONTRARIAS o que tienden a burlas sus efectos* (sic).

  - *Art. 410-II: LA CONSTITUCIÓN ES LA NORMA SUPREMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO Y GOZA DE PRIMACÍA FRENTE A CUALQUIER OTRA DISPOSICIÓN NORMATIVA.*

  <u>*Ley Orgánica de las FF.AA. de la Nación LM-1405:*</u>

  - *Art. 95°: El tiempo de Servicio Efectivo del personal militar es de treinta y cinco años, dicho tiempo incluirá un año de disponibilidad en la Letra "A" PARA ACOGERSE A LOS BENEFICIOS de la Ley de Seguridad Social Militar.*

- *Art. 123⁰: El Estado reconoce a favor del personal militar asegurado de las FF.AA. y sus beneficiarlos, LOS DERECHOS CORRESPONDIENTE* (sic) *A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.*

- *Art. 124⁰: El régimen social militar reconoce las prestaciones básicas de VEJEZ, invalidez y riesgos profesionales.*

En consecuencia, reitero mi presente solicitud para que se emita una Resolución de excepción por existir vacío legal con respecto a mi situación personal para acceder a una renta jubilatoria; además porque la CPE es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, y es de aplicación preferente.

Por otra parte debo puntualizar que, ml Renta de Invalidez profesional debe respetarse hasta que cumpla 65 años de edad, cuando recién debe cesar. Mi persona no puede renunciar a dicha Renta en razón de que para el pago de este derecho las cotizaciones salen de mis propios Haberes y no es un regalo o concesión gratuita del Estado y menos de las AFP`s. Siendo que por lo menos gozamos de esta (sic) *pequeño derecho y los que no gozan de esta renta pierden este monto de dinero el cual se queda para las AFP's. Pero analizando y consultando con expertos profesionales, la Renta de Jubilación está calculada para los 35 años de servicios para el personal militar.*

Al mismo tiempo, pido se disponga la devolución a mi favor de Bs. 990,69 (NOVECIENTOS NOVENTA 69/100 BOLIVIANOS) que corresponden al descuento que se me realizó de mis Haberes desde el año 2008 dentro de la Pensión de Invalidez, en razón de que supuestamente ese dinero se descuenta para la prestación de salud; sin embargo poseo mi Seguro de Salud en COSSMIL desde el inicio de mi relación laboral con el Ejército hasta la fecha..."

- Nota de fecha 6 de septiembre de 2010 con cite GR.LP.SC 5249/2010, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al señor Valentín Ibáñez Mamani, con referencia "*R.A. AP/DPC/DJ 176/2010*", por la que le comunica que "*para mantener el servicio de abono de pensión en cuenta de ahorro, deberá aproximarse por cualquiera de nuestras oficinas… a objeto de proceder a la suscripción del Certificado de Vivencia…*".

- Nota de fecha 20 de septiembre de 2010 con cite GRLP.SC 5325/2010, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al señor Valentín Ibáñez Mamani, por la que le deja constancia que:

  "*…En atención a las notas presentadas en fechas 11/01/2010, 5/03/2010 y 13/08/2010 del presente en la cual solicita acceder a la devolución de los descuentos de salud de su Ente Gestor, le informamos que no se puede realizar dicha devolución en vista a que estos son pagados en el mes que se emite la*

pensión, asimismo mencionar que este descuento está establecido en el Decreto Supremo 24469 en su Art. 5.

Para que procedamos a la suspensión del descuento usted debe presentar semestralmente nota solicitando el no descuento de salud, adjuntando documentación que avale su afiliación, asimismo le comunicamos que la solicitud presentada en el mes de agosto tiene validez hasta el mes de enero 2011.

También informar que usted presento (sic) *una solicitud de no descuento de salud en el mes de Enero 2010 mes en el que so* (sic) *procedi6 a la aceptaci6n de esta solicitud…*"

- Nota de fecha 27 de septiembre de 2010 con cite GR.LP.SC 4860/2010, remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP al señor Valentín Ibáñez Mamani, con referencia "*R.A. AP/DPC/DJ 176/2010*" por la que le comunica que "*para mantener el servicio de abono de pensión en cuenta de ahorro, deberá aproximarse por nuestras oficinas… a objeto de proceder a la suscripción del Certificado de Vivencia…*".

- Nota de fecha 20 de octubre de 2010 con cite AP/DPC/3050/2010, remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones al señor Valentín Ibáñez Mamani, con referencia "*Respuesta a su solicitud*" por la que le comunica que "*… a objeto de evitar futuros descuentos para el seguro de salud, mientras usted perciba la pensión por invalidez y se encuentre trabajando en calidad de dependiente, se le sugiere presentar a la AFP de forma semestral, la documentación que acredite que su empleador está cotizando a un ente gestor del seguro de salud …*".

- Nota de fecha 22 de octubre de 2010 remitida por el señor Valentín Ibáñez Mamani a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en la que solicita: "*… se reconsidere mi situación y consiguientemente disponga SE ELEVE A RANGO DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA la nota AP/DPC/3050/2010, considerando mi situación sui géneris, y a través del mismo se disponga la procedencia del pago de Renta de Jubilación a mi favor a partir del 05 de Diciembre de 2010, sin necesidad de tener que renunciar a mi Pensión de Invalidez, así también se disponga la DEVOLUCIÓN a mi favor de Bs. 990,69 (NOVECIENTOS NOVENTA 69/100 BOLIVIANOS) que se me descontó indebidamente por concepto de "seguro de salud"*.

- Nota de fecha 16 de noviembre de 2010 con cite AP/DPC/3350/2010, remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con referencia "*Caso Valentín Ibáñez Mamani*" por la que a su vez, remite copia de la nota presentada en fecha 5 de noviembre de 2010 por el afiliado de referencia.

- Nota de fecha 9 de noviembre de 2010 con cite AP/DPC/3263/2010, remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones al señor Valentín Ibáñez Mamani, con referencia "*Respuesta a su solicitud*", se certifica que "*…en atención a su solicitud presentada ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de*

Pensiones el 22 de octubre de 2010, se consignó la nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010 en Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263-2010 de 29 de octubre de 2010, misma que fue recurrida por su persona en fecha 05 de noviembre de 2010; por lo que su caso se encuentra sujeto al procedimiento administrativo vigente…".

- Nota de fecha 5 de noviembre de 2010 remitida por el señor Valentín Ibáñez Mamani a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, por la que le solicita "…*se me franquee un CERTIFICADO en el que se acredite que al presente se encuentra en trámite ante esa Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, el Recurso de Revocatoria que interpuse mediante mi memorial de fecha 5 de noviembre de 2010*…".

- Nota de fecha 3 de diciembre de 2010 remitida por el señor Valentín Ibáñez Mamani al Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia y Capitán General de las Fuerzas Armadas, por la que le formula una relación acerca del desarrollo del presente proceso impugnativo.

- Nota de fecha 6 de diciembre de 2010 remitida por el señor Valentín Ibáñez Mamani a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con referencia "*Hace conocer situación legal actual*" por la que, haciendo mención al presente Recurso Jerárquico, solicita se tome en cuenta tal situación.

- Partes seleccionadas a criterio del recurrente, de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), y de la Ley Orgánica de la FF.AA. de la Nación "Comandantes de la Independencia de Bolivia" LM-1405.

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Que, se tiene que el órgano de fiscalización se ha pronunciado con referencia a las solicitudes o pretensiones del Afiliado Sr. Valentín Ibáñez Mamani mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 283 - 2010 de 26 de noviembre de 2010, la que confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263 - 2010 de 29 de octubre de 2010 por la que se consigna la nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010 en Resolución Administrativa, de manera tal, que tales pretensiones han sido rechazadas, por lo que corresponde realizar

una compulsa adecuada sobre las solicitudes del recurrente y las consecutivas resoluciones del ente fiscalizador, conforme se procede a continuación.

1. SOBRE LA CONCURRENCIA DE PENSIONES.-

En principio, la presente Resolución Ministerial se sujeta a la disposición del artículo 123º de la Constitución Política del Estado, por cuyo efecto le son inherentes los preceptos establecidos en la Ley Nº 1732 (de Pensiones) de 29 de noviembre de 1996 y demás normativa reglamentaria.

El recurrente refiere como agravio, la negativa que se le otorga de acceder a la pensión de jubilación que tuviera derecho por contar con treinta y cinco (35) años de servicio continuo en las Fuerzas Armadas de la Nación, de forma concurrente con su pensión de invalidez. Argumenta que la prohibición legal a la que la Autoridad Fiscalizadora habría hecho referencia, no coinciden con la edad necesaria (60 o 65 años) para poder jubilarse, puesto que recién tiene cumplidos 55 años de edad, esto debido a que empezó una relación laboral a una edad temprana, aspecto que señala, no es atribuible a su persona ni a su voluntad, detalle por el que considera su caso como *sui generis*, no contemplado en las normas jurídicas, y que por tal razón no le es aplicable el artículo 10 de la Ley 1732, ni el artículo 19 del D.S. 29423, de manera tal que no considera tener que renunciar a la pensión de invalidez para poder acceder a la pensión de jubilación.

Al respecto, es necesario aclarar que conforme al diccionario, el vocablo *sui generis* (del latín, "propio de su género o especie") se usa en castellano para denotar un género o especie muy singular y excepcional, es decir, que se trata de algo único en su tipo.

Bajo este contexto, no se puede afirmar que por cada pretensión de cada regulado, se emita un reglamento específico singular o excepcional, por cuanto, una de las características de la Ley es su generalidad, es decir, que la ley no regula para casos concretos, sino para la generalidad de los mismos.

Ahora bien, puede darse en la práctica operativa un vacío legal, al no haber considerado ciertos tipos de características, a lo cual corresponderá a la regulación determinar el procedimiento a seguir para dichos casos, siempre en el marco legal correspondiente y asegurando la correcta aplicación de los principios, políticas y objetivos que la Ley de Pensiones y sus reglamentos otorga.

Por lo que, resulta inminente en el caso de autos, realizar una compulsa legal, si existe o no un vacío jurídico, que determine el camino a seguir para el caso del Sr. Valentín Ibáñez Mamani, quien cuenta con una pensión de invalidez por riesgo Profesional y quiere acceder concurrentemente a una pensión de jubilación, siendo que el mismo tiene 55 años de edad.

Revisemos, en primer término la entonces vigente Ley de Pensiones No. 1732 de 29 de noviembre de 1996, que en su artículo 7 en su primera parte determina:

"*La prestación de jubilación se pagará al Afiliado,* ***independientemente de la edad****, cuando tenga en su Cuenta individual un monto que permita el financiamiento de una Pensión* ***igual o superior al setenta por ciento (70%)*** *de su Salario Base y de la prestación por muerte para sus Derechohabientes…*" (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo el artículo 10 de la citada Ley de Pensiones (hoy abrogada por la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010) en su parte pertinente señala:

"*…La prestación de invalidez por riesgo profesional se paga hasta la emisión de una calificación que suspenda la declaración de invalidez o hasta que el Afiliado cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años. Desde esta edad, el Afiliado recibirá la prestación de jubilación…*"

El artículo 19, del Decreto Supremo N° 29423 de 16 enero de 2008, establece en sus Parágrafos II y III:

"*…II. Los afiliados que hubiesen efectuado ciento ochenta (180) aportes o más en el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, en el Sistema de Reparto o ambos, tengan cumplidos sesenta (60) años de edad o más y se determine que el monto de su Pensión Referencial de Jubilación es mayor al monto de la Pensión Mínima y menor al setenta por ciento (70%) de su Salario Base, podrán acceder a una Pensión de Jubilación con los recursos provenientes de la Cuenta Individual y de la Compensación de Cotizaciones cuando corresponda.*

La Administradora de Fondos de Pensiones ***deberá verificar el monto que se obtenga por una Pensión por Riesgo Común o Riesgo Profesional****, en caso de existir este derecho.* ***Si la Pensión por Riesgo Común o Riesgo Profesional fuera mayor a la Pensión Referencial de Jubilación, deberá acceder a la Pensión por Riesgo Común o Riesgo Profesional que le corresponda.***

III. El afiliado con Pensión de Invalidez, que tenga sesenta (60) años cumplidos o más y cumpla con los requisitos para la Pensión de Jubilación podrá solicitar la suspensión definitiva del pago de la Pensión por Invalidez a objeto de acceder a una Pensión de Jubilación, siempre y cuando el monto de la Pensión de Jubilación sea mayor a la Pensión de Invalidez.

…El Afiliado con Pensión de Invalidez, que tenga sesenta (60) años cumplidos o más y cumpla con los requisitos para la Pensión de Jubilación ***podrá solicitar la suspensión definitiva del pago de la Pensión por Invalidez a objeto acceder a una Pensión de Jubilación****, siempre y cuando el monto de la Pensión de Jubilación sea mayor al de la Pensión de Invalidez…*"
(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Congruentemente con lo anotado, se colige de manera inequívoca, que la Administradora de Fondos de Pensiones debe otorgar la pensión mayor entre la pensión de jubilación y la

pensión de invalidez, no permitiendo la concurrencia de pensiones, debido a que como señala el entonces vigente artículo 10 de la Ley de Pensiones, la pensión de jubilación se otorga una vez finalizada la vigencia de la pensión de invalidez, no existiendo artículo en dicha ley que permita pagos de pensión (invalidez y jubilación) de manera concurrente, sino por el contrario, como se señaló una después de la otra. Siguiendo la misma línea jurídica de determinación el artículo 19 del Decreto Supremo No. 29423 es aún más preciso, donde de manera taxativa determina, que la AFP debe otorgar a tiempo del acceso a la jubilación, la pensión mayor entre la originada por Riesgo Profesional o Jubilación, no permitiendo una vez más la concurrencia de pensiones.

Por lo tanto, queda claro que en el caso de autos, no puede considerarse un caso específico o subjetivo adicional, ya que no existe un vacío legal, sino la contundencia de la inexistencia de que el Afiliado pueda recibir dos pensiones a la vez, debiendo suspender definitivamente una de ellas (la menor), por lo tanto la norma jurídica debe ser aplicada a cabalidad al ser de interés público y de cumplimiento general obligatorio.

De la misma manera, cuando el señor Valentín Ibáñez Mamani se ampara en lo dispuesto en la página 31 del "Manual de Procedimientos, Orientación y Tramitación ante las AFP's", emitido por el Ejército que a la letra dice: "*El Afiliado (miembro de las FF.AA.) puede jubilarse en el Nuevo Sistema de Pensiones,* ***independientemente de su edad****, cuando cumpla 35 años de Servicio",* está en absoluta concordancia con el artículo 7 de la Ley de Pensiones Nº 1732, que dispone que la prestación de jubilación se pagará al Afiliado, **independientemente de la edad.**

Todo el marco legal y normativo citado precedentemente guarda intima relación y establece de manera categórica que la **edad** no es impedimento para que un Afiliado pueda acceder a la pensión de jubilación, siendo que el único requisito para ello es que tenga en su Cuenta Individual un monto que permita el financiamiento de una **Pensión igual o superior al setenta por ciento (70%)** de su Salario Base, así como financie la pensión por muerte para sus Derechohabientes.

En el caso de autos, también debe revisarse el artículo 11 del Decreto Supremo Nº 24668 de 21 de junio de 1997, el que a la letra señala (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica):

> "…*ARTÍCULO 11º. MEJORAMIENTO DE LA RENTA. Los oficiales, suboficiales, sargentos de armas y servicios y personal civil que a la fecha de promulgación del presente Decreto Supremo prestan sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional, Ejército, Fuerza Aérea y Fuerza Naval que estuviesen adscritos a la Corporación del Seguro Social Militar (COSSMIL) a esa fecha, cuando se acojan a la jubilación en el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo de conformidad al artículo séptimo de la Ley de Pensiones y sus normas reglamentarias, tendrán derecho al mejoramiento de renta proveniente de la Cuenta Colectiva siempre que a la fecha de solicitud de este beneficio hubiesen cumplido al menos treinta y cinco (35) años de servicio en las instituciones mencionadas y los recursos acumulados en cada una de las cuentas individuales correspondientes, sumado a la Compensación de Cotizaciones del*

Sistema de Reparto, no sean suficientes ***para obtener una pensión de jubilación del cien por ciento (100%) de su Salario Base****, conforme a la definición de la Ley de Pensiones, incluyendo las prestaciones por muerte que correspondan a sus derechohabientes…*"

Asimismo, debemos transcribir el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 25620 de 17 de diciembre de 1999, que señala:

"…***El Tesoro General de la Nación asume la obligación de pagar a los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación, en forma mensual, la diferencia entre la pensión contratada, de acuerdo a las modalidades establecidas en la Ley de Pensiones con el Capital Acumulado en su Cuenta Individual y el cien por ciento (100%) de su salario base*** *y al fallecimiento del Afiliado para sus Derechohabientes en las proporciones que corresponda según los reglamentos de la Ley de Pensiones, siempre que el Afiliado hubiera cumplido al menos treinta y cinco (35) años de servicio continuo…*"

Beneficios estos, que les son especiales en cuanto benefician únicamente a los miembros de las Fuerzas Armadas, al cual pertenece el Afiliado recurrente, y que no alcanzan a la mayoría del universo de beneficiarios del Seguro Social Obligatorio a largo plazo, bastando para ello remitirse a la disposición del artículo 7º de la Ley de Pensiones Nº 1732, transcrito líneas arriba.

Por otra parte y conforme a la normativa señalada, fundamentalmente al artículo 19, del Decreto Supremo Nº 29423 de 16 enero de 2008, el recurrente señor Valentín Ibáñez Mamani, al constituirse al presente en beneficiario de la pensión de invalidez, para poder acceder a la pensión de jubilación, como es su pretensión, necesariamente debía dejar de percibir la pensión menor es decir la de invalidez**,** requisito *sine qua non*, imprescindible y esencial para que pueda acceder a la pensión de jubilación, toda vez que la Ley es clara al respecto, y que se fundamenta en el valor de la **igualdad,** consagrado en el parágrafo II del artículo 8 de la Constitución Política del Estado, y entendida como la correspondencia, armonía y proporción entre los elementos integrantes de un todo, en el que no debe existir privilegio, favor o preferencia. La igualdad hace referencia a un trato uniforme en situaciones similares.

Asimismo y no menos trascedente es que la normativa especial para el sector de las Fuerzas Armadas, no establece un procedimiento distinto, por lo que la aplicación de la Ley es obligatoria, bajo el principio de la igualdad.

Consecuentemente a ello, debe precisarse que el verdadero alcance del derecho fundamental a la igualdad consiste, no en la exactitud matemática de las disposiciones que se apliquen a unas y otras personas, sino en la adecuada correspondencia entre las situaciones jurídicas objeto de regulación o gobierno y los ordenamientos que se hacen exigibles a ellas. La igualdad se rompe cuando, sin motivo válido -fundado en razones objetivas, razonables y justas-, el Estado otorga preferencias o establece discriminaciones entre los asociados, si éstos se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico.

En este entendido, se hace inviable la pretensión del señor Valentín Ibáñez Mamani, porque se le estaría privilegiando de dos derechos que la entonces Ley de Pensiones, no le otorgaba y en consecuencia se estaría atentando contra el derecho de igualdad de los beneficiarios que se encuentran en similares circunstancias.

El recurrente es enfático al señalar el carácter facultativo de la palabra "**podrá**" que sale del artículo 19, numeral III, del Decreto Supremo Nº 29423, entonces **quedaría a su entender**, librado a su propia voluntad el beneficiarse de ambas pensiones o de la que le más le conviniera; empero cabe señalar que si bien el término "podrá" implica algo facultativo, esta facultad dentro los alcances del mencionado artículo 19 está referida **únicamente a su posibilidad facultativa de elegir entre una de las dos pensiones**, (la que más le sea beneficiosa) y no así para que elija acceder a las dos pensiones a la vez, tal como lo establece el referido artículo:

> "…*El Afiliado*… ***podrá*** *solicitar la suspensión definitiva del pago de la Pensión por Invalidez a objeto de acceder a una Pensión de Jubilación, siempre y cuando el monto de la Pensión de Jubilación sea mayor al de la Pensión de Invalidez*…"

Por otra parte, el recurrente, hace mención al artículo 123 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas de 30 de diciembre de 1992, el cual determina que: "*El Estado reconoce en favor del personal militar asegurado de las Fuerzas Armadas y sus beneficiarios, los derechos correspondientes a la Seguridad Social Integral*…"

Al respecto la Constitución Política del Estado en su artículo 45 parágrafos II y III establece: "… *II. La Seguridad Social se presta bajo los principios de universalidad,* ***integralidad****, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. III. "El régimen de seguridad social cubre atención por enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas; maternidad y paternidad; riesgos profesionales, laborales y riesgos por labores de campo; discapacidad y necesidades especiales; desempleo y pérdida de empleo; orfandad, invalidez, viudez, vejez y muerte; vivienda, asignaciones familiares y otras* ***previsiones sociales***…"

Bajo estos parámetros legales, la **Seguridad Social Integral**, se puede definir como, el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Consecuentemente y realizando una interpretación correcta de la normativa legal citada precedentemente, se tiene que el término "**integral**", se utiliza cuando se quiere dar una idea de totalidad o globalidad alrededor de una determinada cuestión, en el presente caso se está haciendo referencia a todos los beneficios que otorga el Estado, a los que tienen derecho todos los trabajadores y su grupo familiar, cuando cumplen las condiciones legales exigidas para acceder a los mismos, en un determinado tiempo de necesidad, el acceso a

cada uno de los beneficios es progresivo, por etapas y según el estado de necesidad que se presente, es imposible que se pueda recibir todos los beneficios a la vez, éstos están **previstos** solo para las contingencias sociales.

Consecuentemente, los extremos aseverados por el recurrente, no permiten a esta instancia jerárquica considerarlos, al existir normativa expresa y de cumplimiento obligatoria a la que se debe ajustar.

Por otro lado el recurrente en la audiencia de exposición oral de fundamentos del recurso jerárquico, hace alusión y se ampara categóricamente en la nueva Ley de Pensiones Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, misma que en su artículo 58 establece la Concurrencia de las dos pensiones, la de invalidez y la de vejez simultáneamente, que se constituye en uno más de los fundamentos del cambio del nuevo Estado Plurinacional, sin embargo cabe aclarar que el artículo 123 de la Constitución Política del Estado señala: "*La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución.*", por tanto y dado que la pretensión del recurrente de acceder a las dos pensiones simultáneamente, ha sido presentada con anterioridad a la promulgación de la referida ley, no corresponde la aplicación de la misma, porque en materia de seguridad social no se aplica la retroactividad, es decir, no surte efectos en cuanto a los hechos anteriores a su promulgación, salvo expresa determinación en contrario, la cual aún no ha sido emitida.

En dicho sentido, y conforme prevé el artículo 2 del Decreto supremo No. 822 de 16 de marzo de 2011, determina en su inciso c) que la concurrencia de pensiones conforme a la Ley No. 065 de Pensiones, aplica (previo cumplimiento de requisitos) para los Asegurados con solicitudes suscritas a partir de la fecha de publicación de la Ley No. 065 de Pensiones o para Asegurados con pensiones en curso de pago generadas en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo - SSO cuando accedan a una nueva pensión en el Sistema Integral de Pensiones - SIP.

En este entendido, se concluye que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en su Resolución confirmatoria, ha fundamentado legalmente su disposición de rechazo sobre la posibilidad de percibir dos pensiones a la vez, la pensión de invalidez y la pensión de jubilación.

2. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE Bs990,89 (NOVECIENTOS NOVENTA 89/100 BOLIVIANOS) DESCONTADOS POR CONCEPTO DE "SEGURO DE SALUD".-

Con relación a la pretensión del recurrente de que se le devuelva el monto de Bs. 990,89, que se le descontó por concepto de "seguro de salud", el mismo propugna el cuadro de fojas 56 que fuera presentado por el tercero interesado dentro del Recurso de Revocatoria (Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones), en el que se detalla el total

del descuento para el EGS (COSSMIL) de **Bs. 573,25**, solicitando el recurrente se le devuelva dicho monto por considerar que se le descontó indebidamente.

A este respecto, la norma que regula dicho descuento es la **Circular SPVS-IP-DB 066/2001** de 22 de junio de 2001, la cual establece que un afiliado dependiente que perciba una Pensión de Invalidez, debe solicitar a la AFP de forma **semestral** no se le practique dicho descuento de la pensión correspondiente como porcentaje para el seguro de salud.

La nota AP/DPC/3050/2010 de 20 de octubre de 2010, la que diera origen al presente proceso impugnativo y también ofrecida como prueba por el recurrente, señala:

> "…*Respecto a los descuentos por seguro de salud, la Circular SPVS-IP-DB 066/2001 de 22 de junio de 2001 establece que un Afiliado dependiente que perciba una pensión de Invalidez debe solicitar a la AFP de forma semestral que no se le descuente de dicha pensión, el porcentaje para el seguro de salud.*
>
> *De la documentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante notas FUT AP BEN 1500/2010 y FUT AP BEN 1632/2010 de fechas 09 y 27 de septiembre de 2010 respectivamente, se observa que usted presentó la documentación respectiva a la AFP en fecha 11 de enero de 2010 para que no se realice el descuento para el seguro de salud. A partir de ese mes, la AFP suspendió el descuento hasta el mes de junio de 2010. En el mes de julio se volvió a realizar el descuento en virtud a que usted no presentó su solicitud como lo estipula la mencionada circular.*
>
> *Posteriormente, en fecha 13 de agosto de 2010 usted vuelve a presentar una solicitud de no descuento para el seguro de salud a la AFP, por lo que a partir de ese mes la AFP no realizará ningún descuento durante los seis (6) meses siguientes...*"

De los extremos expuestos se tiene que evidentemente en fecha 11 de enero de 2010, el señor Valentín Ibáñez Mamani, solicitó que no se realice el descuento para el seguro de salud a la AFP, toda vez que su persona cuenta con el seguro de COSSMIL, por lo que la AFP suspendió el descuento de enero a junio del año 2010, sin embargo a partir del mes de julio/2010 la AFP volvió a realizar el descuento por servicio de salud, debido a que el ahora recurrente no presentó su solicitud de no-descuento para el siguiente semestre, aspecto que es de su entera responsabilidad, toda vez que tenía pleno conocimiento de los futuros descuentos por dicho concepto, teniendo la obligación determinada en norma regulatoria expresa, de volver a solicitar para evitar el descuento en el siguiente semestre.

Por otro lado el recurrente, al interponer su recurso sobre el tema en particular, no aclara ni justifica el motivo por el cual, una vez vencido el semestre, no volvió a solicitar a la AFP que no se descuente de su pensión de invalidez el porcentaje para el seguro de salud, sabiendo que debía hacerlo, toda vez que a principio de año lo hizo como corresponde. Esta actitud demuestra una absoluta falta de diligencia en sus deberes como afiliado, repercutiendo en el descuento correspondiente.

Consecuentemente a lo expresado, el artículo 19 (*Otros Actos Administrativos*) del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es claro al determinar qué:

> "…*Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas,* ***obligaran a los regulados*** *cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación*…"

Por lo que, al ser las normas de cumplimiento obligatorio, deben ser cumplidas con la mayor diligencia y más aún cuando existe evidencia de que el Afiliado ya aplicó la misma.

En este sentido, se tiene que el señor Valentín Ibáñez Mamani, habiendo solicitado en fecha 11 de enero de 2010, que no se realice el descuento para el seguro de salud a la AFP, ya tenía conocimiento de la mencionada Circular emitida por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por lo que se evidencia que al no solicitar el no descuento por concepto de seguro de salud, el mismo debía ser aplicado, en consecuencia corresponde el rechazo que el Organismo Fiscalizador realizó a la pretensión del recurrente sobre devolución del monto propugnado.

Es así que se concluye, que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en su Resolución confirmatoria, ha fundamentado legalmente su disposición de rechazo a la devolución de de Bs. 573,25.-, descontados por concepto de seguro de salud, conforme a la normativa señalada precedentemente, mismas que han sido incumplidas por el recurrente.

Bajo estos términos, se tiene que los argumentos presentados por el recurrente no son legal ni legítimamente sustentables para respaldar ninguna de sus pretensiones.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, y el artículo 61 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá CONFIRMAR con alcance total la Resolución Impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 283 - 2010 de 26 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución

Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 263 - 2010 de 29 de octubre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DF/Nº 275-2010 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 015/2011 DE 11 DE ABRIL DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 015/2011

La Paz, 11 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (BBVA Previsión AFP S.A.),** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 275-2010 de 18 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N°188-2010 de 23 de agosto de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 028/2011 de 25 de marzo de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 3 de diciembre de 2010, **BBVA Previsión AFP S.A.,** legalmente representada por su Gerente de Finanzas y Soporte Negocios Marioly Aguilera Rosado tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 627/2008 de 24 de noviembre del 2008,

otorgado ante Notaría de Fe Pública del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/ DF/Nº 275-2010 de 18 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DP/Nº188-2010 de 23 de agosto de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 10 de diciembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por BBVA Previsión AFP S.A.

CONSIDERANDO:

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

1.-RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº188-2010 DE 23 DE AGOSTO DE 2010.

Que mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº188-2010 de 23 de agosto de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el Cargo Nº 1, con una multa en bolivianos equivalente a $us2.000 (DOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 00/100) por incumplimiento del plazo fijado por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2009.*
>
> ***SEGUNDO.- I****. La multa señalada precedentemente deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT Nº 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***II.*** *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo, en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 6 de octubre de 2010 por **BBVA Previsión AFP S.A.,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DP/Nº 188-2010 de 23 de agosto de 2010 con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/Nº 275-2010 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 275-2010 de 18 de noviembre de 2010 se

confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 188-2010 de 23 de agosto de de 2010 bajo los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado, cabe emitir el pronunciamiento siguiente.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP sancionó al regulado al establecer que ha incumplido el plazo fijado por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008, y del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2009.

Que para dar inicio al presente análisis, es importante hacer referencia a lo que establece el artículo 15 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, el cual determina lo siguiente:

"v. El Servicio Nacional del Sistema de Reparto, Corporación del Seguro Social Militar, las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras según corresponda, deberán efectuar las conciliaciones respectivas por los pagos efectuados de la Renta Dignidad. Las conciliaciones se realizaran trimestralmente y comprenderán los montos solicitados, desembolsados y pagados por cada registro.

vi. El Servicio Nacional del Sistema de Reparto, la Corporación del Seguro Social Militar, las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras.

e) Trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de consolidar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido de acuerdo a cronograma a ser establecido por la Entidad encargada de la Regulación" (el subrayado es nuestro).

Que en función a la disposición descrita anteriormente, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) en su facultad de regulación, determinó incluir en el artículo 24 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, lo siguiente:

"El SENASIR, COSSMIL, AFP y EA trimestralmente remitirán a la Entidad Gestora información y documentación a efectos de conciliar los montos desembolsados y efectivamente pagados. El proceso de conciliación deberá estar concluido en un plazo máximo de 20 días hábiles administrativos.

Para cada gestión calendario, deberán cumplir con el cronograma siguiente:

PERIODO PAGADO	***MES DE PAGO***	***FECHA LÍMITE PARA CONCILIACIÓN***

ENERO	*FEBRERO*	*30/Mayo*
FEBRERO	*MARZO*	
MARZO	*ABRIL*	
ABRIL	*MAYO*	*31/Agosto*
MAYO	*JUNIO*	
JUNIO	*JULIO*	
JULIO	*AGOSTO*	*30/Noviembre*
AGOSTO	*SEPTIEMBRE*	
SEPTIEMBRE	*OCTUBRE*	
OCTUBRE	*NOVIEMBRE*	*28/Febrero*
NOVIEMBRE	*DICIEMBRE*	
DICIEMBRE	*ENERO*	
ENERO	*FEBRERO*	*30/Mayo*
FEBRERO	*MARZO*	
MARZO	*ABRIL*	

Una vez concluida esta conciliación, la Entidad Gestora deberá remitir un informe a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. Este informe deberá incluir necesariamente el Acta de Conciliación firmado por las partes. "

Que así vistos los antecedentes normativos, se establece que la normativa apunta al cumplimiento de determinadas tareas dentro de plazos y procedimientos que debieron haber sido considerados por el regulado.

Que en el presente caso, se advierte que las postergaciones de plazo inicialmente establecido, (para el 10 de septiembre de 2009 conforme Circular AP/DF/4 - 2009), fueron determinadas en función a las solicitudes presentadas por ambas AFP, lo que da entender que el Ente Regulador habría atendido los requerimientos planteados por el regulado de manera prudente y oportuna.

Que asimismo, se debe considerar que la nota PREV INV 1601/2009, en la que la AFP solicita la intermediación de esta Autoridad ante las EPI SENASIR y COSSMIL, a efecto de que estas proporcionen la información que permita efectuar las conciliaciones pertinentes entre las mencionadas entidades, fue remitida a esta Autoridad el 06 de mayo de 2009, con posterioridad a los plazos en los que las entidades debían realizar las conciliaciones trimestrales. Por tanto, este hecho denota descuido por parte de la AFP, al no solicitar la mediación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, cuando inicialmente las EPI no proporcionaron la información relativa a los pagos efectivizados.

Que en ese entendido, si bien la demora en la presentación de los Estados Financieros auditados del FRUV se habría generado por la ***demora*** *en la remisión de la información para la conciliación de pagos a través de las EPI, SENASIR y COSSMIL; sin embargo, la AFP*

descuidó este aspecto para dar estricto cumplimiento a los plazos establecidos en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, el artículo 24 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, y en lo particular a la norma imputada, situación comprobada además cuando el mismo regulado en su recurso acepta haber contravenido la infracción.

Que por otra parte, de acuerdo a la nota PREV-INV-159/2010, de 12 de febrero de 2010, la AFP señala: "Informamos a ustedes, la imposibilidad de remitir el informe de Renta Dignidad, debido a que nos encontramos trabajando en la etapa final de la revisión del mencionado informe, han surgido discrepancias de criterio con el auditor externo, que nos (sic) ocasionado que debamos presentar información adicional, para aclarar las mismas...Solicitamos por favor nos permitan la entrega en fecha 18 de febrero de 2010". De lo afirmado por la AFP anteriormente, se observa que en caso de presentarse discrepancias a los datos incluidos en las conciliaciones con las EPI, la AFP no cuenta con información adicional a objeto de levantar dichas observaciones ya que los datos contenidos en las mencionadas Actas, únicamente podía relacionarse a información emitida y de única responsabilidad de la propia AFP.

Que con respecto a que el incumplimiento fue por factores ajenos a la voluntad de la AFP; es importante recordar al regulado la obligación señalada por norma, como representante de los Fondos y los Beneficiarios, de conducirse debidamente en las actividades relativas a la administración del FRUV el cual estuvo a su cargo, por tal razón, no era óbice para el regulado el pedir a esta Autoridad la ampliación necesaria exponiendo los motivos que ahora recién señala en su recurso, para dar cumplimiento estricto a la norma.

Que finalmente, queda claro que la norma imputada que amplió el plazo hasta el 12 de febrero de 2010 como fecha máxima, en ningún momento fue observada por el regulado, por lo que su cumplimiento era obligatorio.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A188-2010. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución (…)"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 03 de diciembre de 2010, **BBVA Previsión AFP S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/ DF/N 275-2010 de 18 de noviembre de 2010 argumentando lo siguiente:

"I.- ANTECEDENTES:

Notificación con la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/ N° 275-2010 de 03 de Noviembre de 2010.

El 19 de noviembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, notificó a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. con la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/ N° 275-2010 emitida el 18 de noviembre de 2010". Acto administrativo a través del que resuelve:

"Confirmar totalmente la Resolución Administrativa/AP/DJ N° 188-2010 de 23 de agosto de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones".

II. INTERPOSICIÓN DE RECURSO JERÁRQUICO CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/AP/DP/DF/N° 275-2010 "CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/AP/DJ/N° 188-2010" EMITIDA EL 18 DE NOVIEMBRE DE 2010.

Con la facultad conferida por el artículo 52 y siguientes del Reglamento para de la Ley 2341 para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 53 y con sujeción al numeral III del artículo 36 del Decreto Supremo 27113 de 23 de julio de 2003 y demás normas legales que rigen la materia, interpone ***RECURSO JERÁRQUICO*** *contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 275-2010 de 18 de noviembre de 2010, en mérito a los fundamentos de hecho y derecho que expone y solicita a su autoridad se sirva admitir el Recurso Jerárquico presentado y emitir Resolución revocando totalmente la Resolución Administrativa citada por afectar a los derechos subjetivos e intereses legítimos de BBVA Previsión AFP S.A.*

III.- EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS Y DE FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO CONTRA LA CONFIRMACIÓN DE RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

1. Observación Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP)

"Que en nuestra nota PREV INV 1601/2009, en la que la AFP solicita la intermediación de esta autoridad ante la EPI, SENASIR y COSSMIL, a efecto de que estas proporcionen la información que permitan efectuar las conciliaciones pertinentes entre las mencionadas entidades, fue remitida a esta Autoridad el 06 de mayo de 2009, con posterioridad a los plazos en los que las entidades deberían realizar las conciliaciones trimestrales. Por tanto este hecho denota descuido por parte de la AFP, al no solicitar la mediación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de

Pensiones - AP, cuando inicialmente las EPI no proporcionaron la información relativa a los pagos efectivizados.

Que en este entendido, si bien la demora de los Estados Financieros auditados del FRUV se habría generado por la demora en la remisión de la información para la conciliación de pagos a través de las EPIS, SENASIR y COSSMIL; sin embargo la AFP descuidó este aspecto para dar estricto cumplimiento a los plazos establecidos en el Artículo 15 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007..."

Respuesta AFP

Manifestamos a su autoridad que fue de conocimiento oportuno de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el incumplimiento de las conciliaciones de pagos por parte de las EPIS, COSSMIL y SENASIR. Los retrasos del envió de los archivos por parte de la citadas entidades se comunicó a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con varias notas explicativas, y para demostrar ello citamos la nota PREV PR 6768-08 de fecha 01 de julio de 2008 (fecha para el cual nos encontrábamos vigentes como entidad gestora), en la que exponemos sobre las conciliaciones pendientes lo siguiente:

"El 26 de mayo de 2008, en instalaciones de BBVA Previsión AFP, se convocó a una reunión con la participación de las EPIS, EG y SPVS (el subrayado es nuestro)(sic) a fin de definir algunos aspectos sobre la conciliación del primer trimestre de 2008, en la que en uno de los puntos el SENASIR y COSSMIL explicaron la imposibilidad de remitir información debido a su relación con el Tesoro General de la Nación y que enviaran nota a la SPVS dando a conocer una propuesta de cronograma para realizar la conciliación respectiva. En este sentido no se efectuó el proceso de conciliación para estas dos instituciones.

De lo informado adjuntamos copias de las notas y actas dirigidas a cada una de las Entidades Proveedoras de Información (EPI) para su firma correspondiente y dar conformidad al Acta Enviada".

Esta Administradora de Fondos de Pensiones solicitó la intermediación de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para culminar las conciliaciones por nuestra diligencia de buenos padres de familia y porque es nuestro regulador, y no porque no se hubieran efectuado las gestiones, ya que estas EPIS no realizaban las gestiones para culminar las conciliaciones a pesar de nuestros reclamos comunicados a su entidad respectivamente.

2. Observación Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP)

"…de acuerdo a nota PREV INV-159/2010, de 12 de febrero de 2010, la AFP señala: informamos a ustedes la imposibilidad de remitir el informe de Renta Dignidad, debido a que nos encontramos trabajando en la etapa final de la revisión del mencionado informe, han surgido discrepancias de criterio con el auditor externo, que nos (sic)ocasionado que debamos presentar información adicional, para aclarar las mismas... solicitamos por favor nos permitan la entrega en fecha 18 de febrero de

2010". De lo informado por la AFP anteriormente, se observa que en caso de presentarse discrepancias a los datos incluidos en las conciliaciones con las EPIS, la AFP no cuenta con información adicional a objeto de levantar dichas observaciones ya que los datos contenidos en las mencionadas actas, únicamente podía relacionarse a información emitida y de única responsabilidad de la propia AFP".

Respuesta AFP

Ante lo expuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, esta AFP reitera una vez más que, el incumplimiento del plazo establecido en la circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, no ha sido por negligencia de nuestra AFP como Ente Gestor, sino, porque nos encontrábamos trabajando en las conciliaciones de nuestro (sic) con las EPIS, COSSMIL y SENASIR, adicionalmente a las conclusiones de las mismas, teníamos que trabajar nuevamente con nuestros auditores externos para que analicen los cambios o avances que se iban suscitando en las conciliaciones de estas EPIS o en todo caso se notaba una mejora en la opinión de estos hasta llegar a una opinión favorable.

Nuestra administradora realizó cuanto(sic) gestión fue necesaria para que nos envíen los archivos de las estructuras de pagos tanto por COSSMIL y SENASIR, y se vio imposibilitada de culminar las gestiones con estas entidades dentro del plazo establecido, lo que impedía el cierre de nuestros estados financieros dentro de la fecha fijada; como también impedía que los mismos tengan una buena ponderación ante nuestros auditores externos, ya que estas EPIS consideraban desembolsos otorgados desde fecha febrero de 2008 a enero de 2009 que ascendían a totales para COSSMIL y SENASIR Bs. 101.863.550 (Ciento un millones ochocientos sesenta y tres mil quinientos cincuenta 00/100 Bolivianos) por lo cual no se llegaría a una buena ponderación de la firma auditora.

IV.- PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N°. AP/DJ/DF/ N° 275-2010 de 18 de noviembre de 2010, que CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/AP/DJ/N° 188-2010" DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2010,*** *en aplicación del artículo 43 inciso b) del reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar los derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por la ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. (…)"*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo

de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Mediante Resolución Administrativa/AP/DJ/N° 188-2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A., por incumplimiento del plazo fijado por la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010, para la presentación de los Estados Financieros auditados del Fondo de Renta Universal de Vejez y Gastos Funerales de la gestión 2008 y del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2009.

Que en Recurso de Revocatoria BBVA Previsión AFP S.A refiere que esta no habría podido dar cumplimento a la Circular AP/DF/2-2010 de 26 de enero de 2010 debido a factores externos no atribuibles al recurrente como ser que las EPIS, COSSMIL y SENASIR, no les remitía la documentación referida a las estructuras de pago en forma mensual, por lo que se vio imposibilitada de culminar las gestiones con estas entidades dentro del plazo establecido, situación que a su vez impediría el cierre de los estados financieros dentro de la fecha fijadas.
De la revisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 275-2010, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha valorado la prueba presentada BBVA Previsión AFP S.A limitándose a señalar en cuanto a la Imposibilidad del cumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. lo siguiente:

> *"Que con respecto a que el incumplimiento fue por factores ajenos a la voluntad de la AFP; es importante recordar al regulado la obligación señalada por norma, como representante de los Fondos y los Beneficiarios, de conducirse debidamente en las actividades relativas a la administración del FRUV el cual estuvo a su cargo, por tal razón, no era óbice para el regulado el pedir a esta Autoridad la ampliación necesaria exponiendo los motivos que ahora recién señala en su recurso, para dar cumplimiento estricto a la norma..."*

De lo transcrito se tiene que lo expuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no reviste el mayor análisis y refiere la obligación por parte del recurrente de cumplir la norma y que a su vez éste debería haber solicitado la ampliación del plazo.

Que a su vez dentro del Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A. expresa que las notas enviadas a la Autoridad de Fiscalización Control Social de Pensiones fue justamente para pedir prórrogas.

Sin embargo la Resolución Administrativa/AP/DJ/188-2010 de 23 de agosto de 2010 sancionatoria, expresa que: "*la correspondencia remitida en diferentes fechas, demuestra el incumplimiento reiterado de los plazos fijados por la Dirección de Fiscalización de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP en las Circulares AP/DF/4/2009*

*de 24 de junio de 2009, AP/DF/16/2009 de 18 de agosto de 2009, AP/DF/23/2009 de 02 de octubre de 2009, AP/DF/25/2009 de 21 de diciembre de 2009 y AP/DF/2/2010 de 26"(*sic).

Que en el mismo sentido y de la revisión del expediente administrativo cursan las notas SENASIR USIS 0109/2010 de 29 de enero de 2010, nota PREV-INV 133/2010 de 10 de febrero de 2010, nota cite SENASIR U SIS 0154/2010 de 11 de febrero de 2010, nota PREV PR 11035 de 26 de noviembre de 2009, nota DGS-URN Nº 044/10 de 15 de enero de 2010, nota PREV-INV 065/2010 DE 25 de enero de 2010, nota PREV-INV 066/2010 de fecha 25 de enero de 2010, nota de 8 de febrero de 2010, nota DGS-URN Nº 128/2010 de 11 de febrero de 2010, nota PREV-INV 139/2010 de 10 de febrero de 2010 y nota PREV–INV 197/2010 de 19 de febrero de 2010.

Las citadas notas up supra, fueron presentadas como descargos por parte de BBVA Previsión AFP S.A. y no fueron objeto de ninguna valoración por parte de la Autoridad de Fiscalización Control Social de Pensiones en sus Resoluciones Administrativas/AP/DJ/188-2010 de 23 de agosto de 2010 (sancionatoria) ni por la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 275-2010 que resuelve el recurso de revocatoria, cuando el recurrente alega imposibilidad material como uno de sus fundamentos.

En este sentido se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de emitir las citadas resoluciones no ha hecho un análisis legal jurídico del presente caso, así como no ha hecho un análisis de la prueba presentada por el recurrente, por lo que en el presente caso se ha vulnerado el derecho a la defensa y el derecho del debido proceso del recurrente.

Que consecuentemente el artículo 29 parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que:

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

Que respecto a la valoración de la prueba William Duran Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales refiere "…*el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana critica; de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene*…"

Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

> *"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta*

las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y.

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando resuelvan recursos administrativos.

Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 a señalado:

"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda.

Ahora bien complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció

"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final "

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"

Que al respecto el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010- Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso.

"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un

proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, ***libre apreciación de la prueba****; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas son nuestras).*

En similar sentido se ha pronunciado la reciente jurisprudencia de este Tribunal reciente en las SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras.

En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.II de la CPE forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115.II de la misma norma; al mismo tiempo, a nivel constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPE abrg, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.I de la CPE que dispone: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso…".

En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra si mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; ***derecho a la congruencia entre acusación y condena;*** *la garantía del non bis in idem; derecho a la* ***valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones***

(SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

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

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso (…)"

En cuanto al derecho a la defensa,

En ese sentido, la jurisprudencia contenida en la SC 1534/2003-R definió al derecho a la defensa como "...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio ***presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo,*** *haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente…"; jurisprudencia que ha sido reiterada en la SSCC 0183/2010-R, 02817/2010-R, entre otras (....)"*

De lo expuesto se tiene que en el presente caso la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar las Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 275-2010 de 18 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº188-2010 de 23 de agosto de 2010, ha omitido una parte esencial del acto cual es la motivación por cuanto las Resolución antes referida no tiene el sustento legal adecuado, actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente ya que los descargos presentados por este no fueron considerados dentro del Proceso sancionatorio.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha omitido hacer la valoración de la prueba omitiendo pronunciarse sobre la documentación aportada por el recurrente vulnerando así el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico; siendo el defecto de forma una de estas causales, al carecer de requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

Que, asimismo y no menos importante, es que éste Ministerio, no puede entrar al análisis de fondo, debido a que en el presente caso existe una violación al debido proceso por lo que el presente proceso debe anularse.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 188-2010 de 23 de agosto de 2010 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse

nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/Nº 278-2010 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 016/2011 DE 13 DE ABRIL DE 2011

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2011

La Paz, 13 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 278-2010 de fecha 23 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa/AP/DJ/DPC/Nº 242-2010 de fecha 11 de octubre de 2010, la que consignó en Resolución Administrativa la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, todas ellas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº29/2011 de 6 DE abril de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 9 de diciembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** representada legalmente por su Gerente de Finanzas y Soporte Negocios Marioly Aguilera Rosado, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 627/2008 otorgado en

fecha 24 de noviembre de 2008 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana M. Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 278-2010 de 23 de noviembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 242-2010 de 11 de octubre de 2010, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/3586/2010 con fecha de recepción 15 de diciembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 278-2010 de 23 de noviembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 242-2010 de 11 de octubre de 2010; Recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 17 de diciembre de 2010, notificado en fecha 24 de diciembre de 2010.

Que, en consideración al memorial presentado por la recurrente en fecha 31 de enero de 2011 y al poder notariado Nº 610/2007, otorgado en fecha 22 de junio de 2007 por ante notaria Juan Mery Ortíz Romero, se tiene por apersonado al señor Milan Grover Rosales Vera en nombre y representación de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, y se señala Audiencia para la exposición oral de fundamentos, para el día viernes 11 de febrero de 2011, a horas 10:30 a.m., extremos que constan en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 022/2011 de fecha 3 de febrero de 2011.

Que, en fecha 11 de febrero de 2011, a horas 10:30 a.m., se recibió la exposición oral de fundamentos de la recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en la persona de su Asesor Legal, abogado Juan Gerardo Arce Lema, y en la que también estuvo presente su Jefe de Oficina, señor Rubén Rosso Flores.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA AP/DJ/2717/2010 DE FECHA 20 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Por nota AP/DJ/2717/2010 de fecha 20 de septiembre de 2010, dirigida al Gerente General de BBVA PREVISIÓN AFP S.A., el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones le expresa lo siguiente:

> "… *Mediante la presente comunico a usted que, una vez evaluada la nota* (sic) *referencia y documentación adjunta, esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP advierte que la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), si bien remite la información requerida para realizar el seguimiento a los Procesos Ejecutivos Sociales instaurados por el*

regulado contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A. (LAB S.A.); sin embargo, es importante señalar que existen otros Procesos Sociales no iniciados por la AFP contra el LAB S.A., en los cuales se tienen bienes hipotecados para remate.

En ese entendido, BBVA Previsión AFP S.A. se encuentra en la obligación de realizar el seguimiento a todos aquellos Procesos Sociales, donde se tenga previsto el remate de bienes hipotecados del LAB S.A. e ***informar a esta Autoridad****; como entidad encargada por Ley de la administración y representación de los Fondos de Pensiones y los Afiliados, encontrándose por norma a realizar oportuna y diligentemente cuanta actividad o acción sea necesaria, como directo responsable de los servicios que presta.*

Bajo el lineamiento anterior, la AFP deberá dirigirse en los Procesos Ejecutivos Sociales y Procesos Sociales, mediante actuaciones que busquen la recuperación eficaz de toda la mora adeudada al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Por lo expuesto, bajo los criterios de control y supervisión, la información que se requiere, deberá ser enviada a esta Autoridad con el respaldo documental suficiente, y en caso de corresponder la documentación sobre las acciones asumidas, para lo cual se prorroga el plazo establecido en la nota AP/DJ/2543/2010 de 09 de septiembre de 2010, por diez (10) días hábiles administrativos..."

2. SOLICITUD DE FECHA 29 DE SEPTIEMBRE DE 2010, SOBRE CONSIGNACIÓN DE LA NOTA AP/DJ/2717/2010.-

En fecha 29 de septiembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** solicita se consigne la Circular AP/DJ 2717/2010, en cuyo petitorio señala:

"…*Con a* (sic) *los fundamentos expuestos, las normas legales señaladas y dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, BBVA Previsión AFP S.A. solicita a su Autoridad se sirva consignar en Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada el Instructivo AP/DJ 2717/2010 de 23 de septiembre de 2010, conforme prescribe el artículo 20 numeral I) del reglamento de la Ley 2341 para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 242-2010 DE FECHA 11 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 242-2010 de fecha 11 de octubre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones señala:

"…***CONSIDERANDO:***

Que mediante memorial presentado en fecha 29 de septiembre de 2010, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó a esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP que la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, sea consignada al rango de Resolución Administrativa.

Que la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, ha instruido expresamente a BBVA Previsión AFP S.A. ***realizar el seguimiento*** *a todos aquellos Procesos Sociales, donde se tenga previsto el remate de bienes hipotecados del Lloyd Aéreo Boliviano S.A. e* ***informar*** *a esta Autoridad. Para dar cumplimiento a la instrucción, se concede el plazo de diez (10) días hábiles administrativos.*

Que BBVA Previsión AFP S.A. señala que la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, obliga al regulado a realizar actuaciones en Procesos Sociales iniciados por otras personas sobre derechos que no son relacionados a la recuperación de la mora al SSO, sin considerar que el Lloyd Aéreo Boliviano S.A., es una empresa con presencia en todo el territorio nacional.

Que con relación a lo expresado por el regulado, corresponde señalar con carácter previo que la AFP debe dirigirse, tanto, en los Procesos Ejecutivos Sociales como Procesos Sociales, a través de actuaciones que busquen la recuperación de manera eficaz y oportuna de toda la mora adeudada al SSO; como entidad encargada por Ley de la administración y representación de los Fondos de Pensiones y los Afiliados.

Que BBVA Previsión AFP S.A. debe considerar que la actividad procesal dentro de los Procesos Ejecutivos Sociales y Procesos Sociales instaurados en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, que están en ejecución de sentencia, tienen por lo general, gravados los bienes del ejecutado, para hacer efectivo la acreencia (sic) *debida. Por esta razón, la AFP como buen padre de familia, cuando vea involucrados bienes del Lloyd Aéreo Boliviano S.A., es pertinente la participación de la AFP como tercero interesado, al ser la señalada empresa, deudora del SSO.*

Que en ese entendido, la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, pretende que el regulado realice cuanta actividad procesal sea necesaria, para que en los Procesos Sociales y Procesos Ejecutivos Sociales, pueda recuperar la mora de manera eficiente y oportuna…"

Con dicho fundamento, resuelve lo siguiente:

"…***ÚNICO.- I.*** *Pronunciarse con referencia a la solicitud de BBVA Previsión AFP S.A, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de feche 15 de septiembre de 2003.*

II. *La nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa.*

III. *Se prorroga el plazo señalado en la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, por diez (10) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 1° de noviembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 242-2010 de fecha 11 de octubre de 2010, bajo los siguientes argumentos:

> *"…La calificación de "Procesos Sociales" se la entiende como las diferentes demandas iniciadas por trabajadores, empresas, organizaciones sindicales y empresas que reivindican derechos desde la reincorporación a una fuente de trabajo hasta los procesos coactivos sociales, procesos los que de acuerdo a la Ley de Organización Judicial se tramitan ante los juzgados de Trabajo y Seguridad Social que tienen jurisdicción y competencia legal para resolver esos conflictos de relevancia jurídica.*
>
> *El Lloyd Aéreo Boliviano S.A. fue y es una empresa que realiza sus actividades en todo el territorio del Estado y por la situación económica en la que se encuentra estaría sujeta a una serie de demandas, que de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 42 del Código Procesal del Trabajo, las personas que reivindiquen derechos sociales pueden presentar su demanda en el lugar donde preste o hubiere prestado servicios, en el lugar de la celebración del Contrato y en el domicilio del demandado… En concordancia con este Artículo, el Artículo 72 del citado cuerpo legal en su párrafo segundo dispone: "tratándose de personas jurídicas, esta citación se hará válida e indistintamente a sus presidentes, gerentes generales, administradores o personeros legales".*
>
> *La existencia de diferentes demandas sociales y laborales y nacionales en todo el territorio nacional, al amparo de las disposiciones legales citadas, no perjudican en nada la obligación legal y contractual de actuar como un Buen Padre de Familia por las siguientes consideraciones:*
>
> *La Circular consignada en Resolución Administrativa, obliga a esta Administradora de Fondos de Pensiones apersonarse ante todas las autoridades jurisdiccionales que tienen jurisdicción y competencia para resolver las demandas sociales; para solicitar la certificación de la existencia de algún proceso contra el LAB y si el mismo se encuentra en estado de Remante* (sic).
>
> *Lo instruido por la AP no tiene sustento legal alguno porque esta Administradora de Fondos de Pensiones en los Procesos Ejecutivos Sociales incoados contra cualquier empleador y en especial contra el Lloyd Aéreo Boliviano, en aplicación del artículo 29 de la Ley 1760 de 28 de febrero de 1997, ejecuta las medidas precautorias (embargos, anotaciones preventivas, retención de fondos y otros) antes de la notificación con la demanda.*
>
> *En virtud a dicho acto procesal, los bienes del Lloyd Aéreo Boliviano se encuentran con anotaciones preventivas e hipotecas judiciales emergentes de los procesos*

ejecutivos sociales seguidos por ésta Administradora de Pensiones, los que constan en los registros correspondientes.

La regla prevista por el artículo 12 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, las contribuciones al Seguro Social Obligatorio tienen la calidad de beneficios sociales y en tal virtud se constituyen en acreencias privilegiadas y, rige para todos los bienes del empleador que se encuentran aún dentro de su universo patrimonial, previendo evitar conflictos entre las partes, la disposición adjetiva dispone una serie de medidas previas que las autoridades jurisdiccionales deben necesaria y obligatoriamente observar antes de llevar a efecto una subasta y remate, nos referimos a las medidas previstas por el art. 536 del Código de Procedimiento Civil, entre las que se encuentran las de exigir certificación de derechos reales sobre las hipotecas o gravámenes que existieren sobre el inmueble. Exigencia legal destinada precisamente a precautelar los derechos de terceros, debidamente registrados en las oficinas de Derechos Reales.

En base a lo expuesto consideramos que la AP, se estaría extralimitando en sus facultades al imponer a las AFPs una obligación mayor a la establecida en la normativa; y si la base de ello es precautelar los intereses de los trabajadores, estos se encuentran precautelados con la interposición de las acciones ejecutivas sociales, que son justamente los mecanismos que otorga la Ley para la recuperación de la deuda en mora al SSO; y se debe considerar que la normativa no establece que las AFPs deban hacer seguimiento a todas las acciones que se interpongan contra un empleador.

Adicionalmente la AP debe considerar que contra la empresa LAB no solo existen procesos sociales, sino también administrativos seguidos por Graco, procesos por acreencias privadas, deudas con la Administradora de Aeropuertos suministro de combustible, etc. Que todos ellos al llegar a la instancia de remate se cancelan de acuerdo a los grados y privilegios establecidos en la norma.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/ DPC Nº 242/2010 de 11 de octubre de 2010 que consigna en Resolución Administrativa la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. …"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº 278-2010 DE FECHA 23 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 278-2010 de fecha 23 de noviembre de 2010 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS**

DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 242-2010 de 11 de octubre de 2010 (ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones), con los siguientes fundamentos:

"…CONSIDERANDO:

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP emitió la R.A. 242-2010, que consigna en Resolución Administrativa la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, la cual determina:

> ***"ÚNICO.- I.** Pronunciarse con referencia a la solicitud de BBVA Previsión AFP S.A., para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.*
>
> ***II.** La nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***III.** Se prorroga el plazo señalado en la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, por diez (10) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa."*

Que el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, instrumento normativo reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, determina en el artículo 37 del Capítulo V (Procedimiento Recursivo), los casos donde procede el Recurso de Revocatoria, enunciando que: "...los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias sectoriales del SIREFI."

Que con las facultades que franquea la norma, mediante memorial presentado por BBVA Previsión AFP S.A. en fecha 01 de noviembre de 2010, interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A.242-2010, donde expresan los fundamentos y agravios que motivan el petitorio de revocatoria.

CONSIDERANDO:

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

*BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado, hace referencia a la serie de procesos sociales que se tramitarían ante los juzgados de Trabajo y Seguridad Social, señalando además que el Empleador Lloyd Aéreo Boliviano S.A. **(LAB)** se encuentra sujeto a una serie de demandas de carácter*

social en todo el territorio nacional. Al respecto, es importante recordar al regulado la obligación de recuperar del Empleador, todos los adeudos al Seguro Social Obligatorio de largo plazo con los cuales se financian las pensiones de los Afiliados; por tanto, los aspectos que señala el regulado en su impugnación, no son óbice ni argumento valedero para no dar cumplimiento a las obligaciones señaladas por normativa vigente.

En tal sentido, la inactividad de la AFP ante la advertencia de las innumerables acciones sociales que se vienen desarrollando en los tribunales ordinarios, lleva a deducir que el regulado no está actuando como un buen padre de familia; más aún, conociendo que las demandas sociales ganadas contra el LAB, vienen siendo primero satisfechas en su pretensión y no conjuntamente con la del regulado.

Cabe señalar también que, ante varias demandas sociales en ejecución contra un mismo Empleador, se entiende que el patrimonio del mismo estaría en reducción; por lo tanto, la participación del regulado en este tipo de procesos debe ser con la mayor diligencia y cuidado, toda vez que de la recuperación de la deuda se pagarán prestaciones a los Afiliados.

Por lo expuesto anteriormente, esta Autoridad con nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, dio la instrucción para que la AFP realice cuanta actividad sea necesaria, para recuperar la deuda de manera pronta y oportuna, tomando en cuenta que la misma va en constante incremento, y un porcentaje de recuperación mínima.

Asimismo, la AFP en otra parte de su impugnación señala que, la existencia de diferentes demandas sociales no perjudica la obligación de actuar como buen padre de familia. Al respecto y bajo el razonamiento anterior, esta apreciación resulta ser incorrecta, debido a que el regulado debe considerar que las otras demandas sociales contra el LAB, son de interés para el regulado considerando que tendrían los mismos bienes gravados, y que a menudo (sic) *que los otros procesos sociales contra el LAB van culminando, el patrimonio de éste se reduce, disminuyendo de esta manera las posibilidades de lograr una eficaz recuperación de la deuda; por lo que la necesidad de apersonarse y hacer conocer el interés de la AFP en aquellos procesos sociales, demuestra el cuidado con el que debe desenvolverse el regulado, y no limitarse a la resultas de los Procesos Ejecutivo Sociales instaurados y a la ejecución de las medidas precautorias.*

Asimismo, resulta evidente que los adeudos al Seguro Social Obligatorio de largo plazo se constituyen en acreencias privilegiadas; sin embargo, el regulado no considera que los otros procesos sociales cuentan con la misma calidad, y que al momento que se ejecutan los bienes del Empleador, primero se satisfacen los del demandante hasta cubrir el crédito de éste.

Con relación al argumento de que esta Autoridad se extralimitaría al imponer obligaciones mayor (sic) *a la establecida por norma; al respecto, corresponde señalar que si bien la instrucción plasmada en la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, pretende que el regulado realice el seguimiento a los Procesos Sociales como buen padre de familia, donde se tenga previsto el remate de bienes hipotecados del LAB e informar a esta Autoridad; pero también busca que el regulado realice oportuna y diligentemente cuanta actividad o acción sea necesaria, y no supeditar sus actuaciones con la sola presentación de las acciones ejecutivas sociales.*

Por lo arriba señalado, la AFP debe considerar que la actividad procesal dentro de los Procesos Ejecutivos Sociales y Procesos Sociales instaurados en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, con bienes gravados del LAB, la AFP en cumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 y los artículos 27 y 31 inc s) de la Ley N° 1732 de Pensiones, debe cumplir con las instrucciones emanadas por esta Autoridad y obrar como un buen padre de familia.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A.242-2010. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 9 de diciembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 278-2010 de fecha 23 de noviembre de 2010, expresando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.***

Siendo que la Resolución impugnada ha sido confirmada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP sin considerar ni analizar los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, tengo a bien reiterar los argumentos del mismo manifestando:

La Circular consignada en Resolución Administrativa, obliga a esta Administradora de Fondos de Pensiones apersonarse ante todas las autoridades jurisdiccionales que tienen jurisdicción y competencia para resolver las demandas sociales; para solicitar la certificación de la existencia de algún proceso contra el LAB y si el mismo se encuentran en estado de Remante (sic).

La regla prevista por el artículo 12 del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, las contribuciones al Seguro Social Obligatorio tienen la calidad de beneficios sociales y en tal virtud se constituyen en acreencias privilegiadas y, rige para todos los bienes del empleador que se encuentran aún dentro de su universo patrimonial, previendo evitar conflictos entre las partes, la disposición adjetiva dispone una serie de medidas previas que las autoridades jurisdiccionales deben necesaria y obligatoriamente observar antes de llevar a efecto una subasta y remate, nos referimos a las medidas previstas por el art. 536 del Código de Procedimiento Civil, entre las que se encuentran las de exigir certificación de derechos reales sobre las hipotecas o gravámenes que existieren sobre el inmueble. Exigencia legal destinada precisamente a precautelar los derechos de terceros, debidamente registrados en las oficinas de Derechos Reales.

En base a lo expuesto consideramos que la AP, se estaría extralimitando en sus facultades al imponer a las AFPs una obligación mayor a la establecida en la normativa; y si la base de ello es precautelar los intereses de los trabajadores, estos se encuentran precautelados con la interposición de las acciones ejecutivas sociales, que son justamente los mecanismos que otorga la Ley para la recuperación de la deuda en mora al SSO; y se debe considerar que la normativa no establece que las AFPs deban hacer seguimiento a todas las acciones que se interpongan contra un empleador.

Adicionalmente la AP debe considerar que contra la empresa LAB no solo existen procesos sociales, sino también administrativos seguidos por Graco, procesos por acreencias privadas, deudas con la Administradora de Aeropuertos suministro de combustible, etc. Que todos ellos al llegar a la instancia de remate se cancelan de acuerdo a los grados y privilegios establecidos en la norma.

Amparados en el artículo 30 de la Ley de Pensiones, las Administradoras de Fondos de Pensiones tiene (sic) *como objetivo social único, administrar y representar los fondos de pensiones; y conforme prevé el Artículo 31 inciso d) de la citada ley, únicamente se procederá a la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos*

de Pensiones (AFP).

Los argumentos que sustentan la Resolución confirmatoria de la AP, en sentido de que esta Administradora no está actuando como un buen padre de familia no tiene sustento legal, a lo largo de toda la gestión la AFP ha cumplido con el artículo 142 del Reglamento y 31 inc. d) de la Ley de Pensiones, la AFP ha conducido y ha realizado sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, demandando el Cobro de las contribuciones en mora a través del Proceso Ejecutivo Social y ejerciendo la personería jurídica de los afiliados registrados en esta Administradora.

Reiteramos también que en los Procesos Ejecutivos Sociales incoados contra cualquier empleador y en especial contra el Lloyd Aéreo Boliviano, en aplicación del artículo 29 de la Ley 1760 de 28 de febrero de 1997, hemos ejecutado las medidas precautorias (embargos, anotaciones preventivas, retención de fondos y otros) antes de la notificación con la demanda, en virtud a dicho acto procesal, los bienes del Lloyd Aéreo Boliviano se encuentran con anotaciones preventivas e hipotecas judiciales emergentes de los procesos ejecutivos sociales seguidos por esta Administradora de Pensiones, los que constan en los registros correspondientes.

La Autoridad de Pensiones exige a la AFP hacer seguimiento a los Procesos Sociales, dicha atribución no está enmarcada en las responsabilidades que confiere el artículo 31 de la Ley 1732 y el artículo 92 del DS. 24469 del 17 de enero de 1997.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC N° 278/2010 de 23 de noviembre de 2010, que confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 242-2010 de 11 de octubre de 2010, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A."

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 11 de febrero de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de exposición oral de fundamentos expuestos por la recurrente, en la persona de su asesor legal, abogado Juan Gerardo Arce Lema, en la que ratificó los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

CONSIDERANDO:

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

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

1. PERTINENCIA NORMATIVA DE LA OBLIGACIÓN IMPUESTA.-

La nota AP/DJ/2717/2010 de fecha 20 de septiembre de 2010 dirigida al Gerente General de BBVA PREVISIÓN AFP S.A. por el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, le impone:

> "…*la obligación de realizar el seguimiento a todos aquellos Procesos Sociales, donde se tenga previsto el remate de bienes hipotecados del LAB S.A. e* ***informar a esta Autoridad****; como entidad encargada por Ley de la administración y representación de los Fondos de Pensiones y los Afiliados, encontrándose por norma a realizar oportuna y diligentemente cuanta actividad o acción sea necesaria, como directo responsable de los servicios que presta.*
>
> *Bajo el lineamiento anterior, la AFP deberá dirigirse en los Procesos Ejecutivos Sociales y Procesos Sociales, mediante actuaciones que busquen la recuperación eficaz de toda la mora adeudada al Seguro Social Obligatorio de largo plazo*…"

Toda vez que a tiempo del Recurso Jerárquico, BBVA PREVISIÓN AFP S.A. ha señalado que "*se debe considerar que la normativa no establece que las AFPs deban hacer seguimiento a todas las acciones que se interpongan contra un empleador*", queda establecida la pertinencia normativa de la obligación impuesta, en las disposiciones siguientes:

- **Ley N° 1732 (de Pensiones) de 29 de noviembre de 1996:**

> "…***ARTÍCULO 30°.- OBJETO SOCIAL UNICO****. La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá tener objeto social único consistente en:*
>
> *a) Administrar y representar los fondos de pensiones.*
>
> ***ARTÍCULO 31°.- OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP).*** *Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deberán cumplir con las siguientes obligaciones:*
>
> *d) Cobrar las cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones.*
>
> *s) Cumplir con otras actividades y obligaciones establecidas por ley, reglamentos o contratos suscritos con la Superintendencia de Pensiones*…"

- **Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones N° 1732:**

"…***ARTÍCULO 95. (COBRO DE COTIZACIONES POR PROCESO EJECUTIVO SOCIAL)***. *La AFP está obligada y autorizada para ejercitar la personería jurídica de sus Registrados y se encuentra obligada a efectuar el cobro de las Cotizaciones, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, Primas y de las Comisiones, más los intereses que no hubiesen sido pagados por el Empleador a la AFP. Para efectuar dicho cobro, procederá la ejecución social, y el cobro antes referido procederá aún cuando el Registrado se hubiese traspasado de AFP* (…)

ARTÍCULO 142.- (CUIDADO EXIGIBLE). *A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia*…"

- **Contrato para la Prestación de servicios suscrito en fecha 18 de marzo de 1997, entre la Superintendencia de Pensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones AFP Previsión BBV S.A. (ahora BBVA Previsión AFP S.A.):**

"…***OCTAVA.- SERVICIOS.- 8.1 Servicios.-*** *Una vez que la Licencia sea otorgada a la AFP, esta prestará los Servicios cumpliendo con la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato.*

8.5 Cuidado exigible.- *A menos que en la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias, la Licencia otorgada a la AFP y el Contrato, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia o prudencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.*

DÉCIMO SÉPTIMA.- REGULACIÓN POR LA SUPERINTENDENCIA.- *17.1 Actividad reguladora. La actividad reguladora de la Superintendencia* (ahora la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones) *se cumplirá con relación al Contrato y a los Servicios, de conformidad con la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias*…"

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

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

determinada en su nota AP/DJ/2717/2010 de fecha 20 de septiembre de 2010, dirigida a BBVA PREVISIÓN AFP S.A.

2. EFECTIVA DISPONIBILIDAD DE BBVA PREVISIÓN AFP S.A. PARA ATENDER FAVORABLEMENTE LA DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES.-

La recurrente ha sugerido, tanto en oportunidad de la interposición del Recurso de Revocatoria, como en la Audiencia de exposición oral de fundamentos, que la posibilidad de interponerse acciones judiciales sociales en cualquier lugar del país, determinarían una dificultad para cumplir la disposición de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; señalando en el memorial del Recurso referido, lo siguiente:

> "…*El Lloyd Aéreo Boliviano S.A. fue y es una empresa que realiza sus actividades en todo el territorio del Estado y por la situación económica en la que se encuentra estaría sujeta a una serie de demandas, que de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 42 del Código Procesal del Trabajo, las personas que reivindiquen derechos sociales pueden presentar su demanda en el lugar donde preste o hubiere prestado servicios, en el lugar de la celebración del Contrato y en el domicilio del demandado… En concordancia con este Artículo, el Artículo 72 del citado cuerpo legal en su párrafo segundo dispone: "tratándose de personas jurídicas, esta citación se hará válida e indistintamente a sus presidentes, gerentes generales, administradores o personeros legales*"…"

A los efectos de esclarecer este extremo, es pertinente referir que la dificultad sólo podría presentarse en una primera instancia (dado que la apelación se sustancia en las capitales de departamento en su sala correspondiente, y en cuanto a la casación, la competencia exclusiva de la misma corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en su sala correspondiente); a este respecto, el artículo 44º del Código Procesal del Trabajo establece que: "***La jurisdicción y competencia de la Judicatura Laboral y de Seguridad Social son privativas y sus normas son de aplicación preferente*** *a cualquier otro*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante de haber sido abrogada, la estructura referida por la Ley N° 1455 de 18 de febrero de 1993 en cuanto a la disposición de Juzgados del Trabajo (de primera instancia) en el territorio nacional, se mantiene al presente de acuerdo al criterio de su artículo 130º: "*Los Jueces en materias del trabajo y seguridad social y administrativa de* ***las capitales de departamento*** *tendrán competencia en todo el distrito judicial, salvo que se designaren jueces en estas materias en provincia dentro de su ámbito territorial*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal disposición es coincidente con la prevista en por el artículo 38º del Decreto Supremo N° 29423 de 16 de enero de 2008, que establece:

> "…*ARTICULO 38°.- (INFRAESTRUCTURA MINIMA NECESARIA).*

I. De conformidad a lo dispuesto por el inciso d) del Artículo 29 de la Ley de Pensiones, las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán contar con la infraestructura mínima necesaria para realizar sus actividades ***en las capitales de Departamento****.*

II. En aquellos territorios en que la Administradora de Fondos de Pensiones tuvo exclusividad territorial, ***deberá contar con la infraestructura mínima en las ciudades intermedias*** *que cuenten al menos con cincuenta mil (50.000) habitantes y cumplan con los criterios que establezca la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El extremo además se encuentra reglamentado en virtud de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 1005 de 22 de diciembre de 2008 (*Infraestructura mínima necesaria*), por lo que efectiva y definitivamente, sí existe la disponibilidad de BBVA PREVISIÓN AFP S.A., en cuanto a lo que se refiere a la existencia de sus oficinas, en los lugares de los juzgados, ante los cuales se pueden interponer Procesos Ejecutivos Sociales, para atender favorablemente la disposición de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que sale en la nota AP/DJ/2717/2010 de fecha 20 de septiembre de 2010.

3. DEL PRIVILEGIO DE LAS CONTRIBUCIONES AL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO DE LARGO PLAZO.-

BBVA PREVISIÓN AFP S.A. señala en su Recurso Jerárquico que:

"…*las contribuciones al Seguro Social Obligatorio tienen la calidad de beneficios sociales y en tal virtud se constituyen en acreencias privilegiadas*…"

La disposición de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones está referida a Procesos Ejecutivos Sociales y Procesos Sociales (resultando impertinente que en su Recurso Jerárquico, la recurrente se refiera a que "*la AP debe considerar que contra la empresa LAB no solo existen procesos sociales, sino también administrativos seguidos por Graco, procesos por acreencias privadas, deudas con la Administradora de Aeropuertos suministro de combustible, etc.*", idea también expuesta a tiempo de la Audiencia de exposición oral de fundamentos).

Dada su común materia social, los Procesos Ejecutivos Sociales y la generalidad de los Procesos Sociales gozan del mismo privilegio al que se refiere la recurrente, conforme lo disponen -según correspondan- los artículos 1345° (parágrafo I, numeral 2) del Código Civil, 1493° del Código de Comercio y, fundamentalmente, 48°, numeral IV, de la Constitución Política del Estado: "…*Los salarios o sueldos devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social no pagados tienen privilegio y preferencia sobre cualquier otra acreencia,*…" y siguiendo la misma línea de resguardo legal el artículo 12 del Decreto Supremo No. 25722 de 31 de marzo de 2000.

Como ha señalado la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 278-2010 de fecha 23 de noviembre de 2010, "*los otros procesos sociales cuentan con la misma calidad*" y es que la ley asigna el privilegio

para las acreencias sociales, en razón de su naturaleza, pero no señala preferencia entre las acreencias privilegiadas, más bien la preferencia en el pago, va estar determinada a favor del acreedor social que ha reclamado su derecho en primer lugar.

En el caso, el hecho no controvertido de que las contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, tengan privilegio y preferencia sobre cualquier otra acreencia y en tal virtud se constituyan en acreencias privilegiadas, conforme lo alegado por la recurrente, le otorga a esta el privilegio en la ejecución del patrimonio del deudor LAB S.A. con referencia a otros acreedores civiles y comerciales, empero no le da preferencia con respecto a los demás acreedores sociales que pudieran existir y que, por esa naturaleza y materia, gocen de igual privilegio, sino que para el caso, le es exigible a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. la oportuna y diligente actividad procesal necesaria que asegure la recuperación del monto adeudado.

Consiguientemente y frente a otros acreedores sociales, el privilegio que ostenta BBVA PREVISIÓN AFP S.A. sobre las contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, no tiene carácter absoluto, quedando sujeto a resultar la acreedora que vaya a hacer valer primero su acreencia, de entre todos los acreedores privilegiados por obligaciones sociales, de ahí que importa la diligencia oportuna de las obligaciones contraídas como representantes de los Afiliados.

4. PROMOCIÓN IMPRESCINDIBLE DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COBRANZA CON INDEPENDENCIA DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EJECUTADAS.-

También en su Recurso Jerárquico, la recurrente ha señalado que:

> "*...hemos ejecutado las medidas precautorias (embargos, anotaciones preventivas, retención de fondos y otros) antes de la notificación con la demanda, en virtud a dicho acto procesal, los bienes del Lloyd Aéreo Boliviano se encuentran con anotaciones preventivas e hipotecas judiciales emergentes de los procesos ejecutivos sociales seguidos por esta Administradora de Pensiones*…"

Tal argumentación, también hecha presente a tiempo de la Audiencia de exposición oral de fundamentos, no precisa como es lógico, el cómo una medida precautoria, en el entender de la recurrente, ha de devenir **automáticamente** en el pago del titular de la misma, para el caso que el bien sobre el que recae, resulte rematado por otro acreedor privilegiado en otro proceso, por el cual se haya anotado preventivamente antes que la propia recurrente.

Sobre el particular, el Código Civil en su artículo 1444, señala que las medidas precautorias son "*conducentes a conservar el patrimonio de su deudor*", es decir que, dado su carácter preventivo, se trata que, encontrándose en proceso legal un derecho de cobro, a tiempo de la eventual ejecución efectiva de la decisión judicial que amerite tal proceso, el patrimonio para lo mismo se haya asegurado como existente y disponible de remate, y no

resulte en una burla para la jurisdicción y el acreedor.

Resulta entonces qué, si determinado acreedor, en este caso BBVA PREVISIÓN AFP S.A. en representación de sus Afiliados, ha inscrito un gravamen privilegiado en el registro correspondiente, tiene la seguridad de que el mismo figurará en un certificado, cuando, por ejemplo, el juez del remate lo pida dentro de la ejecución de un proceso judicial promovido por otro acreedor sobre el mismo patrimonio.

Siguiendo dicha línea de razonamiento, Decker Morales, quien en sus comentarios al Código de Procedimiento Civil, señala:

> "…*Así se garantizan a las partes que intervienen en el proceso: ejecutante y ejecutado y aún a terceros que concurren en la subasta como postores… Es esa la razón por la cual el artículo 536 de este Código, determina que con carácter previo se cumplan con los requisitos o "medidas previas"*…"

En otras palabras, el artículo 536º del Código de Procedimiento Civil tiene por finalidad el que las partes y los interesados en comprar el bien que se vende judicialmente, conozcan de la situación del mismo en lo concerniente, no solamente a los gravámenes que pesan sobre él, sino también acerca de su situación impositiva e incluso, sobre su estado de expensas comunes en caso de tratarse de bien en propiedad horizontal; entonces no tiene por objetivo "*precautelar los derechos de terceros, debidamente registrados*" como mal señala la recurrente.

A los efectos que los acreedores y titulares de gravámenes que aparezcan en el certificado previo a la subasta, conozcan acerca de la existencia del remate del inmueble por ellos gravados, dispone el artículo 525º, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil (aplicable a la generalidad de los casos al tenor del artículo 533º del mismo Código), que "*se ordenará dar a conocer el auto de señalamiento de remate a los acreedores que tuvieren registradas sus acreencias*", extremo sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional -ahora Tribunal Constitucional Plurinacional- en su Sentencia Constitucional Nº 75/2002-R de fecha 21 de enero de 2002 de la siguiente manera:

> "…*Que en consecuencia, todo remate de un bien donde existen otras hipotecas y anotaciones preventivas a favor de terceros, conlleva la obligación del juzgador de proceder a la legal citación de los acreedores con el auto de señalamiento de remate,* ***a fin de que tomen sus previsiones y ejerzan los derechos que les corresponden por ley****. Que el Juez recurrido al haber omitido esta citación, prevista en normas procesales que son de orden público y de cumplimiento obligatorio, respaldadas por disposiciones sustantivas, ha violado los derechos al debido proceso, a la seguridad, y a los derechos propios de los acreedores, por lo que el Tribunal de Amparo al haber declarado Procedente el Recurso ha valorado correctamente los hechos demandados y los alcances del art. 19 de la Constitución*…" (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Si bien tal determinación confirma la posición de la recurrente en sentido de que el gravamen inscrito debe ser observado por el juez del remate, al tiempo demuestra que es admisible, el que acreedores que ostenten un derecho privilegiado o que tengan derechos preferentes de persecución, resulten impagos del remate, no obstante esa su situación y calidad, por cuanto, en la práctica se exige de ellos, a decir del Tribunal Constitucional Plurinacional en su fallo referido, "***tomen sus previsiones y ejerzan los derechos que les corresponden por ley***", es decir, la promoción imprescindible de los procedimientos de cobranza con independencia de las medidas precautorias ejecutadas.

En consecuencia con lo anterior, es imprescindible la acción oportuna y diligente de la Administradora de Fondos de Pensiones, en relación a cuanta actividad o acción sea necesaria conforme instruye la Autoridad Fiscalizadora en la nota AP/DJ/2717/2010, ya que su inacción o una acción tardía no permitirá alcanzar el fin legal que le fue otorgado mediante mandato legal a efectos del cobro de las contribuciones.

5. INTERVENCIÓN ESENCIAL DE LAS PARTES Y CARÁCTER LIMITADO DE LAS TERCERÍAS EN PROCESOS SOCIALES.-

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

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

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

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

como tercerista-, es más amplia al señalar que:

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

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

> **Sentencia Constitucional 384/2003-R:**
> "…*El art. 220 del Código Procesal del Trabajo (CPT), establece que en los juicios sociales solo serán admisibles las tercerías de dominio excluyente sobre el bien embargado, debiendo, en tal caso el tercerista, interponer su acción acompañando inexcusablemente el instrumento que acredite su derecho de propiedad debidamente registrado*…"
>
> **Sentencia Constitucional 0412/2004-R:**
> "…*De otro lado, el art. 220 CPT establece que en los juicios sociales sólo serán admisibles las tercerías de dominio excluyente sobre el bien embargado; en tal caso el tercerista deberá interponer su acción acompañando inexcusablemente el instrumento que acredite su derecho de propiedad debidamente registrado*…"

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

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

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

En definitiva, **no se le puede exigir a la recurrente BBVA PREVISIÓN AFP S.A. una participación activa, en su calidad de representante de los acreedores, dentro de los procesos ejecutivos sociales y en otros procesos sociales en los cuales ella no es parte, por cuanto tal entidad no se encuentra legitimada para ello por disposición legal, señalando la imposibilidad procesal para el cumplimiento de lo determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones** y resultando este extremo concluyente a efectos de la decisión final de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Lo anterior no importa que BBVA PREVISIÓN AFP S.A. **quede liberada del cumplimiento de sus obligaciones**, conforme lo determina la normativa señalada, por cuanto, no la exime de su obligación de velar por la oportuna recuperación de los aportes de sus representados, empero la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones debe acomodar cualquier requerimiento sobre lo mismo a la legislación procesal que rija la materia.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso b) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la REVOCATORIA de la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando pronunciándose sobre el fondo, deje sin efecto parte de la resolución recurrida.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO. REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 278-2010 de fecha 23 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa/AP/DPC/Nº 242-2010 de fecha 11 de octubre de 2010, la que consignó la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, todas ellas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, dejando sin efecto el término "procesos Sociales" del tercer párrafo de la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010, quedando firmes, vigentes y subsistentes las demás determinaciones de la nota AP/DJ/2717/2010 de 20 de septiembre de 2010 consignada en la Resolución Administrativa /AP/DPC/ Nº 242-2010 de fecha 11 de octubre de 2010.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ
ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 993/2010 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 017/2011 DE 21 DE ABRIL DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2011

La Paz, 21 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**; la Resolución Administrativa ASFI Nº 993/2010 de 26 de noviembre de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha autoridad; y todo lo demás que convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894, de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

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

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Administrativa Nº 039 de 3 de marzo de 2011, notificada en la misma fecha, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas resolvió ampliar el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos para resolver el Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. Luis Artemio Lucca Suarez contra la Resolución ASFI Nº 993/2010 de 26 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución ASFI Nº 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, complementada por la Resolución ASFI Nº 870/2010 de 11 de octubre de 2010, actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros emitió el Informe SPVS/INF/Nº 01/2008 de 30 de mayo de 2008, por el cual se establecieron posibles incumplimientos por parte de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. a la Ley Nº 1883, de 25 de junio de 1998, de Seguros y disposiciones conexas, hecho que determinó el inicio de procedimiento

administrativo sancionatorio contra la citada entidad Aseguradora y concluyó con la emisión de la Resolución ASFI N°312 de 6 de octubre de 2009.

Que, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2011 de 17 de marzo de 2010, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se anuló el citado procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de 11 de agosto de 2009, inclusive, disponiendo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emita nueva Resolución Administrativa pronunciándose sobre todos los aspectos alegados por los recurrentes y tomando en cuenta la parte considerativa de la misma.

CONSIDERANDO:

Que previamente es necesario identificar cada uno de los cargos establecidos en la Nota de Cargos SPVS/IP/AL N°3183/2008, según el Informe SPVS INF/N° 01/2008 de 30 de mayo de 2008:

-Cargos N° 1 y N° 2, referidos a la no emisión y entrega de certificados o notas de coberturas de la Póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, al Sr. Luis Artemio Lucca Suárez y Ana María Arteaga de Lucca, durante el periodo comprendido entre julio a diciembre de 2000 y enero a marzo del 2001, incumpliendo el inciso g) del Artículo 12 de la Ley de Seguros y el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N°257 de 19 de junio de 2000, (que establece: *"Es obligación de la entidad aseguradora que suscriba seguros colectivos emitir para cada asegurado, un certificado de Cobertura…")* cuya aplicación de sanción fue desestimada por inexistencia de conducta o hecho punible en el Reglamento de Sanciones N° 01/93.

-Cargo N° 3, referido a que la Entidad Aseguradora no registró en la ex SPVS el Certificado de Cobertura de la póliza de seguros de desgravamen hipotecario, con el código asignado N°207-934801-1999 11 004, incumpliendo lo establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS – IS N°172 de 16 de abril de 2001.

-Cargo N° 4, referido al incumplimiento al Reglamento de Reaseguro Pasivo aprobado mediante Resolución Administrativa N° 032/98, por haber operado y suscrito un contrato de reaseguro con SCOR, siendo que la misma no se encontraba registrada en la ex SPVS, durante el periodo del 1 de octubre de 2000 al 21 de enero de 2001.

-Cargo N° 5, referido a que la Entidad Aseguradora no ha remitido a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros los textos del Condicionado General, Particular, y formularios con los respectivos códigos asignados por la SPVS, mediante Resolución Administrativa SPVS – IS N° 321/99 de 9 de noviembre de 1999.

- Cargo N° 6, referido al incumplimiento del inciso f) del artículo 12 de la Ley de Seguros N°1833 que establece : *"Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguro."*, concordante con el artículo 2 de la Resolución Administrativa N° 070/99 de 23 de abril de 1999 que establece: *" Las pólizas, anexos, o cláusulas adicionales, objeto de comercialización de las entidades aseguradoras deberán ser presentadas a la*

Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su registro, de manera previa a su comercialización".

-Cargo Nº 7, referido a que no se registró anexos, condiciones especiales de asegurabilidad, procedimientos en caso de siniestros y cálculo de comisión de utilidades antes de la comercialización.

-**Cargo Nº 8,** referido a que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., no presentó la documentación solicitada mediante SPVS-Nº 528/2008, en los puntos 1) y 4), referentes a la documentación de las notas de débito Nros. 57624-01, 58245-01 y 58636-01, mismas que no tienen el mismo formato que la nota de débito Nº 58345-011, incumpliendo el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros, que establece la obligación de presentar a la Superintendencia , a requerimiento fundamentado toda información solicitada sin restricción de ninguna naturaleza**.**

-Cargo Nº 9, referido a que si el rechazo de siniestro no fuera aceptado por el o los beneficiarios, se deberá pasar a la instancia de conciliación y arbitraje y el siniestro ser registrado como controvertido en el mismo periodo.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ASFI Nº832/10 de 23 de septiembre de 2010 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.-

La ASFI mediante Resolución ASFI Nº 832/10 de 23 de septiembre de 2010, resuelve lo siguiente:

"PRIMERO.- *Desestimar la aplicación de sanción por incumplimiento al inciso g) del artículo 12 de la Ley de Seguros Nº 1883 y el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS Nº 257 de 19 de junio de 2000, por inexistencia de la conducta punible en Reglamento de Sanciones Nº 01/93.*

SEGUNDO.- *Sancionar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a 60.000 UFV´s, (Sesenta Mil Unidades de Fomento a la Vivienda) por incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros Nº1883.*

TERCERO.- *Desestimar los cargos 3,5 y 9 al vulnerar el principio de congruencia, tipicidad e irretroactividad de la Ley contenidos en la Notificación de Cargos SPVS/IP/AL Nº 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008.*

CUARTO.- *Declarar la prescripción de los cargos 4,6 y 7 de conformidad a lo establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002."*

2. RESOLUCIÓN ASFI N° 870/2010 de 11 de octubre de 2010, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.-

En virtud al memorial de 4 de octubre de 2010 presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, mediante Resolución ASFI N° 870/2010 de 11 de octubre de 2010, se complementa la Resolución ASFI N° 8332/10 con los argumentos señalados en la parte considerativa de la misma, manteniéndose inalterable la parte resolutiva.

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 20 de octubre de 2010, el Sr. Lucca Suárez, presenta recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 832/10 de 23 de septiembre de 2010, con los siguientes argumentos:

3.1.Respecto a la prescripción de las infracciones.-

En mérito a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 y RJ 09/2008, refiere que la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador respectivo tratándose de infracciones administrativas simples (infracciones instantáneas) y cuando se descubre el hecho o cesa la conducta infractora cuando se trata de infracciones complejas (infracciones permanentes).

3.2. Respecto a la naturaleza jurídica de las infracciones instantáneas e infracciones permanentes y cómputo de la prescripción.-

Las infracciones instantáneas se consuman de manera inmediata, desde el día siguiente de cometida la infracción se computa la prescripción y queda interrumpida a partir del momento de la presentación de la denuncia.

Las infracciones permanentes se agotan cuando ha cesado su consumación o han sido descubiertas, cuyo inicio del cómputo debe ser: a) cuando ha cesado o se ha agotado la conducta infractora o; b) cuando los hechos han sido descubiertos, concluyendo que cuando la infracción permanente es de conocimiento del administrado, la prescripción comenzará a correr a partir del día siguiente en que cesaron los efectos; sin embargo, contrario sensu, si la infracción permanente no es conocida por el administrado, el plazo de cómputo de la prescripción comenzará a correr a partir del día hábil siguiente en que el hecho fue descubierto.

3.3. Respecto al análisis de los cargos.-

3.3.1. Con relación a los Cargos N° 1 y N° 2:

El recurrente hace referencia a los dos componentes del principio de tipicidad: *praeceptum legis* que es la descripción del precepto o conducta prohibida y la *sanctio legis* que es la sanción que se aplica ante la comisión del hecho punible.

El *praeceptum legis* del **cargo N° 1** se encuentra en el art. 12, literal g) de la Ley de Seguros que menciona como obligación de las aseguradoras*: "Emitir pólizas de seguro, certificados o notas de cobertura, claras y fácilmente legibles" y la sanctio legis*, en el art. 53 de la citada Ley, que hace referencia a las infracciones insubsanables como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, por lo que en función al principio de jerarquía normativa consagrada en el art. 410 de la CPE, la Ley de Seguros se aplica con preferencia a la Resolución Reglamentaria N° 01/93.

Continúa señalando que la infracción cometida por Alianza Vida S.A. sería insubsanable ya que la misma corresponde al incumplimiento no enmendable o no subsanable (la entidad aseguradora no puede ni enmendar ni subsanar el hecho de no haber entregado los certificados de cobertura a los asegurados de la Póliza N° 600055 que dejó de tener efectos en diciembre de 2001 y por el fallecimiento de uno de los asegurados) como resultado de culpa o dolo imputable al representante legal de la entidad (Alejandro Ibarra, representante legal actuó con dolo o en su defecto con culpa al no dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en la Ley de Seguros) que causen daño económico (durante el periodo del mes de noviembre a diciembre de 2000 no existió póliza de seguro de desgravamen hipotecario sin embargo el Banco cobró las primas de seguro por ese periodo a requerimiento de Alianza Vida S.A.) o perjuicio a la misma o a los asegurados (se restringió ilícitamente el derecho de conocer el alcance de la Póliza, condiciones de pago de primas y las coberturas otorgadas).

En cuanto al incumplimiento al artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 257 de 19 de junio de 2000, al que hace referencia el **cargo N° 2,** señala que los tipos en el derecho administrativo sancionador no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está considerada una orden o prohibición. Consiguientemente la ASFI debería adecuar la conducta infractora de Alianza Vida S.A. dentro de las tipologías establecidas en la Resolución Reglamentaria 01/93.

3.3.2. Con relación al cargo N° 3:

-En cuanto a que la nota de cargos habría vulnerado el principio de congruencia, señala que la entidad aseguradora utilizó dolosamente más de una versión de la Póliza 600055 entre las cuales una de dichas versiones contenía el código 207-934801-1999 11 004 conforme al Informe SPVS/INF N° 01/2008 de 30 de mayo de 2008, lo cual demostraría que Alianza Vida S.A. manipulo además de las pólizas, sus códigos de registro (207-934901-1999 11 003 y 207-934801-1999 11 004).

-La Póliza N° 600055 no solo tuvo vigencia desde el 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, sino también del 1 de noviembre de 1999 al 1 de noviembre de 2000.

-No existe vulneración al principio de irretroactividad por cuanto el artículo 3 de la Resolución SPVS IS N° 172 de 16 de abril de 2001, en su contenido se remite a la Resolución SPVS IS N° 070 de 23 de abril de 1999, norma vigente a tiempo de cometerse la infracción,

además de que el registro de póliza y demás documentos del contrato de seguro es una obligación prevista por la Ley de Seguros desde el año 1998.

3.3.3. Con relación al cargo Nº 4:

-La conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerarse una infracción instantánea debido a que ésta mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho (Informe SPVS/INF/Nº 01/2008), por lo que la prescripción se computa a partir del día siguiente hábil en que el hecho fue descubierto.

- Debe adoptarse, a tiempo de elegir un criterio de interrupción de la prescripción administrativa, respetándose la autonomía del Derecho Administrativo y sus especiales características, aquella que resulte más favorable al interés público y a la realización de los fines del Estado. Cuando se presente un conflicto entre la aplicación de la interrupción de la prescripción debe optarse por aquella que permita al Estado a cumplir con sus objetivos de supervisión, corrección y sanción, por tal motivo es aplicable en el presente caso el computar la prescripción desde el día siguiente en que el hecho fue descubierto.

3.3.4. Con relación al cargo Nº 5:

-El recurrente señala que la Resolución ASFI Nº 832/2010 solo hace referencia a que la entidad aseguradora no remitió a la ex SPVS los Condicionados Generales, sin embargo el cargo hace referencia además a los Condicionados Particulares y Formularios con los respectivos códigos asignados por la ex SPVS.

-Es contraproducente que la ASFI indique que los textos de los Condicionados Generales fueron presentados a la ex SPVS, cuando la nota de remisión de dichos documentos no tiene dicha documentación adjunta. La documentación no existe en archivos, por lo que no es lógico que ASFI asevere que los condicionados fueron presentados.

-La Resolución ASFI Nº 870/2010 que complementa la resolución impugnada, de manera oficiosa y sin que medie periodo expreso de parte, habría analizado la prescripción señalando que esta infracción habría prescrito, a pesar de que en complementación y aclaración solamente se debe aclarar y complementar conceptos oscuros o imprecisos de acuerdo a lo solicitado por el peticionante.

-La conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerarse una infracción instantánea debido a que la Entidad Aseguradora mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho, es decir, con la emisión del Informe SPVS/INF/Nº 01/2008 de 30 de mayo de 2008. La prescripción se computa a partir del día siguiente hábil en que el hecho fue descubierto.

-No existiría justificación por la cual la ASFI señale que la fecha de la infracción fue el 11 de noviembre de 1999, más aún si se toma en cuenta que Alianza Vida S.A. hasta la fecha no ha terminado de agostarse ni ha cesado su conducta ilícita.

3.3.5. Con relación al cargo N° 6:

-La conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerarse una infracción instantánea debido a que la entidad aseguradora mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho, es decir con la emisión del Informe SPVS/INF/N° 01/2008. La prescripción se computa partir del día siguiente hábil en que el hecho fue descubierto.

-ASFI de forma contradictoria señala que el cómputo de la prescripción se toma desde la fecha en que se notificó a alianza Vida S.A. con la denuncia, cuando el cómputo de la prescripción se efectúa desde que el hecho ha sido descubierto si se trata de infracciones permanentes (Resolución Jerárquica SG SIREFI 61/2006).

3.3.6 Con relación al cargo N° 7:

- La ASFI nuevamente establece la efectiva comisión de la infracción cometida por parte de Alianza Vida S.A., sin embargo erróneamente declara operada la prescripción, toda vez que la conducta infractora de Alianza Vida S.A. no puede considerar una infracción instantánea debido a que la entidad aseguradora mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho, que era desconocido hasta la emisión del Informe SPVS/INF/N° 01/2008. La prescripción se computa a partir del día siguiente en que el hecho fue descubierto.

-No existiría justificación por la cual la ASFI señale que la fecha de la infracción fue el 31 de diciembre de 2000, más aún si se toma encuentra que la vigencia de la póliza es desde el 31 de diciembre de 2001.

3.3.7 Con relación al cargo N° 9:

-La nota de cargos señala expresa y categóricamente que la falta de registro del siniestro como controvertido va en contra de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 180 de 27 de febrero de 2008, haciendo menciona a la norma infringida.

- La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, que ha desarrollado el principio de tipicidad, cuyos fundamentos jurídicos han sido complementados a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 27/2006 de 25 de mayo de 2006 y Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 15/2007 de 6 de febrero de 2007, que desarrolla otros parámetros complementarios sobre el citado principio que no fueron objeto de análisis y consideración, al no emitir criterio alguno al respecto.

-El registro del siniestro de Alianza Vida S.A. en el mes de abril de 2009, de ninguna manera desvirtúa la existencia de la comisión de la infracción, por cuanto en el año 2003, la entidad aseguradora tuvo conocimiento de la demanda arbitral interpuesta en la CAINCO.

4. RESOLUCIÓN ASFI N° 993/10 de 26 de noviembre de 2010.-

La ASFI mediante Resolución ASFI N° 993/10 de 26 de noviembre de 2010, resuelve confirmar la Resolución N° 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, complementada por la Resolución ASFI N° 870/2010 de 11 de octubre de 2010.

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 15 de diciembre de 2010, el Sr. Lucca Suarez, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 993/10 de 26 de noviembre de 2010, reiterando lo expuesto en el recurso de revocatoria, adicionando lo siguiente:

-Con relación a los cargos 1 y 2: "Entonces, y para que la ASFI por fin entienda, mi persona no se abocó solamente a señalar que *el Banco cobró primas indebidamente*; sino que se explicó categóricamente que AL NO HABERSE EMITIDO, ENTREGADO LOS CERTIFICADOS DE COBERTURA POR PARTE DE ALIANZA VIDA S.A., ELLO PROVOCÓ EL DESCUENTO ILEGAL PARA EL PAGO DE PRIMAS, DICHO EN OTRAS PALABRAS, SI ALIANZA VIDA S.A. HUBIESE CUMPLIDO CON SU OBLIGACIÓN DE EMITIR Y ENTREGAR LOS CERTIFICADOS DE COBERTURA A LOS ASEGURADOS, LOS MISMOS HABRÍAMOS CONOCIDO EN SU OPORTUNIDAD LA FORMA DE COBRO DE LAS PRIMAS POR EL BANCO Y NO SE HABRÍA DADO LUGAR A QUE SE PAGUEN PRIMAS POR COBERTURAS Y POLIZAS QUE NO EXISTÍAN. Fundamentos que tampoco fueron considerados debidamente por la ASFI, incurriendo una vez más falta de motivación".

Asimismo señala que: "la ASFI para intentar justificar su parcializada postura, menciona en la Resolución ASFI N° 993/2010, como argumento nuevo nunca antes mencionado que *la Entidad Aseguradora actuó con negligencia y no con culpa como lo señala el señor Luis Artemio Lucca Súarez* sobre esta aseveración, debo denunciar que la ASFI, en su acostumbrada forma de actuar desorientada, en ningún momento dentro de la Resolución ASFI N° 832/2010 (pag.34) señaló que este era un requisito que no se "acreditó" a los fines de demostrarse la configuración de las infracciones insubsanables a las que hace referencia el Art. 52 de la Ley de Seguros, **puesto que solo mencionó que se debía demostrar la existencia de daño económico o perjuicio**; y cuando en mi recurso de Revocatoria se fundamenta con prueba categórica que dicho daño económico ha existido (según se anotó anteriormente) **ahora la ASFI cambia de argumento nuevo en la Resolución ASFI N° 993/2010 que Alianza Vida S.A. no actuó con dolo ni culpa sino *con negligencia ¿?*;** fundamento impreciso y por demás insólito que el órgano regulador pretende utilizar para tratar que excluir uno de los elementos que forman parte de las infracciones insubsanables, que, reitero, en ningún momento fue cuestionado por la ASFI en la Resolución ASFI N° 832/2010 pero que ahora ilícitamente lo inserta en la Resolución ASFI N° 993/2010" y que **"LA NEGLIGENCIA ES UN ELEMENTO QUE FORMA PARTE DE LOS PRESUPUESTOS QUE CONFIGURAN LA CULPA".**

-Con relación al cargo N° 3: señala que: ".. a lo largo de las diligencias de investigación y denuncias formuladas por mi persona, **se ha logrado demostrar que la Entidad Aseguradora utilizó dolosamente más de una versión de la Póliza 600055** entre las cuales, una de dichas versiones de la mencionada póliza contenía el código 207-934802-1999 11 **004 conforme indicó el Informe SPVS/INF N° 01/2008 de 30 de mayo** que dicho sea de paso fue

oportunamente notificado a la Entidad Aseguradora. **Precisamente por ello, <u>es que el Cargo impuesto</u> apunta a que Alianza Vida S.A. no ha registrado el Certificado de Cobertura de la Póliza 600055 que utilizó bajo el código 207-934801-1999 11 <u>004</u>**, código que, se reitera, se insertó en una de las versiones de la Póliza 600055. Adicionalmente, la ASFI pretende olvidar y encubrir el hecho de que hasta la fecha no se conoce cuál sería la versión oficial de la Póliza 600055, por cuanto la entidad Aseguradora utilizó varias de ellas a su mejor conveniencia **burlándose de nuestro sistema de regulación**. Aspecto que no ameritó fundamentación alguna por parte del órgano regulador", concluyendo que no existe en este cargo ninguna "falta de congruencia" y menos "elementos erróneamente consignados" como señala la ASFI.

Asimismo, señala que no existe vulneración a la irretroactividad por cuanto el art. 3 de la Resolución SPVS-IS Nº 172 de 16 de abril de 2001 en su contenido se remite a la Resolución SPVS IS Nº 070 de 23 de abril de 1999 (reafirmando su vigencia), estaba vigente a tiempo de cometerse la infracción (una de las Pólizas 600055 fue firmada el 27 de octubre de 1999 y su vigencia perduró hasta el 01 de noviembre de 2000), sin perderse de vista que el registro de pólizas y demás documentos del contrato de seguros es una obligación prevista por la Ley de Seguros desde el año 1998, por lo que concluye "habiendo incurrido la ASFI también en falta de fundamentación al no resolver todos los puntos cuestionados en mi Recurso de Revocatoria"

-Con relación al cargo Nº 4: refiere a que "En este cargo, la ASFI no resuelve todos los puntos que fueron impugnados en mi Recurso de Revocatoria", continua haciendo para el efecto una exposición de los criterios expuestos en el citado Recurso de Revocatoria, concluyendo que: "la ASFI no resolvió puntualmente todas estas observaciones, incurriendo en falta absoluta de motivación, por cuanto solo se limitó a reiterar, con otras palabras, lo expresado en su Resolución Administrativa ASFI Nº 832/2010".

-Con relación al cargo Nº 5: reitera que el cargo atribuido por la nota SPVS/IP/AL Nº 3183/2008 señala que Alianza Vida S.A. no remitió a la ex SPVS los textos del condicionado general, particular y formularios con los respectivos códigos asignados por la SPVS, ni las pólizas de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable y Desgravamen Hipotecario, además que el condicionado particular de la póliza Nº 600055 de seguros de desgravamen hipotecario comercializado por la entidad no consigna el código asignado por la SPVS; no obstante, la ASFI en la Resolución ASFI Nº 832/2010 sólo refiere a la existencia de la nota ALV-SG 010/20000 con sello de recepción del 17 de enero de 2000, por la cual Alianza Vida S.A. remiten para el registro y archivo correspondiente tres ejemplares impresos de los condicionados Generales de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario Anual Renovable, omitiendo deliberadamente considerar que no solo esta documentación no fue proporcionada por la Aseguradora lo cual motivó el cargo. Asimismo, continúa señalando que "es contraproducente que la ASFI indique que los textos de los Condicionados Generales "fueron presentados" a la ex SPVS, cuando la nota de remisión de dichos documentos (como bien confiesa la ASFI) **no tiene la documentación adjunta ¿?",** por lo que continúa "la ASFI de manera sorprendente, señale que se habría vulnerado el principio de congruencia al formularse el Cargo, cuando en los hechos resulta ser más incongruente que

se levante el Cargo a sabiendas de que la documentación observada en la nota CITE: SPVS/IP/AL Nº 3183/2008 **no existe en archivos".**

Asimismo, refiere a que en la Resolución Nº 993/2010 el órgano regulador desestima el cargo en cuanto a los condicionados generales, cuando la Resolución ASFI Nº 832/2010 en ningún momento "desestimó el Cargo en cuanto a los condicionados generales" si no que desestimó el cargo por completo, siendo esta una clara muestra de violación al principio de congruencia. Además acusa a la ASFI que irregularmente en la citada Resolución indicó que "no se valorara la prescripción alegada por la Compañía de Seguros (…) y sin embargo de ello, cuando se formula la solicitud de aclaración y complementación sobre este cargo sacando a relucir las contradictorias y confusas argumentaciones de las ASFI antes referidas, el órgano de regulación emite la Resolución Complementaria ASFI Nº 870/2010 en la cual, de manera oficiosa y sin que medie pedido expreso de parte, ingresa a "analizar" la prescripción de la infracción señalándose que el tema estaría prescrito, a pesar de existir prohibición normativa expresa de modificarse sustancialmente o alterar la resolución principal con un acto administrativo que solamente debe aclarar y complementar conceptos oscuros o imprecisos de acuerdo a lo solicitado por el peticionante.

Continua haciendo una exposición de los criterios expuestos en el citado Recurso de Revocatoria, concluyendo que: "la ASFI una vez más, incurriendo en flagrante incumplimiento de deberes, no da respuesta motivada a todos los puntos impugnados por mi persona en la vía revocatoria, ni sustenta jurídicamente el porqué no se da valor alguno al hecho por el cual la infracción fue descubierta recién con el **INFORME SPVS/INF Nº 01/2008** lo cual sustenta la inexistencia de prescripción".

-Con relación al cargo Nº 6: señala que la "ASFI persiste inmotivadamente, y sin mayor fundamento lógico – jurídico interpretativo, en señalar que el Cargo se trataría de una "infracción instantánea", **sin haber valorado y respondido a todos los fundamentos que se expusieron en mi Recurso de Revocatoria** y dejando de lado inclusive los precedentes administrativos establecidos por la ex Superintendencia General del SIREFI en cuanto a lo que se refiere la prescripción.", continua haciendo para el efecto una exposición de los criterios expuestos en el citado Recurso de Revocatoria, concluyendo que "… queda demostrada la inexistencia de prescripción del Cargo así como la manifiesta falta de motivación de la ASFI a tiempo de resolver mi Recurso de Revocatoria".

-Con relación al cargo Nº 7: reiterando los criterios expuestos en el Recurso de Revocatoria respecto a que la propia ASFI en la pag. 27 de la Resolución ASFI Nº 832/2010 reconoce expresamente que el hecho fue descubierto a partir del Informe SPVS/INF Nº 01/2008 de la ex SPVS debió aplicarse el cómputo del plazo de la prescripción desde cuando el hecho ha sido descubierto, además que no puede considerarla como "instantánea" en mérito a que Alianza Vida S.A. mantuvo su conducta infractora en el tiempo hasta el momento en que fue descubierto el hecho, que era desconocido y recién con el citado Informe se descubre la infracción, concluyendo que "… queda demostrada la inexistencia de prescripción del Cargo así como la manifiesta falta de motivación de la ASFI a tiempo de resolver mi Recurso de Revocatoria".

-Con relación al cargo Nº 9: reiterando los criterios expuestos en el Recurso de Revocatoria, relieva el cambio de argumentos de la ASFI a lo largo del procedimiento administrativo, señalando que la "ASFI inicialmente señalo en su Resolución ASFI Nº 832/2010 que la nota de Cargos no establece la existencia de una norma infringida y cuál sería la sanción", luego en la Resolución Complementaria ASFI Nº 870/2010 que el citado cargo "contenía una recomendación efectuada por la ex SPVS a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. que consistía en registrar el siniestro de la señora Ana María Arteaga de Lucca en los Estados Financieros como siniestro controvertido" y por último, en la Resolución ASFI Nº 993 se indica, como argumento novedoso nunca antes mencionado, que" la Compañía Aseguradora en el mes de abril de 2009 registró el siniestro en los Estados Financieros (…) conforme lo establecido en el Plan Único de Cuentas (…) cumpliendo de esta manera con la observación realizada en el punto 9", siendo que el registro de ninguna manera desvirtúa la existencia de la comisión de la infracción.

CONSIDERANDO:

Que en conformidad con lo dispuesto en el parágrafo II del artículo 41, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003, se notifica a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con el Recuro Jerárquico interpuesto por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, contra la Resolución ASFI Nº 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, complementada por la Resolución ASFI Nº 870/2010 de 11 de octubre de 2010, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, haciéndole conocer que podría apersonarse y formular criterios o alegatos en el plazo máximo de 10 días hábiles administrativos computables a partir de su legal notificación.

Que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., mediante memorial de 4 de enero de 2011, se apersona y presenta los siguientes argumentos:

-Refiere al carácter sinalagmático de la obligación reguladora, señalando que en el fondo lo que se dilucida son únicamente cargos administrativos que involucran específicamente a la ASFI como regulador y a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. como regulado, por lo que se debe dejar claramente establecido que en relación a la cobertura del seguro que reclama Luis Artemio Lucca Suárez y que es al mismo tiempo la motivación principal intrínseca de sus actos de recurrencia y otros, que la SPVS definió que no existía cobertura vigente, acto administrativo estable y ejecutoriado contenido en la CITE: SPVS.IS DJ NRO.1054.

-Señala a la omisión de subsunción administrativa en respuesta los Cargos 1 y 2 de la notificación de cargos, considerando que el requisito esencial para la aplicación de una sanción es que la conducta se adecúe a la norma sustantiva punitiva de carácter administrativo, denominado por los especialistas como *subsunción administrativa.* La actividad se seguros se encuentra regida por la Ley Nº 1883, reglamentada por el Decreto Supremo Nº 25201, que en su artículo 24 establece que las sanciones provenientes de hechos, actos u omisiones cometidas por entidades y personas sujetas a regulación están regidas por reglamentación específica emitida en su momento por la ex SPVS (Resolución

Administrativa IS Nº 602 del 24 de octubre de 2003 aprobó el *Reglamento de Sanciones del Sector Seguros,* que establece los límites de la discrecionalidad que deben ser tomados en cuenta por las autoridades administrativas al momento de determinar sanciones – si corresponden – en contra de un sujeto regulado.

-En cuanto a la imposibilidad jurídica de acudir a procedimiento administrativo para calificación de presunto daño económico, refiere a que el recurrente admite que es la entidad bancaria la que habría realizado cobros, dentro de una relación comercial de la aseguradora es totalmente accesoria, por lo que el daño económico debería ser reclamado a la entidad financiera, concluyendo que el recurrente en ningún momento demostró la existencia de un daño económico causado que se halle plasmado en una resolución, sentencia, etc., ya sea de autoridad administrativa, judicial o compromisoria, resultando este argumento estéril.

-Respecto a la existencia de procesos arbitrales señala que es cierto y evidente que existen procesos arbitrales que se encuentran en tramitación, aclarando al recurrente que la entrega de los certificados de cobertura corresponde únicamente al ámbito administrativo tal como lo disponen los artículos 40, 41 inciso c) y 43 incisos a), c), d) y l) de la Ley de Seguros.

- Intima al recurrente a demostrar dolo o culpa bajo apercibimiento de calificación de temeridad, al quedar demostrado que en ningún momento de la tramitación del procedimiento sancionador desde la gestión 200, ha existido elemento alguno orientado a la existencia de dolo o culpa por parte de Alianza Vida Seguros y reaseguros S.A. por lo cual es improcedente la tipificación bajo la subsunción del artículo 52 de la Ley Nº 1883 de Seguros, que pretende forzar el recurrente.

-Señala la inexistencia de componentes punitivos del artículo 52 de la Ley Nº 1883, al basarse el derecho administrativo sancionador boliviano en dos principios fundamentales: tipicidad y legalidad, por lo que el citado artículo 52 al describir el imperativo hipotético de su sustancia punitiva establece ciertos condicionados elementales sine quanum: la evidencia o prueba inconfundible, inequívoca de dolo o culpa y de daño económico o perjuicio.

CONSIDERANDO:

Que, en base a los antecedentes, documentos, fundamentos de las ASFI, así como el análisis de los argumentos del recurrente y Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A., se tienen las siguientes consideraciones:

Que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación:

1. Principios que deben regir el proceso sancionatorio.-

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

a. Principio de sometimiento pleno a la Ley.-

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

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

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

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

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

El principio de verdad material en oposición a la verdad formal, al que se refiere el inc. d) del artículo 4 de la Ley N° 2341, determina que el órgano de regulación investigará la verdad material del hecho; aspecto que no se limita solamente a la investigación de la infracción de la ley sino a la imposición de la sanción de acuerdo a la tipicidad en la que se encuentra enmarcada la conducta.

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

c. Principio de jerarquía normativa.-

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

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

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

d. Principio de congruencia.-

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

2. Respecto a los tipos de infracciones y sanciones aplicables.-

La Ley N° 1883, de 25 de junio de 1998, de Seguros, es el instrumento que regula y norma la actividad aseguradora y reaseguradora en Bolivia, teniendo como principal objetivo garantizar la seguridad, solidez, solvencia y transparencia del mercado asegurador, buscando el correcto desenvolvimiento de las compañías, proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros, brindando al mismo tiempo a las compañías los lineamientos básicos y las condiciones a las cuales deberán someterse para el desarrollo de sus actividades.

El artículo 52 de la Ley de Seguros señala la clasificación de las sanciones, de acuerdo a su gravedad, calificándolas como infracciones leves, graves, insubsanables y penales.

"(….)
INFRACCIONES LEVES: Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

INFRACCIONES GRAVES: Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de la culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

INFRACCIONES INSUBSANABLES: Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los aseguradores, tomadores del seguro, beneficiarios y terceros."

Por lo anotado, en cuanto a las infracciones insubsanables, existen dos clases de conducta, las cuales deben ser verificadas por el regulador para la aplicación correcta de la sanción y la tipificación del grado de la infracción: el dolo y la culpa imputable a los representantes de la entidad.

El dolo, según Guillermo Cabanellas, consiste *"En su acepción genérica, engaño, fraude simulación"*. En este entendido, el dolo se configura a partir de la existencia de una conducta que es realizada con conocimiento y voluntad, destinada a perseguir u obtener un resultado o finalidad antijurídica. Por otra parte, la culpa continuando con Guillermo Cabanellas, será *"en sentido amplio, toda falta voluntaria o no, que causa mal o daño"*, entre los elementos de la culpa se tiene a: la negligencia, la imprudencia y la impericia, además, la falta de observación del deber de cuidado.

Asimismo, adicionalmente a la culpa o dolo, se debe verificar que el incumplimiento cause daño económico o perjuicio.

3. Sobre la prescripción.-

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

De igual manera se debe dejar en claro que en lo que respecta al régimen de la prescripción, existen connotaciones y particularidades diferentes a partir del tipo de

infracción administrativa de que se trate. En este entendido se deberá demarcar las diferencias existentes entre las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes. Entendimiento que ha sido expuesto y delimitado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008".

4. Motivación o fundamentación de los Actos Administrativos.-

La Ley Nº 2341, en su artículo 28, literales b) y e), señalan como uno de los elementos esenciales del acto administrativo a la causa y al fundamento, asimismo, el artículo 30 , literal a), en cuanto a la motivación, indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos.

En tal sentido, se entiende que por medio de la causa se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable, y que por el fundamento, se deberá expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto administrativo.

La motivación o fundamentación implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso. Así, la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005).

CONSIDERANDO:

Que mediante memorial de 15 de diciembre de 2010, el señor Artemio Lucca Suárez interpuso Recurso Jerárquico argumentado una serie de fundamentos por los cuales - a decir del recurrente- si se efectúa un contraste comparativo entre los argumentos expuestos en su Recurso de Revocatoria y los argumentos contenidos en la Resolución ASFI Nº 993/2010 se observa la falta de motivación en la que nuevamente ha incurrido la ASFI, por cuanto no se han resuelto todos y cada uno de los puntos que fueron impugnados por su parte, vicio procedimental en el cual la ASFI incurre todo el tiempo al no tener argumentos que justifiquen su accionar, en franco incumplimiento de los Art. 28, literales b) y e), y 30 , literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo, señalando además que la ASFI tampoco ha efectuado una valoración razonada de las pruebas presentadas junto con su Recurso de Revocatoria.

Que, de la revisión detenida de los antecedentes que conforman el expediente administrativo se puede apreciar que:

- La ASFI en la Resolución Nº 993/2010, que resuelve el Recurso de Revocatoria, entre los aspectos referentes al Cargo 1, no refiere a la existencia de perjuicio, como elemento de la infracción insubsanable, alegada por el señor Lucca, ni sustenta jurídica ni doctrinalmente la posición de considerar negligencia y no culpa el

accionar de la Entidad Aseguradora por la falta de entrega de los Certificados de Cobertura.

- Asimismo, la ASFI en la citada Resolución Nº 993/2010, no refiere a la adecuación de la conducta del Cargo Nº 2 dentro de las tipologías establecidas en la Resolución Reglamentaria Nº 01/03 de 11 de noviembre de 1993, solicitada expresamente por el recurrente.

- Respecto al Cargo Nº 3, la ASFI no refiere a la Resolución SPVS IS Nº170 de 23 de abril de 1999, como norma que estaría vigente a tiempo de cometerse la infracción, ni a la Ley de Seguros que data del año 1998, alegada por el recurrente.

- La existencia de posiciones antagónicas respecto a las clases de infracciones (permanente o instantánea) de la conducta de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en los cargos 4, 6, y 7, denota un conflicto de interpretación, que incide en el cómputo de la prescripción e interrupción, en base a las alegaciones respecto al desconocimiento de los hechos y descubrimiento de las infracciones recién con el Informe SPVS/INF Nº 01/2008, que requiere sea suficientemente examinado, dilucidado, motivado y fundamentado doctrinal, legal y fácticamente por la ASFI en cada caso concreto.

- La ASFI, en la Resolución Nº 993/2010 que confirma el cargo Nº 5, que fue desestimado por la Resolución Nº 832/2010 por vulneración, entre otros, del principio de congruencia, incidiría en la misma vulneración, primero, al desestimar el cargo únicamente con relación a los Condicionados Generales en aplicación del principio de buena fe de las actuaciones de los servidores y ciudadanos y, segundo, al ingresar a analizar la prescripción de la infracción del cargo en relación a los Condicionados Particulares y Formularios como emergencia de una complementación y aclaración que no fue solicitada por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

- En la Resolución Nº 993/2010, la ASFI confirma el cargo Nº 9, que fue desestimado por la Resolución Nº 832/2010, por vulneración, entre otros, del principio de congruencia, incidiría en la misma vulneración, al cambiar la ASFI de argumentos a través de las distintas resoluciones Administrativas emitidas dentro del presente proceso, siendo así que en la Resolución ASFI Nº 832/2010 establece que ".. no se han configurado los elementos necesarios para considerarlo como un cargo, porque no establece la existencia de una norma infringida y cuál sería la sanción a aplicarse", luego, conforme a la Resolución Complementaria ASFI Nº 870/2010 establece que "….la nota de cargos SPVS/IP/AL Nº 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008 determina, en el cargo 9, una recomendación efectuada por la ex SPVS a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., que consistía en registrar el siniestro a la señora Ana María Arteaga de Lucca en los Estados Financieros como siniestro controvertido" y por último, en la Resolución ASFI Nº 993, afirma que "..el cargo 9 no se configura en si como una infracción toda vez que en la nota SPVS/IP/AL Nº 1383/2008 se habla de que se debería pasar a otra instancia, que el siniestro debería ser registrado y que en caso de incumplimiento, podría constituir una infracción".

CONSIDERANDO:

Que cumpliendo lo dispuesto por el artículo 58 del Decreto Supremo Nº 27175 y atendiendo el memorial presentado por el recurrente el 11 de enero de 2011, el 27 de enero del año en curso se llevó a cabo la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, presentada por Luis Artemio Lucca Suárez y el abogado Julio César Paredes, destacándose los argumentos de hecho y derecho que respaldan el Recurso Jerárquico presentado contra la Resolución ASFI Nº 993/2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que respecto a la intervención del abogado Julio César Paredes en la exposición Oral de Fundamentos, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. mediante memorial de fecha 31 de enero de 2011, reitera la observación efectuada en el citada audiencia respecto a la falta de apersonamiento en el recurso jerárquico, en la solicitud de fundamentación oral ni en ningún otro actuado de la causa administrativa en trámite del citado profesional, por lo que se solicitó tener presente la previsión legal del artículo 2 el Decreto Supremo Nº1100, así como su inhabilitación para dicho actuado.

Que de acuerdo al parágrafo III del artículo 2 del Decreto Supremo Nº100, que regula el ejercicio libre de la profesión, está prohibido patrocinar una causa que previamente fue encargada a otro abogado, sin que exista renuncia o **autorización** para la contratación de un nuevo abogado.

Que, al respecto, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., no debe perder de vista los diferentes ámbitos del derecho y su ley especial, ya que la mencionada disposición normativa (artículo 2 del Decreto Supremo Nº100) invocada no aplica a materia administrativa, debido a los principios reguladores por la que debe regirse, donde encontramos el **principio de informalismo** consagrado por el artículo 4 inc.) l) de la Ley de Procedimiento Administrativo, que implica que la administración pública debe prescindir de exigencias formales no esenciales, más aún si se ve afectado el derecho del administrado a ser oído y ejercer plenamente su defensa, puesto que las garantías del debido proceso, priman sobre exigencias de formalidades que no hacen al acto u proceso y en especial, a la obligación de búsqueda de la verdad material en oposición a la verdad formal que se aplica en otras materias, además porque la citada Ley no exige tal participación y existe el consentimiento de la Dra. Ana María Lucca Arteaga para tal efecto, siendo por lo tanto incongruente el pretender mezclar dos ámbitos jurisdiccionales diferentes en derecho.

Que, esta aplicación de los principios administrativos, se da en todo proceso administrativo, y en el caso de autos aplicó tanto para la instancia del recurrente como para Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., quien dentro de este procedimiento administrativo cambió de abogados sin expresar ni anunciar copatrocinio alguno, conforme se desprende de las literales cursantes a fs. 671 a 685, que ahora exige infundadamente.

CONSIDERANDO:

Que mediante memorial de 15 de diciembre de 2010, el señor Artemio Lucca Suarez interpuso Recurso Jerárquico argumentado violación al principio de juez natural, señalando

que de manera reciente, descubrió que de acuerdo al artículo 42 de la Ley de Seguros, se estableció un mecanismo de financiamiento del órgano regulador que se obtiene deduciéndose del monto total de las primas brutas producidas por las entidades aseguradoras y que el Decreto Supremo Nº 25201 de 16 de octubre de 1998, en su artículo 23 dispone que las entidades aseguradoras deberán aportar por los seguros de vida el 1% de las primas netas producidas, siendo dichos aportes pagados mensualmente dentro de los primeros 15 días hábiles administrativos del siguiente mes.

Que a decir del recurrente, en consideración a que Alianza Vida S.A es una de las compañías que financia el funcionamiento de la actual ASFI, ese órgano intentará proteger a la Entidad Aseguradora y evitar su revocatoria de autorización de funcionamiento, violentándose de esa forma el principio del juez natural, al no existir igualdad ni imparcialidad.

Que previamente señalar que nadie puede alegar desconocimiento de la Ley de Seguros Nº 1883, que data del año 1998, ni del Decreto Supremo Nº 25201 del mismo año.

Que el principio de juez natural pretende garantizar que la persona encargada de juzgar sea imparcial e independiente, por lo este principio se consagra en nuestra Constitución Política del Estado a través del parágrafo I del artículo 120 según el cual "Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa".

Que ni la citada Ley de Seguros ni el Decreto Supremo Nº 25201, han sido declaradas inconstitucionales, en cuanto a la forma de financiamiento de la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que denote violación al citado precepto constitucional relacionado con los principios del juez natural, imparcialidad e independencia.

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con el artículo 44 del Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular el procedimiento administrativo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Anular el procedimiento administrativo hasta el estado en que se resuelva el Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Luis Artemio Lucca Suárez de manera

motivada y fundamentada en cada uno de los aspectos expresamente señalados por el recurrente.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 287- 2010 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 018/2011 DE 25 DE ABRIL DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2011

La Paz, 25 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 de fecha 30 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 de fecha 14 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 30/2011 de fecha 15 de abril de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 022 de 4 de febrero de 2010, se delega de manera temporal a la Viceministra de Política Tributaria, Dra. Julia Susana Ríos Laguna, la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexa, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica, de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a Actuados administrativos durante la ausencia, vacación, o enfermedad del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Ing. Mario Guillén Suárez.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 15 de diciembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** representada legalmente por René Nicolás Nogales Rodríguez, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 627/2008 otorgado en fecha 24 de noviembre de 2008, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 de fecha 30 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 de fecha 14 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/3640/2010 con fecha de recepción 20 de diciembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 de fecha 30 de noviembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 de fecha 14 de septiembre de 2010, Recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 21 de diciembre de 2010, notificado en fecha 24 de diciembre de 2010.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº 208-2010 DE FECHA 14 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 de fecha 14 de septiembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

> *"…**PRIMERO.-** Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos imputados:*
>
> > *a) En relación al **Cargo Nº 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y los artículos Primero y Segundo del Capítulo I del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los Requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006.*

*b) En relación al **Cargo Nº 2** con una multa en Bolivianos equivalente a $us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo Cuarto del Capítulo I del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los Requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006.*

*c) En relación al **Cargo Nº 3** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 27 y 31 inc. s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo Décimo Segundo del Capítulo II del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los Requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006 (…)*

*…**TERCERO.-** BBVA Previsión AFP S.A. en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos de notificada con la presente Resolución Administrativa, deberá remitir a esta Autoridad, documentación que acredite haber notificado a los Empleadores de los Afiliados Juan Oly Ipamo y Francisco Mamani Quispe, el cálculo correcto del Capital Necesario.*"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 1° de noviembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 de fecha 14 de septiembre de 2010, bajo los siguientes argumentos:

"…***III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

Señor Director, con referencia al caso del afiliado Juan Oly Ipamo el 04 de enero de 2010 la EEC notifica a la AFP con el Dictamen Nº 8792/09, siguiendo el procedimiento establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP 883, en el plazo de 7 días hábiles se verifico (sic) *que el afiliado fallecido Juan Oly Ipamo no tiene cobertura del Seguro de Riesgo Común, hecho que se demuestró* (sic) *con el Cite PREV-PR 391/2009 de 11 de enero de 2009, en el que se informa a la Derechohabiente solicitante la falta de cobertura.*

En el caso del afiliado Francisco Mamani Quispe, el 10 de agosto de 2009 la EEC notifica a la AFP con el Dictamen 7403/09, siguiendo el procedimiento establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP 883, en el plazo de 7 días hábiles se verifico (sic)

que el afiliado fallecido Francisco Mamani Quispe no tiene cobertura del Seguro de Riesgo Común.

Con referencia a la sanción por el cargo 2, manifiesto a su autoridad que esta Administradora de Fondos de Pensiones a través del Servicio de Courrier (sic) *contratado realizó la notificación con la Nota de Cálculo de Capital Necesario con una demora de ½ día a la empresa Lloyd Aéreo Boliviano con el Cite PREV-COB-REC 40/03/2010 de 02 de marzo de 2010, conforme se evidencia en la fotocopia que se adjunta en calidad de prueba documental.*

Con referencia a la sanción por el Cargo 3, manifiesto a su autoridad que; esta Administradora subsanó la omisión de la Compensación de Cotizaciones en el cálculo del Recargo, habiendo procedido a realizar un nuevo cálculo de capital Necesario incluyendo la Compensación de Cotizaciones para notificar a los empleadores para efectos del Artículo 10 y siguientes del Decreto Supremo 27324 de 22 de enero de 2004 y la Resolución Administrativa SPVS 883 de 21 de agosto de 2006. A la fecha, los empleadores notificados con los Reclamos observados por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no realizaron aún el pago del Recargo, en consecuencia, esta Administradora no ocasionó ningún perjuicio o daño alguno y por esa realidad, bajo el principio de la verdad material establecida en el inciso d) del Artículo 4 de la ley de Procedimiento Administrativo no puede ser sancionada con el justificativo de que: "pudo haber ocasionado que los empleadores realicen el pago de un monto considerablemente mayor ak (sic) *que corresponde".*

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y a la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ Nº 208/2010 de 14 de septiembre de 2010,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN S.A. …"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 DE FECHA 30 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 de fecha 30 de noviembre de 2010 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, se confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 de 14 de septiembre de 2010 (ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones), con los siguientes fundamentos:

*"…**CONSIDERANDO:***

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión S.A. en el

Recurso de Revocatoria presentado el 01 de noviembre de 2010, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Cargo Nº 1.

Afiliado Juan Oly Ipamo

BBVA Previsión AFP S.A. informó que la Entidad Encargada de Calificar ***(EEC)*** *notificó el Dictamen Nº 8792/09 en fecha 04 de enero de 2010 y la AFP en el plazo de siete (7) días hábiles administrativos establecido en el "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006* ***(R.A.883/2006)****, realizó la verificación que el Afiliado Juan Oly Ipamo no tenía cobertura en el Seguro de Riesgo Común, adjuntando la nota PREV-PR 00391/2010 de 11 de enero de 2010, mediante la cual informó a la Derechohabiente la falta de cobertura.*

De la evaluación de lo expresado por el regulado y la documentación de respaldo, se evidenció que la AFP informó a la Derechohabiente que su Solicitud de Pensión por Muerte se encontraba rechazada y que podía acceder al pago de Retiros Mínimos; asimismo, solicitó la presentación de Boletas de Pago o alguna documentación que respalde que el Afiliado trabajó durante los periodos de mayo/2007 a septiembre/2007, de febrero/2008 a diciembre/2008, de enero/2009 a julio/2009 y octubre/2009, para considerar nuevamente su cobertura.

Por lo que del contenido de la nota PREV-PR 00391/2010 de 11 de enero de 2010, se corrobora que el regulado no realizó correctamente la verificación de requisitos de cobertura; sin embargo, se constata que el regulado realizó la verificación de requisitos de cobertura dentro de los siete (7) días hábiles administrativos establecidos en norma vigente, para la verificación de requisitos de cobertura, el cual vencía el 13 de enero de 2010.

En virtud a lo expresado en la última parte del párrafo anterior, corresponde admitir el descargo para el artículo Primero del Capítulo I del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante R.A.883/2006, por lo que se debe desestimar la sanción por esta norma.

Sin embargo, con respecto a la demás normativa imputada, la AFP no presenta mayores argumentos, por lo que se mantiene la sanción.

Afiliado Francisco Mamani Quispe

La AFP informa que la EEC en fecha 10 de agosto de 2009, notificó con el Dictamen 7403/09, y que en el plazo de siete (7) días hábiles administrativos establecido en la R.A.883/2006, verificó que el Afiliado Francisco Mamani Quispe no cuenta con cobertura en el Seguro de Riesgo Común.

Al respecto, esta Autoridad imputó con cargos a la AFP al evidenciar que no realizó la verificación de requisitos de cobertura y verificación previa para la liberación de recargos en el plazo establecido en normativa vigente. BBVA Previsión AFP S.A. hace referencia a que en el plazo señalado en el párrafo anterior, realizó la verificación de requisitos de cobertura; sin embargo, no remite documentación idónea que evidencie lo aseverado, por lo que el argumento de la AFP no es suficiente para levantar el hecho sancionado.

Asimismo, el regulado tampoco hace referencia al cumplimiento del plazo para la verificación previa para la liberación de recargos, por lo que se mantiene la sanción impuesta.

Cargo Nº 2.

BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria indica que a través de su Servicio de Courier contratado, realizó la notificación del cálculo del Capital Necesario, con una demora de medio día a la empresa Lloyd Aéreo Boliviano S.A. con el cite PREV-COB-REC 40/03/2010 de 02 de marzo de 2010.

Evaluado el descargo, la AFP admite que existió una demora en la notificación del cálculo del Capital Necesario, sin embargo, pretende descargar el incumplimiento en el Servicio de Courier, entidad que según el regulado, habría realizado la notificación del cálculo del recargo al Empleador del Afiliado Francisco Mamani Quispe, con una demora de medio día.

De acuerdo a lo dispuesto en el punto 8.4 (Contratación de Terceros) de la Cláusula Octava del contrato entre la AFP y el ente regulador, así como el inciso c) del artículo 30 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, la AFP cuenta con la posibilidad de contratar a terceros para la prestación del servicio, lo cual no significa la cesión, subrogación, delegación o cualquier otro tipo de transferencia de la obligación que tiene el regulado para la prestación del servicio, razón por la cual no puede deslindar su responsabilidad en un tercero.

Independientemente a la contratación de terceros, la AFP debe prestar sus servicios a los Afiliados o Derechohabientes con responsabilidad, considerando márgenes de tiempo que permitan organizarse de la mejor manera posible y evitar este tipo de contingencias como los posibles y recurrentes retrasos que pueda ocurrir en el servicio del Courier.

Por lo expuesto, corresponde ratificar la sanción impuesta.

Cargo Nº 3.

La AFP indica que la omisión de la Compensación de Cotizaciones Mensual (CCM) en los cálculos de recargo en los trámites de los Afiliados Juan Oly Ipamo y Francisco Mamani Quispe, fue subsanada al realizar el recálculo conforme lo establece la norma vigente, monto que fue notificado a los Empleadores y que a la fecha éstos no realizaron el pago respectivo, en consecuencia no habría ocasionado ningún perjuicio o daño alguno.

Al respecto, se debe mencionar que en ambos casos la AFP realizó el cálculo del Capital Necesario y la notificación a los Empleadores, sin considerar el monto de la CCM, pese a que los Certificados fueron remitidos a la AFP en fecha anterior al cálculo del recargo y una vez que esta Autoridad observó la omisión de la CCM para los dos casos, recién la AFP realizó el recálculo del recargo considerando dichos montos.

La AFP en su impugnación admite no haber considerado el monto del CCM en ambos cálculos, por lo que se ratifica el incumplimiento a lo establecido en el artículo Décimo del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante R.A.883/2006.

Asimismo, corresponde señalar que en el evento que los Empleadores hubiesen realizado el pago, la AFP habría ocasionado que paguen un monto probablemente mayor al que les corresponde, generando un perjuicio, ya que el monto de la CCM influye considerablemente en el cálculo de la reserva.

Con respecto a la inexistencia de daño o perjuicio en el presente caso, esta situación ya fue evaluada por esta Autoridad al considerar que el incumplimiento evidentemente no ocasionó daño; sin embargo, se debe entender que para aplicar la sanción se tomó en cuenta el hecho de que el monto de CCM debió ser considerado por el regulado en el cálculo del Capital Necesario, teniendo en cuenta que dicho monto incide considerablemente en la determinación de la Reserva; situación que derivó en la notificación al Empleador de un monto erróneo de Recargo. En ese comprendido, la documentación remitida con la rectificación realizada, no significa que el hecho sancionado y sus consecuencias hayan dejado de existir necesariamente; por lo tanto, a la luz de los Principios Administrativos del Derecho Sancionador, entre ellos el de la Verdad Material, la infracción se mantiene, por lo que corresponde ratificar la sanción impuesta.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto

por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar parcialmente la R.A.208-2010. En consecuencia, debe confirmarse parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Parcial, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 292 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997…"

Que, con tales fundamentos, la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 de fecha 30 de noviembre de 2010 resuelve lo siguiente:

*"…**ÚNICO.-** Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 de 14 de septiembre de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, modificándose el inciso a) de la Disposición Primera, de la siguiente manera:*

*"**PRIMERO.-** Sanciona y desestima sanción a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos imputados:*

*a) En relación al **Cargo Nº 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.750,00 (UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo Segundo del Capítulo I del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006; dentro de los trámites de Pensión por Muerte correspondiente a los Afiliados Juan Oly Ipamo y Francisco Mamani Quispe.*

Con relación a la sanción por incumplimiento al artículo Primero del Capítulo I del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro

de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006, se ratifica la sanción para el trámite del Afiliado Francisco Mamani Quispe, y se desestima con respecto al trámite del Afiliado Juan Oly Ipamo…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 15 de diciembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 de fecha 30 de noviembre de 2010, expresando lo siguiente:

"…***II FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

A continuación reitero a usted los argumentos de impugnación presentados en el Recurso de Revocatoria para que su autoridad haga una valoración real de los mismos y proceda a pronunciarse a través de una Resolución Administrativa Revocatoria.

Con referencia a la sanción por el cargo uno para el caso del afiliado Francisco Mamani Quispe, el 10 de agosto de 2009 la EEC notifica a la AFP con el Dictamen 7403/09, siguiendo el procedimiento establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP 883, en el plazo de 7 días hábiles se verifico (sic) *que el afiliado fallecido Francisco Mamani Quispe no tiene cobertura del Seguro de Riesgo Común.*

Con referencia a la sanción por el cargo 2, manifiesto a su autoridad que esta Administradora de Fondos de Pensiones a través de Servicio de Courrier (sic) *contratado realizó la notificación con la Nota de Cálculo de Capital Necesario con una demora de ½ día a la empresa Lloyd Aéreo Boliviano con el Cite PREV-COB-REC 40/03/2010 de 02 de marzo de 2010, conforme se evidencia en la fotocopia que se adjunta en calidad de prueba documental.*

Con referencia a la sanción por el Cargo 3, manifiesto a su autoridad que; (sic) *esta Administradora subsanó la omisión de la Compensación de Cotizaciones en el cálculo del Recargo, habiendo procedido a realizar un nuevo cálculo de capital Necesario incluyendo la Compensación de Cotizaciones para notificar a los empleadores para efectos del Artículo 10 y siguientes del Decreto Supremo 27324 de 22 de enero de 2004 y la Resolución Administrativa SPVS 883 de 21 de agosto de 2006. A la fecha, los empleadores notificados con los Recargos observados por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no realizaron aún el pago del Recargo, en consecuencia, esta Administradora no ocasionó ningún perjuicio o daño alguno y por esa realidad, bajo el principio de la verdad material establecida en el inciso d) del Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo no puede ser sancionada con el justificativo de que: "pudo haber ocasionado que los empleadores realicen el pago de un monto considerablemente mayor al que corresponde".*

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC N° 287/2010 de 30 de Noviembre de 2010****, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A.…"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. CARGO Nº 1: INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS PARA LA VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE COBERTURA Y PARA LA VERIFICACIÓN PREVIA PARA LA LIBERACIÓN DE RECARGOS.-

1.1 Antecedente normativo.-

Es pertinente citar en principio, los artículos inherentes del "Manual de Procedimiento de trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los Requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del empleador", aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS Nº 883 de 21 de agosto de 2006, que a la letra determina:

*"…****PRIMERO.- (VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE COBERTURA.-*** *I. La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) procederá a verificar el cumplimiento de requisitos de cobertura, establecidos en el artículo 8 de la Ley de Pensiones y normativa vigente, en el término de siete (7) días hábiles administrativos de notificada con uno de los siguientes documentos:*

a) El Dictamen de Calificación de una Pensión por Invalidez o Muerte de un Afiliado, emitido por la Entidad Encargada de Calificar (ECC) (…)

SEGUNDO.- (VERIFICACIÓN PREVIA PARA LA LIBERACIÓN DE RECARGOS) *I. Dentro del plazo de siete (7) días establecido en el Artículo anterior, y de determinarse que el*

Afiliado no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley de Pensiones, debido a la mora del Empleador, la AFP deberá verificar en la Cuenta Individual del Afiliado la existencia del pago de al menos el siguiente número de contribuciones:

a) Veinte (20) contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo o al Sistema de Reparto; o al menos 1/6 de las contribuciones pagadas entre la Fecha de Inicio del sistema o la primera contribución efectuada y la fecha de invalidez o fallecimiento.

b) Una (1) contribución pagada dentro de los últimos treinta y seis (36) meses previos a la fecha de invalidez o fallecimiento.

c) Al menos un total de seis (6) contribuciones pagadas en los últimos treinta y seis (36) meses inmediatamente previos a la fecha de invalidez o fallecimiento…"

Es de hacer notar que, los artículos transcritos "ut supra" no establecen cuál la forma documental por la que se acredite su cumplimiento, es decir, no se encuentra previsto documento formal alguno, por el que las Administradoras de Fondos de Pensiones dejen constancia expresa sobre la verificación de requisitos de cobertura a la que se refiere el artículo primero, o sobre la verificación previa para liberación de recargos que señala el artículo segundo, resultando que para los casos en concreto, la comisión de las infracciones ha resultado evidente de las propias actuaciones de la ahora recurrente, quien resulta ser la que de suyo propio, ha reportado las fechas de cumplimiento de las verificaciones mismas que estarían fuera de los plazos establecidos para ello, evidenciado de ello su incumplimiento y determinando la concurrencia del dístico jurídico de que "*está fuera del objeto de la prueba la determinación de los hechos evidentes*" (Couture en sus Fundamentos).

1.2 Caso del Afiliado fallecido Juan Oly Ipamo.-

En fecha 7 de abril de 2010, mediante nota PREV-CO-83/04/2010, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la no objeción para el rechazo a la Liberación de Recargo, dentro del trámite de Pensión por Muerte del Afiliado Juan Oly Ipamo.

Del Informe de Relación de Fechas que le corresponde, el ente regulador determinó en principio (conforme consta en la nota de cargos AP/DJ/DPC/1973/2010) que habiéndose notificado a BBVA Previsión AFP S.A. con el Dictamen de Calificación en fecha 4 de enero de 2010, tanto el plazo para la Verificación de Requisitos de Cobertura a la que se refiere el artículo primero, como el plazo para la Verificación previa para la Liberación de Recargos a la que se refiere el artículo segundo (ambos del Manual precitado) vencían en fecha 13 de enero de 2010; sin embargo, tales verificaciones se realizaron posteriormente, en fecha 1º de marzo de 2010.

Con tal fundamento y resultando tales infracciones iguales a las del caso del Afiliado

fallecido Francisco Mamani Quispe, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en su Resolución Administrativa N° AP/DJ/N° 208/2010, sanciona a la ahora recurrente por ambos casos empero en el mismo Cargo N° 1, con una multa en común en bolivianos equivalente a $us. 2.000,00.

Sin embargo, corridos los trámites del proceso impugnativo y mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 287-2010, el ente regulador considera la nota PREV-PR 00391/2010 de fecha 11 de enero de 2010, por la cual, BBVA Previsión AFP S.A. había informado a la Derechohabiente la falta de cobertura, determinando ello el que sí se hubiera realizado la Verificación de requisitos de cobertura (no así la Verificación previa para la liberación de recargos) dentro del plazo previsto por el artículo primero del Manual.

Por tal extremo, la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 287-2010, desestima la sanción referida al incumplimiento del artículo primero (Verificación de requisitos de cobertura) del Manual, y la ratifica en lo que respecta al incumplimiento del artículo segundo (Verificación previa para la liberación de recargos), determinando por su efecto, multar a la ahora recurrente con el monto en bolivianos equivalente a $us. 1.750,00 por concepto del Cargo N° 1 (el que incluye además, como se tiene dicho, el caso del Afiliado fallecido Francisco Mamani Quispe).

En la instancia presente, el memorial de interposición del Recurso Jerárquico a foja 129 Vta. señala que reitera los argumentos de impugnación presentados en el Recurso de Revocatoria anterior, sin embargo, de su atenta lectura resulta no existir fundamento alguno que refiera afectación, lesión o perjuicio que a la recurrente le ocasione el acto administrativo impugnado con referencia al Afiliado fallecido Juan Oly Ipamo, limitándose a impugnar únicamente sobre el caso del Afiliado fallecido Francisco Mamani Quispe.

Ello obedece a que en oportunidad de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 287-2010, la que resuelve el Recurso de Revocatoria, se determina confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 208-210, fundamentándose en los aspectos siguientes:

- Sobre el Cargo N° 1 al caso del Afiliado Juan Oly Ipamo:

  "…*corresponde* ***admitir el descargo para el artículo Primero*** *del Capítulo I del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador", aprobado mediante R.A.883/2006, por lo que* ***se debe desestimar la sanción por esta norma***.

  Sin embargo, con respecto a la demás normativa imputada (o sea el artículo segundo del Manual)*, la AFP no presenta mayores argumentos, por lo que* ***se mantiene la sanción***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Sobre el Cargo N° 1 al caso del Afiliado Francisco Mamani Quispe, "s*e mantiene la sanción impuesta* (entonces tanto sobre el artículo primero como sobre el

segundo del Manual)…"

Entonces, la pretensión de la recurrente referida al Cargo N° 1 sobre el caso del Afiliado Juan Oly Ipamo en concreto, ya ha sido satisfecha, dando lugar a la inexistencia de fundamento alguno para la impugnación sobre este caso, conforme consta en el Recurso Jerárquico, por lo que en observancia del artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, que establece el que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, determina que en lo que respecta al Cargo N° 1, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite al caso del Afiliado fallecido Francisco Mamani Quispe, conforme sigue a continuación.

1.3 Caso del Afiliado fallecido Francisco Mamani Quispe.-

En fecha 7 de abril de 2010, mediante nota PREV-CO-84/04/2010, BBVA Previsión AFP S.A. solicitó a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la no objeción para el rechazo a la Liberación de Recargo dentro del trámite de Pensión por Muerte del Afiliado Francisco Mamani Quispe.

Del Informe de Relación de Fechas que le corresponde, el ente regulador determinó (conforme consta en la nota de cargos AP/DJ/DPC/1973/2010) que, habiéndose notificado a BBVA Previsión AFP S.A. con el Dictamen de Calificación en fecha 10 de agosto de 2009, tanto el plazo para la Verificación de Requisitos de Cobertura a la que se refiere el artículo primero, como el plazo para la Verificación previa para la Liberación de Recargos a la que se refiere el artículo segundo (ambos del Manual) vencían en fecha 19 de agosto de 2009; sin embargo, tales verificaciones se realizaron posteriormente, en fecha 1° de marzo de 2010.

Con tal fundamento y resultando tales infracciones iguales a las del caso del Afiliado fallecido Juan Oly Ipamo, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en su Resolución Administrativa N° AP/DJ/N° 208/2010, sanciona a la ahora recurrente por ambos casos empero en el mismo Cargo N° 1, con una multa en común en bolivianos equivalente a $us. 2.000,00.-.

Conforme lo referido en el numeral 1.2 precedente, por efecto de la confirmación parcial de la sanción que consta en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 287-2010 y que está referida únicamente al caso del Afiliado fallecido Juan Oly Ipamo, se determina la modificación de la multa en común, ahora en el monto en bolivianos equivalente a $us. 1.750,00.- por concepto del Cargo N° 1 (para ambos casos).

A este respecto, BBVA Previsión AFP S.A. a tiempo de interponer su Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*para el caso del afiliado Francisco Mamani Quispe, el 10 de agosto de 2009 la EEC notifica a la AFP con el Dictamen 7403/09, siguiendo el procedimiento establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP 883, en el plazo de 7 días hábiles se verifico que el afiliado fallecido Francisco Mamani Quispe no tiene cobertura del Seguro de Riesgo Común*…"

La anterior resulta ser la única alegación en concreto de BBVA Previsión AFP S.A. contra el Cargo Nº 1, empero cuando le tocó acreditar su descargo, presentó copias de las notas CITE PREV-COB-REC-40/03/2010 (fojas 32 y 33) y AACBB/0028/IS009/2010 (foja 34), las que no desvirtúan o enervan el Cargo, por lo que lo mencionado en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 a foja 124, resulta evidente:

> "…*BBVA Previsión AFP S.A. hace referencia a que en plazo señalado en el párrafo anterior, realizó la verificación de requisitos de cobertura; sin embargo no remite documentación idónea que evidencie lo aseverado, por lo que el argumento de la AFP no es suficiente para levantar el hecho sancionado.*
>
> *Asimismo, el regulado tampoco hace referencia al cumplimiento del plazo para la verificación previa para la liberación de recargos*…"

Se hace notar que, a tiempo de admitir el presente Recurso Jerárquico en fecha 21 de diciembre de 2010, mediante Auto notificado a BBVA Previsión AFP S.A. en fecha 24 siguiente, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros dispuso que "...*en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con el presente Auto de Admisión, la recurrente podrá solicitar la inclusión de documentación que no curse en el expediente*…", extremo al que no se acogió la recurrente, por lo que se infiere no existir prueba a la alegación por ella señalada.

1.4 Acerca del monto de la multa por el Cargo Nº 1.-

La multa original dispuesta en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 debía ser pagada en bolivianos en un monto equivalente a $us. 2.000,00.- (DOS MIL DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por las siguientes **cuatro** infracciones:

Caso Juan Oly Ipamo	
1	Incumplimiento al artículo primero de la norma
2	Incumplimiento al artículo segundo de la norma
Caso Francisco Mamani Quispe	
3	Incumplimiento al artículo primero de la norma
4	Incumplimiento al artículo segundo de la norma

Toda vez que la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 dispone la confirmación parcial de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010, el carácter parcial de ello, recae precisamente sobre la modificación del Cargo Nº 1 y de su consiguiente sanción, de manera tal que ahora la multa impuesta que debe ser pagada en bolivianos, en un monto equivalente a $us. 1.750,00.- (UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA DÓLARES ESTADOUNIDENSES) correspondientes a las siguientes **tres** infracciones subsistentes:

Caso Juan Oly Ipamo	
1	Incumplimiento al artículo segundo de la norma

Caso Francisco Mamani Quispe	
2	Incumplimiento al artículo primero de la norma
3	Incumplimiento al artículo segundo de la norma

Cabe ahora el siguiente análisis:

- La modificación del Cargo N° 1 consiste en desestimar la sanción por el incumplimiento al artículo primero del Manual, únicamente en el caso del Afiliado fallecido Juan Oly Ipamo. Por tal desestimación, la multa ha decrecido en $us. 250,00.- (DOSCIENTOS CINCUENTA DÓLARES ESTADOUNIDENSES).

- Consiguientemente, si el incumplimiento al artículo primero del Manual en el caso del Afiliado fallecido Juan Oly Ipamo significó una multa de $us. 250,00.-, debería corresponder igual sanción al caso del Afiliado fallecido Francisco Mamani Quispe (no hay razón para un razonamiento en contrario).

- Si el incumplimiento al artículo primero del Manual entre ambos casos, significaba un total de $us. 500,00.- (QUINIENTOS DÓLARES ESTADOUNIDENSES), el incumplimiento al artículo segundo del Manual entre ambos casos, significa un total de $us. 1.500,00.- (UN MIL QUINIENTOS DÓLARES ESTADOUNIDENSES), resultantes de restar esos $us. 500,00.- de los $us. 2.000,00.- que constan como el total de la multa original.

- Divididos los $us. 1.500,00.- entre los dos casos, resultaría en $us. 750,00.- por cada uno de ellos, resultando aparentemente ese, el monto de la multa por incumplimiento al artículo segundo del Manual.

Conforme al artículo 287° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones, esa diferenciación de la sanciones ($us. 250.- por incumplimiento al artículo primero y $us. 750.- por incumplimiento al artículo segundo) debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción. La norma no determina montos concretos para cada sanción calificada, sino que concede al regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones leves "*Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses*" (artículo 291°, inciso c).

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, para el caso de una infracción leve, pudo discrecionalmente optar por cualquier monto en bolivianos equivalente hasta $us.5.000.- (CINCO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES); si bien las disposiciones de los artículos 287° y 288° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones) determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 1464/2004-R, la que establece:

"…*Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes*

discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…"

Para el caso, es de tener en cuenta lo señalado por el artículo 288º del Decreto Supremo Nº 24469, cuando dice que "*Las sanciones se aplicarán, por la Superintendencia, según la gravedad de la infracción, acción u omisión…*", de donde resulta que pretender aplicar una sanción de $us. 250,00.- por el incumplimiento del artículo primero del Manual, y luego otra tres veces mayor ($us. 750,00.-) por incumplimiento del artículo segundo, debió haberse fundamentado de manera tal, que quede claro el porqué la infracción al artículo primero del Manual no reviste tanta gravedad o trascendencia con relación a la infracción del artículo segundo del mismo Manual, fundamento que al presente se extraña y que determina, en los términos de la Sentencia Constitucional señalada, una actuación desproporcionada a las causas que la originaron.

Situación que a su vez no condice con los precedentes administrativos, dados por éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica.

2. CARGO Nº 2: DEMORA EN LA NOTIFICACIÓN DEL CAPITAL NECESARIO AL EMPLEADOR EN EL TRÁMITE DE PENSIÓN DE MUERTE.

2.1 Antecedente normativo.-

El "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador" en su artículo cuarto señala:

"*…CUARTO.- (NOTIFICACIÓN DEL CAPITAL NECESARIO AL EMPLEADOR) Una vez calculado el CNE de acuerdo a lo determinado en el Capítulo II siguiente, la AFP tiene un plazo de tres (3) días hábiles administrativos para notificar al Empleador con la Hoja de Cálculo de Capital Necesario…*"

2.2 Análisis de la controversia.-

Conforme a la Notificación de Cargos que sale de la nota AP/DJ/DPC/1973/2010 (fojas 27 a la 31), dentro del trámite de Pensión por Muerte del señor Francisco Mamani Quispe, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones determinó que BBVA Previsión AFP S.A. realizó con demora la notificación del Capital Necesario al empleador en fecha 5 de marzo de 2010, siendo que el plazo vencía el 4 de marzo de 2010, con ello se habría incumplido el artículo cuarto del Manual.

BBVA Previsión AFP S.A. a tiempo de interponer su Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*esta Administradora de Fondos de Pensiones a través de Servicio de Courrier* (sic) *contratado realizó la notificación con la Nota de Cálculo de Capital Necesario con una demora de ½ día a la empresa Lloyd Aéreo Boliviano con el Cite PREV-COB-REC 40/03/2010 de 02 de marzo de 2010, conforme se evidencia en la fotocopia que se adjunta en calidad de prueba documental...*"

Sobre el punto y toda vez que dicho argumento se repite del esgrimido a foja 109 en oportunidad del Recurso de Revocatoria, la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 287-2010 ya ha señalado que:

> "…*De acuerdo a lo dispuesto en el punto 8.4 (Contratación de Terceros) de la Cláusula Octava del contrato entre la AFP y el ente regulador, así como el inciso c) del artículo 30 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, la AFP cuenta con la posibilidad de contratar a terceros para la prestación del servicio, razón por la cual no puede deslindar su responsabilidad en un tercero.*
>
> *Independientemente a la contratación de terceros, la AFP debe prestar sus servicios a los Afiliados o Derechohabientes con responsabilidad, considerando márgenes de tiempo que permitan organizarse de la mejor manera posible y evitar este tipo de contingencias como los posibles y recurrentes retrasos que pueda ocurrir en el servicio del Courier*…"

Efectivamente; la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, señala:

> "…*ARTÍCULO 30°.- OBJETO SOCIAL UNICO. La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá tener objeto social único consistente en:*
>
> …*c) Contratar los servicios necesarios para la realización de sus actividades*…"

Por su parte, la cláusula octava del "Contrato para la Prestación de Servicios por una Administradora de Fondos de Pensiones" suscrito en fecha 18 de marzo de 1997 por la ex Superintendencia de Pensiones con Previsión BBV Administradora de Fondos de Pensiones S.A. -ahora BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A.-, en su numeral 8.4 (*Contratación de terceros*) establece que:

"…*8.4 Contratación de terceros.- La AFP puede contratar a terceros para la debida Prestación de los Servicios.* ***Dicha contratación no podrá implicar, en ningún momento, la cesión, subrogación, delegación o cualquier tipo de transferencia de la obligación personal que tiene la AFP para la Prestación de los Servicios***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De todo lo anterior se establece como evidente la demora en la notificación del Capital Necesario al empleador en el trámite de pensión de muerte del afiliado Francisco Mamani Quispe, y que la responsabilidad es atribuible exclusivamente a BBVA Previsión AFP S.A.

3. CARGO Nº 3: NO CONSIDERACIÓN DEL MONTO DE COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES EN EL CÁLCULO DEL CAPITAL NECESARIO.-

3.1 Antecedente normativo.-

El "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de Cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador" en su artículo décimo segundo señala:

"…DÉCIMO SEGUNDO. (COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES).- Si a la fecha de cálculo del Capital Necesario, la Compensación de Cotizaciones (CC) hubiera sido registrada en la SPVS, la AFP deberá realizar el cálculo considerando el monto actualizado de la CC, de conformidad a la normativa vigente.

Si la CC es mensual, el monto actualizado de la CC deberá ser considerado en el cálculo del Capital Necesario…"

3.2 Análisis de la controversia.

Conforme a la Notificación de Cargos que sale de la nota AP/DJ/DPC/1973/2010 (fojas 27 a la 31), dentro de los trámites de Pensión por Muerte de los Afiliados Juan Oly Ipamo y Francisco Mamani Quispe, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones determinó que BBVA Previsión AFP S.A. no consideró el monto de Compensación de Cotizaciones en los cálculos del Capital Necesario, incumpliendo con ello el artículo décimo segundo del Manual.

BBVA Previsión AFP S.A. a tiempo de interponer su Recurso Jerárquico, señala que:

"…*esta Administradora subsanó la omisión de la Compensación de Cotizaciones en el cálculo del Recargo, habiendo procedido a realizar un nuevo cálculo de capital Necesario incluyendo la Compensación de Cotizaciones para notificar a los empleadores para efectos del Artículo 10 y siguientes del Decreto Supremo 27324 de 22 de enero de 2004 y la Resolución Administrativa SPVS 883 de 21 de agosto de 2006. A la fecha, los empleadores notificados con los Recargos observados por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no realizaron aún el pago del Recargo, en consecuencia, esta Administradora no ocasionó ningún perjuicio o daño*

alguno…"

Sobre el punto y toda vez que dicho argumento se repite del esgrimido a foja 109 en oportunidad del Recurso de Revocatoria, la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 ya ha señalado que:

> "*…en ambos casos la AFP realizó el cálculo del Capital Necesario y la notificación a los Empleadores, sin considerar el monto de la CCM, pese a que los Certificados fueron remitidos a la AFP en fecha anterior al cálculo del recargo y una vez que esta Autoridad observó la omisión de la CCM para los dos casos, recién la AFP realizó el recálculo del recargo considerando dichos montos* (…)
>
> *…en el evento que los Empleadores hubiesen realizado el pago, la AFP habría ocasionado que paguen en monto probablemente mayor al que les corresponde, generando un perjuicio, ya que el monto de la CCM influye considerablemente en el cálculo de la reserva.*
>
> *…el incumplimiento evidentemente no ocasionó daño; sin embargo, se debe entender que para aplicar la sanción se tomó en cuenta el hecho de que el monto de CCM debió ser considerado por el regulado en el cálculo del Capital Necesario, teniendo en cuenta que dicho monto incide considerablemente en la determinación de la Reserva; situación que derivó en la notificación al Empleador de un monto erróneo de Recargo. En ese comprendido, la documentación remitida con la rectificación realizada, no significa que el hecho sancionado y sus consecuencias hayan dejado de existir necesariamente;…*"

Consiguientemente, resulta evidente que, BBVA Previsión AFP S.A. no consideró oportunamente, el monto de Compensación de Cotizaciones en el cálculo del Capital Necesario en los trámites de pensión de muerte de los afiliados Juan Oly Ipamo y Francisco Mamani Quispe, por lo que la responsabilidad de lo mismo le es atribuible.

3.3 Acerca del monto de la multa por el Cargo Nº 3.-

No obstante, debe considerarse el asidero normativo al monto de la multa, en los términos del artículo 291º, inciso c), del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de enero de 1997, por cuanto calificada la infracción como leve, la sanción de $us. 5.000.- resulta la de mayor gravedad que permite la norma en los términos del artículo 288º del mismo Decreto, cuando dice que "*Las sanciones se aplicarán, por la Superintendencia, según la gravedad de la infracción, acción u omisión*".

Para el Cargo Nº 3, resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no fundamentó en qué consiste esa mayor gravedad de la infracción leve, y el porqué no puede ser una de menor gravedad que se exprese a su vez en una multa inferior, dentro de la posibilidad dispuesta para las infracciones leves en el precitado artículo 291º, inciso c), del Decreto Supremo Nº 24469:

"…*ARTÍCULO 291. (SANCIONES PECUNIARIAS). Con el objeto de la aplicación de las multas por las infracciones cometidas a Ley de Pensiones y sus reglamentos por las AFP, la Superintendencia se sujetará a las siguientes multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción:* (…)

c) Infracción calificada como gravedad leve: ***Hasta*** *cinco mil (5.000) dólares estadounidenses*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Nuevamente se impone lo referido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 1464/2004-R (arriba mencionada), cuando establece que "*La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada… esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad*…"

Como parte del razonamiento presente: si para el Cargo N° 1 (que importa incumplimiento a los artículos primero y segundo del Manual) se impone una sanción equivalente a $us. 1.750,00.-, o si para el Cargo N° 2 (por incumplimiento al artículo cuarto del Manual) se impone una sanción equivalente a $us. 500,00.-, ambas también calificadas como infracciones leves, no existe justificación al porqué se impone una sanción equivalente a $us. 5.000,00.- para el Cargo N° 3 que importa incumplimiento al artículo decimo segundo del manual, confirmando nuevamente tratarse de una actuación aparentemente desproporcionada a las causas que la originaron, ya que no se cuenta con fundamentación que la respalde.

Por consiguiente, se impone regularizar la extrañada fundamentación como un elemento previo e imprescindible para la calificación de la gravedad en la comisión de las infracciones.

4. PERTINENCIA DE LAS SANCIONES IMPUESTAS.-

En el memorial del Recurso Jerárquico, la recurrente señala:

"…*esta Administradora no ocasionó ningún perjuicio o daño alguno y por esa realidad, bajo el principio de la verdad material establecida en el inciso d) del Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo no puede ser sancionada con el justificativo de que: "pudo haber ocasionado que los empleadores realicen el pago de un monto considerablemente mayor al que corresponde*…"

La recurrente pasa por alto, que lo que hace a la ratio essendi del presente proceso, no es si han existido perjuicios o daños para alguna de las partes, sino más bien, si ha existido negligencia en sus actuaciones, de ser el caso, si las mismas son sancionables, si la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones se encontraba facultada para imponerlas, y si las sanciones impuestas se acomodan a la normativa que rige la materia, de

manera tal que no resulten excesivas o desproporcionadas.

Por ello, conforme a lo ya señalado por la presente Resolución Ministerial Jerárquica, el extremo debe determinarse por la previa regularización de la extrañada fundamentación para la calificación de la gravedad en la comisión de las infracciones.

CONSIDERANDO:

Que, de lo expuesto se tiene que, en el presente caso la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 287-2010 de fecha 30 de noviembre de 2010, ahora impugnada, no ha realizado una correcta aplicación de la sanción que corresponda al Cargo Nº 1, como tampoco una correcta calificación de la infracción en el caso del Cargo Nº 3, determinando que las sanciones resulten desproporcionadas e inadecuadas a los fines de la norma, en infracción a los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad, y conforme a los cuales le corresponde realizar una adecuada calificación de los Cargos y aplicación de las sanciones emergentes.

Que, sin perjuicio de ello y bajo el principio de economía procesal, esta Autoridad ha realizado la compulsa necesaria para la correcta aplicación de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá resolver disponiendo la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 208-2010 de fecha 14 de septiembre de 2010 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/Nº 290-2010 DE 3 DE DICIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 019/2011 DE 28 DE ABRIL DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 019/2011

La Paz, 28 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 290-2010 de 03 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 214-2010 de 23 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el**,** Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 031/2011 de 15 de abril de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 022 de 4 de febrero de 2010, en su numeral I, se delega a la Viceministra de Política Tributaria, Dra. Julia Susana Ríos Laguna, la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexa, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica, de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, y en su inciso b) se establece la pertinencia de lo mismo en cuanto se refiere a Actuados administrativos durante la ausencia, vacación, o enfermedad del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Ing. Mario Guillén Suárez, delegación encomendada que, según el numeral II, es

temporal y mientras dure la ausencia, excusa o recusación del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Ing. Mario Guillén Suárez.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 22 de diciembre de 2010, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 03 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 290-2010 de 03 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 214-2010 de 23 de septiembre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 30 de diciembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones.**

Que, el 28 de enero de 2011, a horas 11:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 214-2010 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Que mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 214-2010 de 23 de septiembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resuelve:

"… PRIMERO.- Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:

a) Cargo N° 1 *con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

b) Cargo N° 2 *con una multa en Bolivianos equivalente a $us I.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, en cuanto a la observancia de sus obligaciones establecidas por ley, y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

SEGUNDO.- I. *Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 5 de noviembre de 2010 **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 214-2010 de 23 de septiembre de 2010 con la siguiente argumentación:

"… ANTECEDENTES.-

Mediante nota AP/DJ/2279/2010 de fecha 11 de agosto de 2010 la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones inicia proceso sancionatorio contra nuestra Administradora de Fondos de Pensiones de acuerdo a reclamo presentado por la Honorable Cámara de Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional, imputando los siguientes cargos:

Cargo Nº 1:

Existen indicios de incumplimiento al artículo 105 del decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, debido a que la información contenida en la Cuenta Individual de los Afiliados no puede darse a conocer a terceras personas a no ser mediante Orden Judicial, sin embargo en el presente caso la solicitud de la información fue ordenada por el Juez tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario como resultado de un proceso formal seguido por el Honorable Senado Nacional contra MARIA TERESA MARTINEZ VELEZ DE MARQUEZ y de manera expresa y motivada expedida por autoridad competente.

Cargo Nº 2:

Existen indicios de incumplimiento al artículo 31 de la Ley de Pensiones Nº 17362 (sic) de 29 de noviembre de 1996, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones establecidas por ley, y al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, considerando que Futuro de Bolivia AFP S.A. no actuó con el grado de diligencia exigido al remitir la información solicitada mediante Orden Judicial con una demora mayor a 34 días.

Nuestra Administradora de Fondos de Pensiones dentro del plazo establecido en la nota de cargos AP/DJ/2279/2010 de fecha 11 de agosto de 2010, presentó sus descargos mediante nota FUT AP AL 1519/2010, los mismos que a criterio de ese órgano regulador no cuentan con elementos suficientes que permitan desvirtuar las infracciones y ante la supuesta insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control Social

de Pensiones (AP) concluye que corresponde una sanción, la misma que es efectivizada mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 214-2010 de fecha 23 de septiembre de 2010, la misma que en su parte Resolutiva establece lo siguiente:

a) ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por infracción a lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

b) ***Cargo N° 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us l.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, en cuanto a la observancia de sus obligaciones establecidas por ley, y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

ANALISIS DE LOS CARGOS IMPUTADOS Y DE LAS SANCIONES IMPUESTAS.-

Con relación al Cargo N° 1:

La AP basa sus cargo a la respuesta de nuestra Administradora de Fondos de Pensiones en el Oficio L.P. OF. N° 357/2010 presentado en nuestra oficina de la Regional La Paz sita (sic) en la Plaza del Estudiante, sin considerar los siguientes extremos:

a) *El oficio L.P. Of. N° 357/2010 de fecha 12 de mayo de 2010 no establece en ninguno de sus acápites el número de la cedula de identidad de la Sra. MARIA TERESA MARTINEZ VELEZ DE MARQUEZ, como asevera La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en el sexto párrafo del cuarto considerando de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 214-2010 de fecha 23 de septiembre de 2010.*

   Por este motivo su Autoridad no ha considerado en su integridad los descargos presentados por nuestra AFP ni los alcances de la nota cursada al Dr. Eduardo Condo Juez Tercero de Partido, Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario en fecha 9 de junio de 2010, en la cual se establece la necesidad de la identificación de la Afiliada a través de su número de Cédula de Identidad a efecto de cumplir lo establecido por la norma supuestamente infringida.

b) *El oficio L.P. Of. N° 357/2010 de fecha 12 de mayo de 2010 establece en la transcripción del Decreto cursante a fojas ciento setenta y cuatro de obrados de fecha 5 de mayo de 20010 (sic)…. "Ofíciese a las oficinas de COTEL y AFP´s FUTURO y PREVISIÓN* ***a los fines solicitados con las formalidades de Ley"****. (las negrillas son nuestras). A efectos de dar dicha formalidad, y tratándose nuestra entidad de una persona jurídica, debió notificarse el actuado procesal a la representante legal de la misma, además de que el oficio debió dirigirse a nuestra institución con la Razón Social correcta, es decir, Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

c) *Como se puede observar del análisis precedente la Orden Judicial no ha cumplido con las formalidades de Ley, no solo por no contar con el número de Cédula de Identidad de la coactivada MARIA TERESA MARTINEZ VELEZ DE MARQUEZ, sino también porque dicho acto procesal no fue notificado al representante Legal de nuestra AFP, haciendo referencia errónea de nuestra razón social.*

d) *Por otra parte nuestra Administradora ha advertido al juez que conduce el proceso coactivo fiscal la necesidad de la identificación de la Afiliada a través de su número de Cedula de Identidad a efectos de otorgar la información de la Cuenta Individual mediante nota de fecha 9 de junio de 2010. Por lo que el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz pudo utilizar los medios necesarios para conminar el cumplimiento de la orden judicial con la aclaración respectiva a la cédula de identidad de la Afiliada MARIA TERESA MARTINEZ VELEZ DE MARQUEZ. Esto demuestra que hemos dado respuesta a la orden judicial, pidiendo aclaración sobre la afiliada, como corresponde.*

En razón a lo explicado precedentemente nuestra institución ha actuado dentro del marco de la legalidad y velando por la confidencialidad de la información de la cuenta individual de nuestra afiliada; ha cumplido lo establecido por el artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, ***por no ser la orden judicial expresa, no contar con un término perentorio para su cumplimiento y encontrase está sujeta a la condición del cumplimiento de las formalidades de ley -formalidades que no fueron cumplidas-*** *por lo que consideramos la imposición de la sanción pecuniaria como injusta e ilegal y por lo tanto atentatoria a nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos.*

Adicionalmente, ratificamos a su autoridad que no se incumplió el artículo 105 del D.S. N° 24469 (Decreto Reglamentario de la Ley de Pensiones), ya que la Cuenta Individual de nuestros afiliados gozan de Confidencialidad de acuerdo a lo expresamente estipulado en este artículo que a la letra dice:

…"La información contenido (sic) en el estado de cuenta, y la información de la Cuenta Individual de los Afiliados no podrá darse a conocer a terceras personas a no ser mediante orden judicial o autorización de la Superintendencia expresa y para cada caso".

Como su autoridad podrá comprobar el decreto del Juez no es expreso y menos aún determina que se brinde información o certificación del caso en particular, por el contrario, como manifestamos solo ordena oficios a varias instituciones como ser COTEL y AFP´s FUTURO Y PREVISION a los fines solicitados con las formalidades de ley.

El texto del Juez de "fines solicitados", no determinan que sea expreso y menos aún individualiza el caso y adicionalmente lo condiciona al cumplimiento de otras formalidades de ley.

Nuestra empresa, en estricto cumplimiento del Art. 105 del D.S. 24469, guarda y cuida celosamente la información del Estado de Cuenta y la información de la Cuenta Individual de nuestros afiliados.

Adicionalmente, el Contrato de Prestación de Servicios suscrito con la ex Superintendencia de Pensiones, actualmente Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en su cláusula vigésimo segunda, determina claramente sobre la Confidencialidad, en la obligación de guardar la documentación e información relacionadas con los Servicios, no pudiendo revelarlos salvo que exista disposición en la Ley de Pensiones, Normas Reglamentarias, requerimiento de ley o de autoridad competente; en el presente caso el D.S. 24469 prohíbe la divulgación de la información salvo que sea mediante orden judicial expresa y para cada caso.

Por lo expuesto no es correcto señalar que se habría incumplido el Art. 105 por el contrario velando por la confidencialidad de la información de nuestros afiliados, no se la pudo revelar en el primer oficio y si se la brindó en cumplimiento a su instrucción mediante nota AP/DJ/1863/2010.

Finalmente, sin perjuicio de lo expresado precedentemente se debe considerar también que Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha actuado con preterintencionalidad, es decir, nuca (sic) ha pretendido causar daño y menos que este haya sido mayor al previsto, por lo que en todo caso nuestra conducta, que ha estado orientada al cumplimiento estricto de la norma del SSO velando los intereses y la guarda de la confidencialidad de la información de nuestros Afiliados ha sido sin intencionalidad, sin causar daño a los Fondos que Administramos, a la otra AFP, al mercado donde actuamos, a los beneficios del SSO y en general a ningún Afiliado del SSO, por lo que al no haberse establecido la conducta preterintencional, en el caso de mantener la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones su postura respecto a la infracción, correspondería aplicar lo establecido por el inciso d) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

Con relación al cargo Nº 2:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones basa su cargo en el rechazo a la orden judicial emanada por el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz; y, la demora de 34 días en responder a la misma. Motivo por el cual sanciona a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por infracción a los dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Pensiones Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, en cuanto a la observancia de sus obligaciones establecidas por ley, y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997. Sin considerar los siguientes extremos:

a) *La orden Judicial emitida por el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz no ha cumplido con las formalidades de Ley, por lo que no ha generado la obligación de la respuesta, sin embargo de ello nuestra AFP ha cumplido con advertir al juez que se debe individualizar a la Afiliada proporcionando en (sic) número de Cédula de Identidad.*

b) *Nuestra AFP ha cumplido con su obligación de velar por la confidencialidad de la información de la cuenta individual de la Afiliada, en estricta aplicación a lo establecido por el artículo 105 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y la cláusula vigésimo segunda del contrato de Prestación de Servicio suscrito con la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros. Por lo que más bien actuando con el cuidado exigible a un buen padre de familia y sin ocasionar daños a los fondos ni a la Afiliada, Futuro de Bolivia S.A. AFP ha respondido la orden judicial emitida por el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz, motivada por la ausencia de las formalidades de ley, por lo que no ha vulnerado lo establecido por el inciso s) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996.*

   Del análisis precedente se desprende nuevamente que nuestra AFP no ha vulnerado el marco normativo vigente del SSO en cuanto al cumplimiento de otras obligaciones, y tampoco ha actuado con preterintencionalidad, por lo que en todo caso nuestra conducta ha sido sin intencionalidad.

   PETITORIO.-

   Tomando en cuenta los antecedentes del caso, el análisis de los cargos y sanciones impuestas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones contra Futuro de Bolivia S.A. AFP; y, toda vez que ha sido vulnerado el principio de proporcionalidad que rige el Procedimiento Administrativo; y, conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de de (sic) *la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº214-2010 de 23 de septiembre de 2010 y en conformidad a la normativa legal vigente…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/AP/DJ/Nº 290-2010 DE 03 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa/AP/DJ/ Nº 290-2010 de 03 de diciembre de 2010 se confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ Nº 214-2010 de 23 de septiembre de 2010, bajo los siguientes fundamentos:

"…Que para una objetiva y equilibrada apreciación, es importante referir los criterios legales que llevaron a esta Autoridad Reguladora a imputar los cargos señalados en la ***R.A.214-2010,*** *por una parte el Oficio ordenado por el Juez Tercero de Partido Administrativo Coactivo Fiscal y Tributario, transcribió los datos de la demandada, nombre completo y número de Cédula de Identidad, y si se revisaba a detalle dicha*

instrucción la misma contemplaba en su contenido la información que la Autoridad Judicial requería. Por otra parte, no existen razones que justifiquen el incumplimiento a una orden judicial, así como el rechazo a la solicitud de información y posteriormente la exagerada demora en la emisión de la respuesta.

Que del análisis a los argumentos planteados por el regulado en su Recurso de Revocatoria, se tiene por una parte que es innegable lo dispuesto en el precepto normativo contenido en el artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que claramente dispone lo siguiente:

"...La información contenida en el estado de cuenta, y la información de la Cuenta Individual de los Afiliados ***no podrá darse a conocer a terceras personas a no ser mediante orden judicial o autorización de la Superintendencia expresa y para cada caso.*** *" (las negrillas y subrayado son nuestros).*

Que la normativa antes descrita establece con sana claridad que la información contenida en la Cuenta Individual de los Afiliados no podrá darse a conocer a terceras personas a no ser mediante Orden Judicial, o autorización del Ente Regulador expresa y para cada caso.

Que en el caso que nos refiere, la solicitud de información fue ordenada por el Juez Tercero de Partido Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario mediante Oficio N° 357/2010 de fecha 12 de mayo de 2010, como resultado de un proceso ordinario seguido por el Honorable Senado Nacional contra MARIA TERESA MARTINEZ VELEZ DE MARQUEZ.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta que la Orden Judicial no ha cumplido con las formalidades de Ley, no sólo por no contar con el número de Cédula de Identidad de la coactivada MARIA TERESA MARTINEZ VELEZ DE MARQUEZ, sino también porque dicho acto procesal no fue notificado al representante legal de la AFP, haciendo referencia errónea de la razón social. Sin embargo, en el marco del Principio de Verdad Material, se observa que el Oficio N° 357/2010 de fecha 12 de mayo de 2010, expresa con meridiana claridad al inicio de dicho documento, los nombres y apellidos de la señora Martínez, así' como el número 488202 L.P. correspondiente a la Cédula de Identidad. Por lo tanto, el argumento de la AFP no es acertado, por no condecir con la documentación con la que se cuenta para dicho trámite. Asimismo, es importante precisar que Futuro de Bolivia S.A. AFP tenía la potestad de requerir al Juez de la causa la complementación o aclaración correspondiente a la Orden Judicial dictada por el Juez Tercero de Partido Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario para considerar la necesidad de mayores datos a fin de atender la solicitud, pero de ninguna manera rechazar el cumplimiento de la misma.

Que en cuanto a que dicho acto procesal no fue notificado al representante legal, este aspecto no tiene el asidero legal ni fáctico suficiente para que la AFP no cumpla con la Orden Judicial, debido a que el regulado tomo conocimiento de la instrucción del Juez por otros medios que tiene la AFP, por lo que no es óbice para el

cumplimiento de la obligación jurisdiccional, que el representante de la entidad haya recibido personalmente la solicitud.

Que continuando con el análisis de los fundamentos contenidos en el Recurso de Revocatoria se tiene lo siguiente:

"...Con relación al Cargo N° 2:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones basa su cargo en el rechazo a la orden judicial emanada por el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz; y, la demora de 34 días en responder a la misma. Motivo por el cual sanciona a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 1.000,00 (UN MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Pensiones N° 1372 (sic) *de 29 de noviembre de 1996, en cuanto a la observancia de sus obligaciones establecidas por ley, y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997. Sin considerar los siguientes extremos:*

a) La orden judicial emitida por el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz no ha cumplido con las Formalidades de Ley, por lo que no ha generado la obligación de la respuesta, sin embrago de ello nuestra AFP ha cumplido en advertir al juez que se debe individualizar a la Afiliada proporcionando en numero (sic) de Cedula de Identidad.

b) Nuestra AFP ha cumplido con su obligación de velar por la confidencialidad de la información de la cuenta individual de la Afiliada, en estricta aplicación a lo establecido por el artículo 105 del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y la cláusula vigésimo segunda del contrato de Prestación de Servicio suscrito con la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros. Por lo que más bien actuando con el cuidado exigible a un buen padre de familia y sin ocasionar daños a los fondos ni a la Afiliada, Futuro de Bolivia S.A. AFP ha respondido la orden judicial emitida por el Juez Tercero (sic) Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz, motivada por la ausencia de las formalidades de ley, por lo que no ha vulnerado lo establecido por el inciso s) del artículo 31 de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996.

Del análisis precedente se desprende nuevamente que nuestra AFP no ha vulnerado el marco normativo vigente del SSO en cuanto al cumplimiento de otras obligaciones, y tampoco ha actuado con preterintencionalidad, por lo que en todo caso nuestra conducta ha sido sin intencionalidad."

Que como resultado de un análisis ordenado, es importante precisar algunos conceptos, señalando que una Orden Judicial es entendida como el acto procesal proveniente de un tribunal competente, en el cual se resuelven las peticiones de las partes, y en el que se autoriza u ordena el cumplimiento de determinadas medidas.

Que en la mayoría de las legislaciones, existen algunos requisitos que son generales, aplicables a todo tipo de órdenes judiciales, tales como fecha y lugar de expedición, nombre y firma del o los jueces que las pronuncian; y otros específicos para cada orden, considerando la naturaleza de ellas, como la exposición del asunto (individualización de las partes, objeto, peticiones), consideraciones y fundamentos de la decisión (razonamiento jurídico).

Para mayor abundancia el artículo 90, parágrafo I, del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente:

***"ARTICULO 90.- (CUMPLIMIENTO DE NORMAS PROCESALES)** Las normas procesales son de orden público y, por tanto, de cumplimiento obligatorio, salvo autorización expresa de la ley."*

Que es obligación de toda persona, entre ellas las instituciones vigiladas por esta Autoridad, sus administradores o representantes legales, acatar debida y oportunamente las órdenes judiciales, puesto que su incumplimiento puede dar lugar a la violación de normas procesales, con todos los efectos que ello implica.

Que la norma jurídica al ser obligatoria contiene en sí misma una manifestación de coerción, donde los sujetos de derecho tienen el deber de cumplir una instrucción mandatoria y no facultativa emitida por autoridad plenamente competente; por lo tanto, la AFP por mandato expreso de la Ley tenía la obligación de cumplir con lo dispuesto por el artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, entregando la información requerida por la Autoridad Judicial competente.

Que el grado de diligencia que se exige a las AFP en el cumplimiento de sus obligaciones se refiere precisamente a aquellas actuaciones oportunas que debe realizar debiendo conducir sus actividades con apego a la norma, la que es de cumplimiento inexcusablemente obligatorio.

Que consecuentemente Futuro de Bolivia S.A. AFP no atendió de manera oportuna y adecuada la Orden Judicial dictaminada por el Juez Tercero de Partido Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario al remitir la información solicitada mediante Orden Judicial con una demora mayor a 34 días.

Que por todo el análisis efectuado, el recurrente plantea su petitorio bajo los siguientes argumentos:

"PETITORIO.-

Tomando en cuenta los antecedentes del caso, el análisis de los cargos y sanciones impuestas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones(sic) contra Futuro de Bolivia S.A. AFP; y toda vez que ha sido vulnerado el principio de proporcionalidad que rige el Procedimiento Administrativo; y conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de los establecido por el artículo 24 de la

Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 214-2010 de fecha 23 de septiembre de 2010 y en conformidad a la normativa legal vigente..."

Que asimismo, esta Autoridad reguladora concluye señalando que la parte recurrente no ha precisado de manera objetiva cuales son los daños o perjuicios a sus derechos subjetivos o intereses legítimos ocasionados por la Resolución Administrativa impugnada (….)"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 22 de diciembre de 2010, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 290-2010 de 3 de diciembre de 2010, con los siguientes argumentos:

"(…)Dentro del plazo establecido por el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 interpongo recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 290-2010 de fecha 03 de diciembre de 2010, la misma que fue notificada legalmente a nuestra empresa en fecha 08 de diciembre del presente, por ser la misma atentatoria a nuestro derechos subjetivos y legítimos intereses al haber confirmado totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 214-2010 de 23 de septiembre de 2010, bajo los siguientes fundamentos:
Con relación al Cargo N°1:

a) *El oficio LP. Of. N° 357/2010 de fecha 12 de mayo de 2010 establece en la transcripción del decreto cursante a fojas ciento setenta y cuatro de obrados de fecha 5 de mayo de 2010 ..."Ofíciese a las oficinas de COTEL y AFP's FUTURO y PREVISION **a los fines solicitados con las formalidades de Ley**", (las negrillas son nuestras). A efectos de dar dicha formalidad, y tratándose nuestra entidad de una persona jurídica, debió notificarse el actuado procesal a la representante legal de la misma, además de que el oficio debió dirigirse a nuestra institución con la Razón Social correcta, es decir, Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

   Además que el texto del juez de "a los fines solicitados", no es expreso ni individualiza a la Afiliada, además de estar condicionado al cumplimiento de otras formalidades de Ley.

b) *Por otra parte y como reconoce ampliamente nuestra jurisprudencia, el acto jurídico que produjo la obligación de respuesta es la orden del juez, y no la solicitud efectuada en este caso por Oficial Mayor de la H. Cámara de Senadores, por lo que en uso de la potestad jurisdiccional que ostenta la mencionada autoridad judicial, esta debió ordenar en el marco de lo establecido por el último párrafo del artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 de manera expresa, la otorgación de la información de la Cuenta Individual de la Afiliada.*

c) *También es necesario considerar que en el ámbito de la competencia jurisdiccional, ante un supuesto incumplimiento del mandato judicial, debió ser el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz, quien en aplicación de lo establecido por Art. 184 del Código de Procedimiento Civil (SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE MANDATO JUDICIAL), determine la correspondencia o no de la aplicación de una multa o sanción progresiva tendiente al cumplimiento del mandato judicial.*

Como se puede observar del análisis precedente la Orden Judicial no ha cumplido con las formalidades de Ley, porque dicho acto procesal no fue notificado al representante Legal de nuestra AFP, sin contar además la consignación errónea de nuestra razón social.

Por otra parte nuestra Administradora mediante nota mediante nota de fecha 9 de junio de 2010 recibida por el juzgado en fecha 18 de junio de 2010, ***ha respondido el Oficio Nº 357/2010 al juez que conduce el proceso coactivo fiscal,*** *advirtiendo la necesidad de una orden expresa con la identificación de la Afiliada a través de nombre y su número de Cedula de Identidad a efectos de otorgarla información de la Cuenta Individual. Por lo que el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz pudo utilizar su potestad jurisdiccional y aplicar lo previsto por los medios que la ley le faculta para conminar el cumplimiento de la orden judicial si hubiera apreciado su incumplimiento. En razón a lo explicado precedentemente nuestra institución ha actuado dentro del marco de la legalidad y velando por la confidencialidad de la información de la cuenta individual de nuestra afiliada; ha cumplido lo establecido por el artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997,* ***por no ser la orden judicial expresa, no contar con un término perentorio para su cumplimiento y encontrase está sujeta a la condición del cumplimiento de las formalidades de ley -formalidades que no fueron cumplidas-*** *por lo que consideramos la imposición de la sanción pecuniaria como injusta e ilegal y por lo tanto atentatoria a nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos.*

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente se debe considerar también que Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha actuado con preterintencionalidad, es decir, nunca ha pretendido causar daño, por lo que en todo caso nuestra conducta, que ha estado orientada al cumplimiento estricto de la norma del SSO velando los intereses y la guarda de la confidencialidad de la información de nuestros Afiliados ha sido sin intencionalidad, sin causar daño a los Fondos que Administramos, (sic)a la otra AFP, al mercado donde actuamos, a los beneficios del SSO y en general a ningún Afiliado al SSO, por lo que al no haberse tipificado la conducta preterintencional, y al no ser esta conducta reiterativa, no corresponde la sanción impuesta.

Con relación al Cargo Nº 2:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones basa su cargo en el rechazo a la orden judicial emanada por el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz; y, la demora de 34 días en responder a la misma por lo que

supuestamente se hubiera infringido lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Pensione N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, en cuanto a la observancia de sus (sic) obligaciones establecidas por ley, y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997. Sin considerar los siguientes extremos.

a) *La orden Judicial emitida por el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz no ha cumplido con las Formalidades de Ley, por lo que no ha generado la obligación de la respuesta, sin embargo de ello nuestra AFP ha cumplido con sus obligaciones, y ha respondido el Oficio N° 357/2010 informando al juez la necesidad de* ***una orden expresa con la individualización de la Afiliada*** *a través de su nombre y número de documento de identidad.*

b) *Nuestra AFP ha cumplido con su obligación de velar por la confidencialidad de la información de la cuenta individual de la Afiliada, en estricta aplicación a lo establecido por el artículo 105 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y la cláusula vigésimo segunda del contrato de Prestación de Servicio suscrito con la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (actualmente la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones) que determina claramente sobre la Confidencialidad, en la obligación de guardar la documentación e información relacionadas con los Servicios, no pudiendo revelarlos salvo que exista disposición en la Ley de Pensiones, Normas Reglamentarias, requerimiento de ley o de autoridad competente; en el presente caso el D.S. 24469 prohíbe la divulgación de la información salvo que sea mediante* ***orden judicial expresa y para cada caso.*** *Por lo que más bien actuó con el cuidado exigible a un buen padre de familia y sin ocasionar daños a los fondos ni a la Afiliada.*

c) *Futuro de Bolivia S.A. AFP ha respondido la orden judicial emitida por el Juez Tercero Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario de La Paz, motivada por la ausencia de las formalidades de ley, por lo que no ha vulnerado lo establecido por el inciso s) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996.*

   Adicionalmente, es importante tomar en cuenta que esta disposición (Art. 31 inc. s) determina expresamente lo siguiente:

   "Cumplir con otras actividades y obligaciones establecidas por ley, ***reglamentos o contratos suscritos*** *con la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros". (las negrillas son nuestras)*

   En el presente caso que se nos imputa, nuestra empresa cumplió en forma estricta y a cabalidad nuestras obligaciones establecidas en el reglamento (Art. 105 del D.S. 24469) y al contrato suscrito (cláusula vigésima segunda), al guardar la confidencialidad de la información de la Cuenta Individual y del Estado de Cuenta de nuestra afiliada María Teresa Martínez Vélez de Márquez, al no haber sido la orden del Juez ***expresa y para el caso en particular.***

Del análisis precedente se desprende que nuestra AFP no ha vulnerado el marco normativo vigente del SSO en cuanto al cumplimiento de otras obligaciones, y tampoco ha actuado con preterintencionalidad, por lo que en todo caso nuestra conducta ha sido sin intencionalidad, velando por la confidencialidad de la información de la Cuenta Individual de nuestra Afiliada, a la cual nos encontramos obligados por Ley por el Contrato de Prestación de Servicios descrito anteriormente.

PETITORIO.-

Al haberse conculcados (sic) *nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 290-2010 de fecha 03 de diciembre de 2010; que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 214-2010 de fecha 23 de septiembre de 2010…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

En fecha 23 de septiembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, emite la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 214-2010, misma que determina sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo N° 1 con una multa en Bolivianos equivalente a $us.4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

La sanción ha sido impuesta, debido a que Futuro de Bolivia S.A. AFP, habría omitido dar cumplimiento a la Orden Judicial emanada por el Juez Tercero Administrativo Coactivo Fiscal y Tributario, mediante Oficio N° 357/2010 de fecha 12 de mayo de 2010, que instruía proporcionar información sobre las aportaciones que pudiera haber efectuado la coactivada María Teresa Martínez Vélez de Márquez.

Consecuentemente, corresponde revisar la determinación del artículo 105 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, mismo que en su parte pertinente señala:

"…*El formato del estado de cuenta deberá ser autorizado por la Superintendencia y las AFP no podrán efectuar publicidad o propaganda a través del mismo. La información contenida en el estado de cuenta, y la información de la Cuenta Individual de los Afiliados no podrá darse a conocer a terceras personas* ***a no ser mediante orden judicial o autorización de la Superintendencia expresa y para cada caso."*** (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que, se colige que la documentación del estado de cuentas, sólo puede darse a terceras personas, por dos medios claramente delimitados, el primero a través de una orden judicial y el segundo previa autorización expresa de la Autoridad Fiscalizadora.

Que, conforme a los actuados cursantes en el expediente administrativo, tenemos que a Fs. 10, cursa la Nota AP/DJ/1863/2010 recepcionada en fecha 01 de julio de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, por la cual, instruye a Futuro de Bolivia S.A. AFP, a dar cumplimiento con lo ordenado por el Juzgado Tercero de Partido Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario, en el plazo de 24 horas de recibida la mencionada nota.

Que, en respuesta a la referida nota AP/DJ/1863/2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala que el informe ordenado por el juzgado, ya fue elaborado, sin embargo por encontrarse el mismo en vacación judicial hasta el 19 de julio de los corrientes, no podían presentarlo, sino una vez reiniciadas las labores judiciales, haciendo llegar una copia simple de la respuesta elaborada.

Que, en fecha 19 de julio de 2010, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**,** dio cumplimiento a lo ordenado por la orden judicial, hecho que se puede constatar de la nota enviada al Juez Tercero de Partido Administrativo Coactivo Fiscal y Tributario Dr. Eduardo Condo, informando las contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, que cuenta la Sra. María Teresa Martínez Vélez de Márquez con C.I. 488202 LP.

Que, a su vez se tiene la nota de Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones, con cite FUT.AP.AL 1212/2010 de 22 de julio de 2010 a Fs. 2 dirigida al Ing. Javier Lijerón Loayza, Director Ejecutivo de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, informándole sobre la remisión de la documentación solicitada al Juez Tercero Administrativo Coactivo Fiscal y Tributario, Dr. Eduardo Condo.

Consecuentemente con lo anterior, se evidencia que la AFP dio cumplimiento tanto a lo solicitado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, así como a la orden judicial emanada por autoridad competente, por lo que la obligación contenida en el artículo 105, la AFP si cumplió, independientemente de que para el cumplimiento de éste hayan trascurrido treinta y cuatro (34) días desde la orden emanada por el Juez del caso, hecho que no puede ser nuevamente considerado, al estar inmerso y sancionado en el segundo cargo, que merecerá la compulsa respectiva.

Que, pese a la contundencia de la conclusión que arriba ésta instancia jerárquica, en el párrafo anterior, importa analizar algunos elementos adicionales en los que habría incurrido la Autoridad Fiscalizadora.

De la fundamentación en la resolución recurrida sobre el presente cargo se puede deducir que la AP ha entrado en una extraña contradicción, primero al indicar que, "*no existen razones que justifiquen el incumplimiento a una orden judicial*", y en otro párrafo de su resolución indica que, "*la AFP tenía la potestad de requerir al Juez de la causa la complementación o aclaración correspondiente a la Orden Judicial*", potestad que se ha manifestado por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante la nota presentada al juzgado, en fecha 18 de junio de 2010, misma que cursa en el expediente y no mereció el análisis correspondiente.

De la misma manera, la Autoridad Fiscalizadora, entra en contradicción al señalar que ha existido incumplimiento a la orden judicial, y posteriormente asevera la existencia de una exagerada demora en la respuesta, de esta última frase; "**exagerada demora en la respuesta"** se puede deducir que la AFP ha cumplido con la orden judicial y por ende con la emisión de la información requerida, independientemente de un determinado tiempo, el cual conforme ya se señaló, será analizado en el segundo cargo.

Que en el presente caso, no puede tomarse como incumplimiento al Artículo 105 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, por parte de la AFP, toda vez que la propia Autoridad Fiscalizadora, **procede con la instrucción de dar cumplimiento a la Orden Judicial y dicha instrucción es acatada por la AFP,** cumpliéndose así con el objeto y con el fin de la orden judicial.

Que, la Autoridad Fiscalizadora debe regir sus actos en estricta sujeción al debido proceso, debiendo haber verificado que tanto el cargo uno como el dos se encuentran íntimamente ligados, por lo que, si se va a sancionar por retraso en la entrega de la información no puede ya tomarse la falta de presentación de la misma, ya que dicho proceder configuraría la doble imposición de sanción.

De lo expuesto se tiene que en el presente cargo la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/ Nº 290-2010 de 3 de diciembre de 2010, ha hecho un incorrecto análisis y valoración de la prueba, cayendo en contradicción sobre los extremos vertidos en su resolución recurrida, habiéndose demostrado por parte de la AFP el cumplimiento de la orden judicial emanada por autoridad competente, así como la instrucción emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Se tiene que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, ya se habría pronunciado sobre la falta de motivación y congruencia señalando lo siguiente:

> "*Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia*

Administrativa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 a señalado:

"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda.

Que a su vez el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo al respecto, señala:

"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

"Los actos administrativo serán motivado con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando Resuelvan recursos administrativos …"

De lo expuesto se tiene que en el presente caso la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 290-2010 de 03 de diciembre de 2010, ha omitido una parte esencial de la misma en cuanto a la motivación del cumplimiento de la orden judicial por cuanto la Resolución antes referida no tiene el sustento legal adecuado, actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente.

Asimismo del análisis legal de los dos cargos imputados por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones se tiene que la misma ha realizado una imputación, valoración y fundamentación incorrecta, toda vez que se ha sancionado a la AFP dos veces por la misma infracción, es decir, el cargo uno, por cumplir la orden judicial con exagerada demora y el cargo dos, por no cumplir con diligencia la orden judicial, que a la final vine a ser lo mismo, el cumplimiento con demora, lo cual atenta una de las garantías jurisdiccionales consagradas en el parágrafo II del artículo 117 de la Constitución Política del Estado, que señala:

"…*II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho*…"

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sea a defectos de forma, o cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

Que, en este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad al verse afectados procedimientos y en especial derechos consagrados del recurrente como el derecho a la valoración de la prueba y el derecho a la defensa, por lo que el presente proceso debe anularse conforme lo señalado líneas atrás.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos AP/DJ/2276/2010 de fecha 11 de agosto de 20Li10 inclusive, debiendo emitirse nueva nota de cargos conforme a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 004-2011 DE 10 DE ENERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 020/2011 DE 28 DE ABRIL DE 2011

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2011

La Paz, 28 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 004-2011 de fecha 10 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 257-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 005/2011 de fecha 10 de marzo de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 032/2011 de fecha 18 de abril de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 022 de 4 de febrero de 2010, se delega de manera temporal a la Viceministra de Política Tributaria, Dra. Julia Susana Ríos Laguna, la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexa, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica, de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a Actuados administrativos durante la ausencia, vacación, o enfermedad del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Ing. Mario Guillén Suárez.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 31 de enero de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** representada legalmente por René Nicolás Nogales Rodríguez, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 627/2008 otorgado en fecha 24 de noviembre de 2008, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 004-2011 de fecha 10 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 257-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros).

Que, mediante nota AP/DJ/192/2011 con fecha de recepción 3 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 004-2011 de fecha 10 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 257-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 4 de febrero de 2011, notificado en fecha 8 de febrero de 2011.

Que, en fecha 11 de abril de 2011 y mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 079/2011, se solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que con carácter de documentación complementaria, se remita a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, copias de las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008, y AP/DPC/1513/2010 de mayo de 2010, requerimiento que fue atendido favorablemente mediante nota APS/DPC/124/2011, presentada por esa Autoridad en fecha 13 de abril de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN CON CARGOS DE LA NOTA AP/DJ/DPC/2541/2010 DE FECHA 3 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Por nota AP/DJ/DPC/2541/2010 de fecha 3 de septiembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con los cargos, conforme sale a continuación:

"…***II.- <u>IMPUTACIÓN DE CARGOS:</u>***

CARGO Nº 1

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 y a la nota AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010; al evidenciar que BBVA Previsión AFP S.A. durante la fiscalización realizada, no ha presentado once (11) expedientes correspondientes a los NUA: 0032854, 7005192, 100350884, 13880949, 12232841, 27778009, 100342255, 32980267, 37445388, 36350266 y 37685685, pertenecientes a los Afiliados que se acogieron a la Devolución Total del Capital Acumulado en Cuenta Individual.

CARGO Nº 2

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, a la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 de diciembre de 2000 y la nota AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010; al evidenciar que en doce (12) expedientes correspondientes a los NUA: 31984538, 35974667, 36655557, 20170555, 1715291, 8547439, 31820311, 36497459, 32358672, 32646409, 1760695 y 32498354, la AFP no adjuntó el Poder Especial otorgado por el Afiliado para el trámite de Devolución Total.

CARGO Nº 3

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 123 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 de diciembre de 2000 y las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008 y AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010; al evidenciar que en dieciocho (18) expedientes correspondientes a los NUA: 20347285, 32112117, 27026140, 19987493, 17358863, 8439281, 100343171, 36901490, 100211495, 36847291, 100512707, 2811601, 11597689, 27232785, 4179717, 14669547, 129276 y 36030831; la AFP no adjuntó el Certificado emitido por el SENASIR.

CARGO Nº 4

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997; al evidenciar que en tres (3) trámites correspondientes a los NUA: 27154269, 16678655 y 32637251, pertenecientes a los Afiliados que se acogieron a la Devolución Total del Capital Acumulado en Cuenta Individual, la AFP no consideró que los Certificados expedidos por el SENASIR no contaban con la firma del funcionario designado.

CARGO Nº 5

Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 40 parágrafo I. del Decreto Supremo Nº 29423 de 16 de enero de 2008 y en el artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537 de 01 de mayo de 2008; al evidenciar que en el caso correspondiente al NUA 32331794, la AFP dio curso al trámite de Devolución Total del Capital Acumulado en Cuenta Individual y efectivizó el pago, sin considerar que el Afiliado contaba con más de ciento ochenta (180) cotizaciones realizadas el Sistema de Reparto y al Seguro Social Obligatorio de largo plazo..."

2. NOTA PREV PR 896-10 DE FECHA 12 DE OCTUBRE DE 2010, RESPUESTA A LA NOTA AP/DJ/DPC/2541/2010.-

Por nota PREV PR 896-10 de fecha 12 de octubre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** responde a los cargos señalados en los siguientes términos:

"*…En respuesta a su nota de referencia, tengo a bien informarle lo siguiente:*

- ***Cargo Nº 1***

Adjunto remito a su autoridad los expedientes de solicitud de Devolución Total de Capital Acumulado en Cuenta Individual de los NUA's: 7005192, 100350884, 13880949, 12232841, 27778009, 100342255, 32980267, 37445388, 36350266 y 37685685. Con referencia a la solicitud reclamada por el NUA 0032854, le informo que ese NUA no se encuentra registrado en esta Administradora de Fondos de Pensiones.

- ***Cargo Nº 2***

Adjunto remito a usted copia de los poderes otorgados por los afiliados para el tramite (sic) *de Devolución Total, que cursan en los expedientes de solicitud de Devolución Total de Capital en Cuenta Individual de los NUA's: 31984538, 35974667, 36655557, 20170555, 1715291, 8547439, 31820311, 36497459, 32358672, 32646409, 1760695 y 32498354.*

- ***Cargo Nº 3***

La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en el ejercicio de sus funciones mediante carta signada con el Cite SPVS/IP/DPC/2667/2008 comunico (sic) *a esta Administradora su no objeción para la no exigibilidad del documento extrañado en el Cargo. Asimismo, el certificado reclamado no es un requisito exigido por la normativa vigente para solicitar y suscribir el formulario de Devolución, la exigencia de estas certificaciones nacen como una iniciativa de esta Administradora en el cumplimiento de su rol de buen padre de familia.*

- ***Cargo Nº 4***

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP con Cite AP/DCP/1513/2010 (sic) *del 13 de mayo de 2010, puso a conocimiento de esta Administradora la nómina de las personas que se encontraban autorizadas para la suscripción de los Certificados expedidos por el Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR). El cargo que se imputa corresponde a solicitudes que fueron presentadas a esta Administradora durante la gestión 2009, tiempo en el que esta AFP no podía realizar ninguna no objeción por no conocer la relación de las personas que estaban autorizadas para la suscripción de las mismas.*

Se adjunta fotocopia de las solicitudes de Devolución de Capital en cuenta individual.

- ***Cargo Nº 5***

Informo a su autoridad que a fecha de solicitud (sic)*, el Afiliado contaba con solo 17 aportes en su Cuenta Individual, tal como se puede evidencia* (sic) *en la copia del Estado de Cuenta a fecha de solicitud, y en ningún momento el afiliado informó a esta Administradora que contaba con aportes al Sistema de Reparto, por último, el certificado del SENASIR no es un requisito documental y esta Administradora no tenia* (sic) *otra manera de evidenciar que este Afiliado contaba con al menos 163 aportes al antiguo sistema de pensiones…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 257-2010 DE FECHA 26 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 257-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) presenta las consideraciones siguientes:

"…***AL CARGO Nº 1***

(…)

Al respecto, corresponde señalar que la AFP como responsable de la administración y otorgación de prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, tiene por Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el deber de cumplir con las obligaciones e instrucciones establecidas por norma y aquellas emitidas por el ente regulador.

El artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, tipifica como acto administrativo de menor jerarquía el instructivo, el cual obedece, dentro de la función pública a un orden operativo, y que por su naturaleza produce efectos jurídicos, quedando obligado el administrado a su cumplimiento cuando sea objeto de notificación; en este entendido, en el presente caso de autos, la instrucción establecida en la nota AP/DPC/1207/2010

de 29 de abril de 2010, no fue cumplida por el regulado al no atender de forma eficiente y oportuna la instrucción, demostrando con esta conducta el incumplimiento a la norma imputada.

De la evaluación de los descargos, es necesario considerar que con nota AP/DPC/1207/2010 de fecha 29 de abril de 2010, esta Autoridad comunicó ancipadamente (sic) *al regulado que en fecha 03 de mayo de 2010 se llevaría a cabo la revisión de la documentación correspondiente a los trámites de Devolución Total iniciados por esa AFP, para lo cual instruyó* ***se proporcione el cien por ciento (100%)*** *de los expedientes, incluida toda la documentación respaldatoria por normativa vigente.*

Por tanto, la presentación de la documentación citada en esta etapa del proceso, es extemporánea al plazo establecido por la AP para su entrega a los fiscalizadores…

AL CARGO Nº 2

(…)

…En el presente caso, si bien la AFP recién presenta junto a la nota de descargos las fotocopias de los Testimonios de Poder Especial, para la realización de los trámites con NUA: 31984538, 35974667, 36655557, 20170555, 1715291, 8547439, 31820311, 36497459, 32358672, 32646409, 1760695 y 324988354, se aclara que la presentación de la documentación es extemporánea y no descarga a la AFP de su responsabilidad de contar en su momento con toda la documentación correspondiente en un archivo físico por cada Afiliado.

Con relación al instructivo del archivo único que se debe mantener para cada Afiliado, emitido mediante Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de fecha 28 de diciembre de 2000, corresponde precisar que el espíritu de esta norma señala en líneas generales, que todo documento utilizado en el trámite que realiza el Afiliado o su apoderado debe ser archivado en orden cronológico, asimismo, la señalada norma establece que si el Afiliado solicitó algún tipo de prestación o pago, la documentación que respalda dicha solicitud hasta su rechazo o aceptación debe encontrarse en el archivo único del Afiliado, instrucción que para los casos observados no fue cumplida por BBVA Previsión AFP S.A.

Con respecto a la normativa imputada establecida en el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 y la nota AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010, esta Autoridad comunicó anticipadamente al regulado que en fecha 03 de mayo de 2010 se llevaría a cabo la revisión de la documentación correspondiente a los trámites de Devolución Total, para lo cual instruyó proporcionar los expedientes con toda la documentación incluida, sin embargo, ni con la instrucción adicional impartida, se dio cumplimiento a lo señalado debido a que el Poder Especial otorgado por el Afiliado no fue archivado dentro los expedientes observados.

Asimismo, es importante señalar que en aquellos trámites de Devolución Total efectuados con "Poder Especial", se entiende que la AFP debería tener mayor cuidado en la prosecución del trámite, siendo el Poder requisito ineludible para su continuidad como documento suscrito por el Afiliado mediante el cual otorga facultades a determinada persona, para la realización de actos jurídicos en nombre del Afiliado.

AL CARGO Nº 3

(…)

BBVA Previsión AFP S.A. en la nota PREV PR 896-10 de 12 de octubre de 2010, señala lo siguiente: "La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en el ejercicio de sus funciones mediante carta signada con el Cite SPVS/IP/DPC/2667/2008 comunicó a esta Administradora su no objeción para la no (sic) exigibilidad del documento extrañado en el Cargo. Asimismo, el certificado reclamado no es un requisito exigido por la normativa vigente para solicitar y suscribir el formulario de Devolución, la exigencia de estas certificaciones nacen como una iniciativa de esta Administradora en el cumplimiento de su rol de buen padre de familia."

En relación a la mencionada nota, la misma señala que a fin de tener el debido respaldo para la verificación de que la Pensión Referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, es necesario comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, por lo que la ex-SPVS no tenía objeción para la exigencia de un certificado emitido por el SENASIR que avale tal situación.

Asimismo, se recuerda a la AFP la responsabilidad que tiene para realizar cuanta actividad sea necesaria, en protección y resguardo de los intereses de sus Afiliados, a fin de que pueda otorgar las prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO), conforme la norma vigente y los procedimientos establecidos, así como las consideraciones impartidas por el ente regulador, estas últimas en apego al cuidado exigible a un buen padre de familia, al cual se ve obligado por disposición del artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

Con la presentación de Certificados del SENASIR, se pretende verificar el cumplimiento de requisitos para acceder al trámite de Devolución Total, más aún cuando en este tipo de trámites, se han advertido indicios de ilegalidad en la documentación presentada para acceder a la Devolución Total del Saldo Acumulado en Cuenta Individual, que afecta directamente a la tramitación y otorgamiento de la Devolución Total a cargo de las AFP.

El argumento que esgrime la AFP permite confirmar el incumplimiento a la instrucción emitida por la Autoridad regulatoria competente, la cual tiene carácter obligatorio y exigible a partir del día siguiente hábil de su notificación o publicación, y se presume legítimo al ser un acto administrativo expreso.

La falta de este documento permite colegir, que la AFP dio curso a dieciocho (18) tramites sin contar con toda la información suficiente, que permita

determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537 de 01 de mayo de 2008.

Finalmente, es importante señalar lo contradictorio del argumento de la AFP, ya que se evidenció en la fiscalización realizada que en el resto de los expedientes se encuentran archivados los Certificados emitidos por el SENASIR, salvo en aquellos casos donde no se requiere este documento, en razón de contar con copia del Certificado de Compensación de Cotizaciones Mensual, Global o el Certificado de Pago único emitido por el SENASIR.

AL CARGO Nº 4

(…)

La AFP para esta parte del proceso, señala: "La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP con Cite AP/DPC/1513/2010 (sic) del 13 de mayo de 2010, puso a conocimiento de esta Administradora la nómina de las personas que se encontraban autorizadas para la suscripción de los Certificados expedidos por el Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR). El cargo que se imputa corresponde a solicitudes que fueron presentadas a esta Administradora durante la gestión 2009, tiempo en el que esta AFP no podía realizar ninguna no objeción por no conocer la relación de las personas que estaban autorizadas para la suscripción de las mismas".

De lo anterior se observa que la AFP intenta soslayar la obligación que tiene para la verificación de todos los documentos presentados en los trámites del SSO, argumentando que fueron realizados durante la gestión 2009, período en que la AFP no podía realizar ninguna objeción por conocer la relación de las personas autorizadas para la suscripción de las Certificaciones emitidas por el SENASIR, sino hasta la notificación de la nota AP/DPC/1513/2010 de 27 de mayo de 2010.

Es importante aclarar que a partir de la notificación con la nota AP/DPC/1513/2010, las AFP tuvieron conocimiento específico de los funcionarios autorizados por el SENASIR para emitir las Certificaciones, sin embargo, este aspecto no fue imputado en la nota de cargos ni se constituye en un óbice para que el regulado pueda otorgar las prestaciones conforme a norma vigente, sino el haber recepcionado Certificados del SENASIR sin contar con firma e identificación del funcionario que emite la información contenida en los Certificados. En este entendido, el regulado como buen padre de familia se encontraba en la obligación de observar que los Certificados exigidos en los trámites se encuentren necesariamente autenticados, toda vez que sin este requisito carecerán de validez. Un procedimiento contrario como el que argumenta la AFP, demuestra la falta de cuidado y diligencia en los trámites procesados por la AFP.

Finalmente, durante la fiscalización realizada se observó que de un total de cuatrocientos sesenta y siete (467) expedientes, correspondientes a solicitudes presentadas a partir de la gestión 2008 hasta mayo de 2010; todas cuentan con Certificados del SENASIR ***con la firma e identificación del responsable****, siendo inexplicable que tres (3) trámites hayan sido aprobados sin este requisito primordial.*

AL CARGO Nº 5

(…)

BBVA Previsión AFP S.A., indica en sus descargos que a la fecha de solicitud el Afiliado contaba con sólo 17 aportes en su Cuenta Individual, asimismo indica que el Afiliado no informó que contaba con aportes al Sistema de Reparto, y por último, refiere que el certificado del SENASIR no es un requisito documental por lo que la AFP no tenía otra manera de evidenciar que este Afiliado no contaba con los requisitos exigidos.

De lo aseverado por la AFP, se entendería que ésta no tenía conocimiento de los aportes efectuados por el Afiliado al Sistema de Reparto, sin embargo durante la fiscalización se evidenció en el expediente del Afiliado, la copia de la Resolución Nº 7967 de 07 de julio de 2008, correspondiente al beneficio de ***Pago Mensual Mínimo*** *emitido por el SENASIR, por lo que la AFP sí contaba con la información para verificar el número de aportes del Afiliado.*

De conformidad con el inciso a) del artículo 2 del Decreto Supremo Nº 27542 de 31 de mayo de 2004, las personas que acceden al Pago Mensual Mínimo deben contar con ciento ochenta (180) cotizaciones o más en el Sistema de Reparto, al respecto el artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537 de 01 de mayo de 2008, determina taxativamente, que para el acceso al trámite de Devolución Total en un solo pago, el Afiliado debe haber efectuado ***menos*** *de ciento ochenta (180) aportes, sin embargo, la AFP dio curso a la Devolución Total del Capital Acumulado en Cuenta Individual, sin tomar en cuenta que el afiliado contaba con* ***más*** *de ciento ochenta (180) cotizaciones.*

Por las características del caso objeto de análisis, correspondía que la AFP de (sic) *aplicación a lo dispuesto por el artículo 40 parágrafo I. del Decreto Supremo Nº 29423 de 16 de enero de 2008 que establece que los asegurados titulares con rentas en curso de pago, que se hubieran acogido al Pago Mensual Mínimo podrán acceder a Retiros Mínimos…*"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos:*

a) Para el ***Cargo N° 1,*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y a la nota AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010, con respecto a diez (10) expedientes correspondientes a los NUA 7005192, 100350884, 13880949, 12232841, 27778009, 100342255, 32980267, 37445388, 36350266 y 37685685.*

b) Para el Cargo ***N° 2****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.200,00 (UN MIL DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 de diciembre de 2000 y la nota AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010, con respecto a doce (12) expedientes correspondientes a los NUA: 31984538, 35974667, 36655557, 20170555, 1715291, 8547439, 31820311, 36497459, 32358672, 32646409, 1760695 y 32498354.*

*c) Para el Cargo **N° 3**, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a lo establecido en los artículos 123 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 de diciembre de 2000 y las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008 y AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010, con respecto a dieciocho (18) expedientes correspondientes a los NUA: 20347285, 32112117, 27026140, 19987493, 17358863, 8439281, 100343171, 36901490, 100211495, 36847291, 100512707, 2811601, 11597689, 27232785, 4179717, 14669547, 129276 y 36030831.*

*d) Para el Cargo **N° 4**, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, con respecto a tres (3) trámites correspondientes a los NUA: 27154269, 16678655 y 32637251.*

*e) Para el Cargo **N° 5**, con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 40 parágrafo I. del Decreto Supremo N° 29423 de 16 de enero de 2008 y en el* (sic) *artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537 de 01 de mayo de 2008, con respecto al trámite con NUA 32331794.*

***SEGUNDO.-** Se desestima la sanción con relación al NUA 0032854, correspondiente al Cargo N° 1.*

***TERCERO.- I.-** Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.-** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 13 de diciembre de 2010, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 257/2010 de fecha 26 de octubre de 2010, bajo los siguientes argumentos:

"…***III.- EXPRESIÓN DE FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.***

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP sustenta la resolución sancionadora manifestando que mediante cite AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010 comunicó con el tiempo suficiente la realización de la revisión de documentación presentada en los trámites de Devolución Total de 03 de mayo de 2010.

La Ley 1732 en el artículo 49 establece como una de las funciones del ente rector: "regular, controlar y supervisar el seguro social obligatorio de largo plazo y los beneficios provenientes de la capitalización". Las fiscalizaciones realizadas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones deben ser comunicadas a las Administradoras con la anticipación necesaria para que se proceda a la entrega de la documentación e información que será objeto de fiscalización.

Es de conocimiento de su autoridad que toda la documentación e información, que cursa en esta AFP, sujeta a fiscalización debe ser previamente solicitada a la empresa que presta el servicio de archivo, motivo por el que esta Administradora requiere un tiempo de al menos 48 horas para la presentación de la documentación sujeta a fiscalización.

Su autoridad tiene conocimiento de que el instructivo de fiscalización a través del Cite AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010, fue recibido por esta Administradora en nuestra oficina regional de La Paz el 03 de mayo de 2010, día en que a horas 9:00 el fiscalizador de la AP señor Julio Aruquipa, se hacía presente en nuestra Oficina Nacional ubicada en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra para realizar la fiscalización encomendada por su autoridad.

Su autoridad sanciona a esta Administradora de Fondos de Pensiones con la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ N° 257/2010 de 26 de octubre de 2010, por no haber presentado oportunamente los expedientes correspondientes a los NUA 7005192, 100350884, 13880949, 12232841, 27778009, 100342255, 32980267, 37445388, 36350266 y 37685685; asimismo porque la AFP no adjuntó el Poder Especial otorgado por el Afiliado para el trámite de Devolución Tota (sic) *en los expedientes correspondientes a los de los NUA: 20347285, 32112117, 27026140, 19987493, 17358863, 8439281, 100343171, 36901490, 100211495, 36847291, 100512707, 2811601, 11597689, 27232785, 4179717, 14669547, 129276 y 36030831, pese a que esta Administradora mediante Cite PREV PR 896-10 de octubre de 2010 presentó a su autoridad los expedientes y los Poderes de los NUA's citados.*

Por lo expuesto, su autoridad podrá comprender que no se puede sancionar económicamente esta AFP (sic), *siendo que la AP notificó la realización de fiscalización y requerimiento de documentación el mismo día de realización de la misma y en un domicilio distinto al domicilio principal de esta AFP y como es lógico, al momento de entrega de la documentación no podía presentarse toda la documentación en razón a que la misma estaba en proceso y en curso de archivo, no cursando en el expediente los poderes por razones de validación a través de nuestras distintas áreas y dependientes.*

Con referencia al Cargo N° 3, manifiesto a su autoridad que (sic) *la Resolución Administrativa SPVS-IP 229 de 04 de marzo de 2008, disposición que en su Artículo 6 numeral 6.1 dispone:*

> *"6.1* ***Si el Solicitante es el Afiliado:***

- *Certificado de Verificación de Estado de Cuenta Individual (emitido por la AFP).*

- *Estado de Cuenta emitido por la AFP que respalda el Certificado*

- *Certificado de Nacimiento del Afiliado*

- *Original y fotocopia del Documento de Identidad del Afiliado, debiendo la AFP quedarse con la fotocopia*".

De la lectura de los documentos que deben presentarse para la solicitud de la Devolución Total de Capital Acumulado en Cuenta Individual, la AP no establece como requisito el Certificado emitido por el SENASIR, recién el 29 de abril de 2010, mediante Cite AP/DPC/1207 (sic) *establece la obligatoriedad de solicitar el citado documento.*

Por último, con relación al cargo 4, reiteramos que su Autoridad (sic) *el Cite AP/DCP/1513/2010* (sic) *del 13 de mayo de 2010, puso a conocimiento de esta Administradora la nómina de las personas que se encontraban autorizadas para la suscripción de los Certificados expedidos por SENASIR. La sanción por el cargo corresponde a solicitudes que fueron presentadas durante la gestión 2009, tiempo en el que esta AFP no podía realizar ninguna no objeción por no conocer la relación de las personas que estaban autorizadas para la suscripción de las mismas, por lo tanto la sanción por este cargo no corresponde.*

IV.- PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/ N° 257/2010 de 26 de octubre de 2010,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. …*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 004-2011 DE 10 DE ENERO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 004-2011 de fecha 10 de enero de 2011, dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 257-2010 de 26 de octubre de 2010 (ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que con referencia al ***Cargo N° 1*** *en el que se advirtió que BBVA Previsión AFP S.A. no presentó diez (10) expedientes correspondientes a los NUA: 7005192, 100350884, 13880949, 12232841, 27778009, 100342255, 32980267, 37445388, 36350266 y 37685685, pertenecientes a los Afiliados que se acogieron a la Devolución Total del Capital Acumulado en Cuenta Individual, la AFP manifiesta que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP no habría comunicado con el tiempo suficiente, la realización de la fiscalización a los trámites de Devolución Total ya que se requería de un tiempo de cuarenta y ocho (48) horas para la presentación de la documentación sujeta a fiscalización.*

Que es necesario aclarar que durante la fiscalización, los expedientes fueron proporcionados en diferentes partidas posteriores al inicio de la fiscalización, por lo que no todos los expedientes fueron entregados ni solicitados al mismo tiempo, en ese entendido, tuvo el tiempo necesario para completar la entrega de la documentación al cien por ciento (100%) tal como se había instruido.

Que en lo referente al escaso tiempo que tuvo la AFP para la entrega de documentación, corresponde indicar que dicho aspecto fue considerado por esta Autoridad, teniendo en cuenta que la fiscalización fue programada sólo por tres (3) días hábiles; sin embargo, al observarse que la AFP tenía dificultades con la presentación de los expedientes, adicionó dos (2) días más al plazo inicial, abarcando una semana de trabajo, desde el día lunes 03 de mayo al día viernes 07 de mayo de 2010, tiempo por demás suficiente a las 48 horas argumentadas para que presente la documentación requerida.

Que la falta de control de los expedientes que iba proporcionando al fiscalizador, es un aspecto que no considera la AFP, pues es obligación de la misma, proporcionar la documentación en orden y mediante registro, control que en este caso no existió, derivando en la entrega parcial de documentación.

Que asimismo, BBVA Previsión AFP S.A. indica en sus descargos que el requerimiento de documentación fue realizado en un domicilio distinto al principal, aspecto que no es evidente, ya que la fiscalización se hizo en instalaciones de la Oficina Nacional, ubicada en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, lugar donde se centra la actividad principal de la AFP.

Que en ese entendido los argumentos se consideran insuficientes, razón por la cual, no pueden ser admitidos como explicación válida para enervar la sanción impuesta.

CONSIDERANDO:

Que BBVA Previsión AFP S.A. hace referencia a la sanción establecida en el ***Cargo N° 2*** *correspondiente a doce (12) trámites cuyos expedientes no tenían archivado el Poder Especial otorgado por el Afiliado para el trámite de Devolución Total, indicando que fue sancionada pese a haber presentado al Ente Regulador los Poderes observados mediante nota PREV PR 896-10 de 12 de octubre de 2010.*

Que al respecto, antes de ingresar al análisis correspondiente, es necesario hacer notar la inconsistencia de la información proporcionada por la AFP, ya que para este

caso presenta el detalle de dieciocho (18) trámites que no corresponden a los doce (12) NUA que fueron objeto de sanción, consiguientemente se aclara que los NUA objeto de sanción corresponden a los NUA: 31984538, 35974667, 36655557, 20170555, 1715291, 8547439, 31820311, 36497459, 32358672, 32646409, 1760695 y 32498354, y no así a los NUA detallados por la AFP; por lo que se denota incongruencia en el argumento.

Que con nota PREV PR 896-2010 de 12 de octubre de 2010, durante la etapa de presentación de descargos, BBVA Previsión AFP S.A. presentó ante esta Autoridad los Poderes observados, sin embargo, dicho descargo no fue admitido por esta Autoridad ya que a la fecha de fiscalización los Poderes no se encontraban archivados en el expediente y por este incumplimiento se notificó a la AFP.

Que es importante considerar que los expedientes que no adjuntaban el Poder Especial, fueron iniciados en la gestión 2009 y la fiscalización fue realizada en la gestión 2010 (mayo); por tanto, no es admisible el argumento de la AFP que señala que por motivos de procesos de validación en sus distintas áreas y en otros casos en curso de archivo, no archivó los Poderes, por consiguiente la justificación no es considerada válida.

CONSIDERANDO:

*Que con referencia al **Cargo N° 3**, respecto a la inexistencia del Certificado del SENASIR en dieciocho (18) trámites de Devolución Total, BBVA Previsión AFP S.A., argumenta que el artículo 6 numeral 6.1 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 229 de 04 de marzo de 2008, no establece como requisito el Certificado del SENASIR.*

Que al respecto se aclara que la instrucción para solicitar el Certificado del SENASIR fue notificada a la AFP mediante nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008, por lo que la AFP tiene la obligación de cumplir con la instrucción emitida. En ese entendido, se recuerda al regulado que toda instrucción emanada por autoridad competente, como acto administrativo, se presume legítimo y tiene el carácter de ser obligatorio y exigible a partir del día siguiente hábil de su notificación o publicación.

Que asimismo, BBVA Previsión AFP S.A. en otro de sus argumentos indica que recién el 29 de abril de 2010, mediante nota AP/DPC/1207/2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP habría establecido la obligatoriedad de solicitar el Certificado del SENASIR, aspecto que no es evidente, ya que el tenor de la citada nota comunica a la AFP el inicio de la fiscalización, por consiguiente, se advierte insuficiencia e incongruencia en el argumento esgrimido por la AFP.

Que la AFP no justifica la razón por la que no habría exigido la presentación de las Certificaciones del SENASIR en dieciocho (18) trámites de Devolución Total, siendo que se evidenció que en el resto de los expedientes fiscalizados, sí cuentan con los Certificados del SENASIR debidamente archivados, situación que permite colegir que la AFP no exigió para los casos observados la certificación instruida por esta Autoridad. Por tanto, al no encontrarse argumentos válidos para considerar la sanción impuesta por esta Autoridad, corresponde su ratificación.

CONSIDERANDO:

*Que para el **Cargo N° 4**, se sancionó a la AFP por haberse evidenciado la existencia de tres (3) Certificados del SENASIR sin firma ni identificación del funcionario que emitió dichos certificados. La AFP argumenta que con la nota AP/DPC/1513/2010 de 27 de mayo de 2010, esta Autoridad puso en conocimiento de la AFP la nómina de personas que se encontraban autorizadas para la suscripción de los Certificados expedidos por el SENASIR, por lo que siendo solicitudes presentadas en la gestión 2009, la AFP no podía realizar ninguna objeción por conocer la relación de las personas que estaban autorizadas para la suscripción de las mismas.*

Que al respecto, efectivamente con la nota señalada se adjuntó la lista de personal autorizado a nivel nacional para la extensión y firma de Certificados de no rentistas emitidos por el SENASIR, cuya información fue remitida por el SENASIR a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP mediante nota CITE SENASIR A.L. No. 544/2010 de 13 de mayo de 2010. Sin embargo, lo aseverado no tiene ninguna relación con los fundamentos y la sanción impuesta por esta Autoridad, ya que el cargo imputado no fue por no conocer los nombres de los funcionarios autorizados para emitir los Certificados del SENSIR (sic)*, sino el haber recepcionado tres (3) Certificados del SENASIR sin firma, ni identificación de quien la emite.*

Que asimismo, no es argumento válido para enervar la infracción, el referir que las Solicitudes correspondían a una gestión anterior (2009); considerando que la conducta sancionada fue porque la AFP aceptó un documento que no tenía ningún valor legal.

Que es importante aclarar que la sanción no está dirigida a que la AFP tenía argumentos o no para objetar el documento, sino en la aceptación de un Certificado emitido por una Entidad Pública que certifica la condición del Afiliado, cuya información es considerada vital para dar continuidad o no al trámite iniciado por el Afiliado, vale decir, que dicho documento es utilizado para la verificación de requisitos para acceder al Saldo del Capital Acumulado en su Cuenta Individual; siendo así, bajo ninguna circunstancia la AFP podía aceptar documentación sin valor en su contenido.

Que a mayor abundancia, se recuerda a la AFP la existencia de cuatrocientos sesenta y siete (467) expedientes fiscalizados, los cuales cuentan con Certificados del SENASIR con firma e identificación del funcionario que las emite, independientemente de estar o no autorizado; aspecto que no es explicado por la AFP. Por todo lo expuesto se observa que la AFP no presenta mayores argumentos que permitan levantar la sanción impuesta por esta Autoridad.

*Que finalmente para el **Cargo N° 5** en el que se evidenció que el trámite correspondiente al NUA: 32331794 no cumplía con los requisitos para acceder a la Devolución Total del Capital Acumulado en Cuenta Individual, la AFP no presenta descargo alguno, por consiguiente se mantiene la sanción impuesta por esta Autoridad.*

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la

R.A.257-2010, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 31 de enero de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 004-2011 de fecha 10 de enero de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

A continuación reitero a usted los argumentos de impugnación presentados en el Recurso de Revocatoria para que su autoridad haga una valoración real de los mismos y proceda ha (sic) *pronunciarse a través de una Resolución Administrativa Revocatoria* (sic).

La AP sustenta la resolución sancionadora manifestando que mediante cite AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010 comunicó con el tiempo suficiente la realización de la revisión de documentación presentada en los trámites de Devolución Total de 03 de mayo de 2010.

La Ley 1732 en el artículo 49 establece como una de las funciones del ente rector: "regular, controlar y supervisar el seguro social obligatorio de largo plazo y los beneficios provenientes de la capitalización". Las fiscalizaciones realizadas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones deben ser comunicadas a las Administradoras con la anticipación necesaria para que se proceda a la entrega de la documentación e información que será objeto de fiscalización.

Es de conocimiento de su autoridad que toda la documentación e información, que cursa en esta AFP, sujeta a fiscalización debe ser previamente solicitada a la empresa que presta el servicio de archivo, motivo por el que esta Administradora requiere un tiempo de al menos 48 horas para la presentación de la documentación sujeta a fiscalización.

Su autoridad tiene conocimiento de que el instructivo de fiscalización a través del Cite AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010, fue recibido por esta Administradora en nuestra oficina regional de La Paz el 03 de diciembre de 2010, día en que a horas 9:00 el fiscalizador de la AP señor Julio Aruquipa, se hacía presente en nuestra Oficina Nacional ubicada en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra para realizar la fiscalización encomendada por su autoridad.

La AP sanciona a esta Administradora de Fondos de Pensiones con la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ N° 257/2010 de 26 de octubre de 2010, por no haber presentado oportunamente los expedientes correspondientes a los NUA 7005192, 100350884, 13880949, 12232841, 27778009, 100342255, 32980267, 37445388, 36350266 y 37685685; asimismo porque la AFP no adjuntó el Poder Especial otorgado por el Afiliado para el trámite de Devolución Total en los expedientes correspondientes a los de los NUA: 31984538, 35974667, 36655557, 20170555, 1715291, 8547439, 31820311, 36497459, 32358672, 32646409, 1760695 y 3249835, pese a que esta Administradora mediante Cite PREV PR 896-10 de octubre de 2010 presentó a su autoridad los expedientes y los Poderes de los NUA's citados.

Por lo expuesto, su autoridad podrá comprender que no se puede sancionar económicamente esta (sic) *AFP, siendo que la APS notificó la realización de fiscalización y requerimiento de documentación el mismo día de realización de la misma y en un domicilio distinto al domicilio principal de esta AFP y como es lógico, al momento de entrega de la documentación no podía presentarse toda la documentación en razón a que la misma estaba en proceso y en curso de archivo, no cursando en el expediente los poderes por razones de validación a través de nuestras distintas áreas y dependientes, es más, como menciona la AP en su Resolución Administrativa 004-2011, los fiscalizadores permanecieron en nuestras oficinas durante 5 días hábiles, sin embargo la solicitud de revisión de los expedientes de Devolución Total* ***se efectuó a la totalidad de los expedientes ingresados por este tipo de solicitudes****, consecuentemente el número de expedientes que se ubico* (sic) *para la entrega al fiscalizador triplico* (sic) *la cantidad de expedientes que normalmente se requieren para estas revisiones, por lo cual se solicita considerar esta situación, pues el tema de fondo es que los expedientes fueron presentados, por lo cual solicitamos la desestimación de este cargo.*

Con referencia al Cargo N° 3, manifiesto a su autoridad que la Resolución Administrativa SPVS-IP 229 de 04 de marzo de 2008, disposición que en su Artículo 6 numeral 6.1 dispone:

> *"6.1* ***Si el Solicitante es el Afiliado:***
>
> *Certificado de Verificación de Estado de Cuenta Individual (emitido por la AFP).*
>
> - *Estado de Cuenta emitido por la AFP que respalda el Certificado*
> - *Certificado de Nacimiento del Afiliado*
> - *Original y fotocopia del Documento de Identidad del Afiliado, debiendo la AFP quedarse con la fotocopia*".

De la lectura de los documentos que deben presentarse para la solicitud de la Devolución Total de Capital Acumulado en Cuenta Individual, la AP no establece

como requisito el Certificado emitido por el SENASIR, recién el 29 de abril de 2010, mediante Cite AP/DPC/1207 (sic) *establece la obligatoriedad de solicitar el citado documento.*

La ex SPVS mediante carta Cite SPVS/IP/DPC/2667/2008 comunico (sic) *a esta Administradora su no objeción para la no exigibilidad del documento extrañado en el Cargo, lo cual difiere de lo mencionado en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC 004-2011 en donde se manifiesta que mediante la nota mencionada la SPVS emitió la instrucción para solicitar el certificado del SENASIR, cuando en realidad y tal como se advierte en la copia presentada solo emitió su no objeción, razón por la que el certificado reclamado no es un requisito exigido por la normativa vigente a esa fecha.*

Por último, con relación al cargo 4, reiteramos que su Autoridad (sic) *el Cite AP/DCP/1513/2010 del 13 de mayo de 2010, puso a conocimiento de esta Administradora la nómina de las personas que se encontraban autorizadas para la suscripción de los Certificados expedidos por SENASIR. La sanción por el cargo corresponde a solicitudes que fueron presentadas durante la gestión 2009, tiempo en el que esta AFP no podía realizar ninguna no objeción por no conocer la relación de las personas que estaban autorizadas para la suscripción de las mismas, por lo tanto la sanción por este cargo no corresponde.*

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/ N° 004/2011 de 10 de Enero de 2011,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A.…"*

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

En fecha 11 de abril de 2011 y mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 079/2011, se solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remita a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, copias de las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008, y AP/DPC/1513/2010 de mayo de 2010, requerimiento que fue atendido favorablemente mediante nota APS/DPC/124/2011, presentada por esa Autoridad en fecha 13 de abril de 2011, por lo que se conoce el contenido de las mismas en los términos siguientes:

- Nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008 (dirigida a BBVA Previsión AFP S.A.):

"…*A fin de tener el debido respaldo para la verificación de que la Pensión referencial*

obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, es necesario comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, por lo que esta Intendencia no tiene objeción a la exigencia de dicha una certificación del SENASIR que avale tal situación.

Sin perjuicio de lo mencionado y que esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en Artículo 17 del Decreto Supremo No. 29537, la Administradora a su cargo debe cumplir con la recepción y proceso de solicitudes que cumplan con los requisitos establecidos en la mencionada norma…"

- Nota AP/DPC/1513/2010 de 27 de mayo de 2010 (dirigida a BBVA Previsión AFP S.A.):

"*…tenemos a bien remitir a usted para su conocimiento y consideración la información adjunta en la nota SENASIR A.L. No. 544/2010 de 13 de mayo de 2010…*"

Por su mérito, se menciona también y a continuación, la última señalada.

- Nota SENASIR A.L. No. 544/2010 de 13 de mayo de 2010:

"*…mediante nota CITE SENASIR A.L. 542/2010 de 21 de abril de 2010, (…) se informa y reitera en la misma las características, formato y firmas autorizadas que dan validez a las certificaciones emitidas…*

…Así mismo, adjunta a la presente remitimos listado de los servidores públicos que a partir del mes de mayo del presente cuentan con la autorización para la emisión de Certificados de no rentistas, empero es importante aclarar que los abogados, signados en el listado, pertenecientes a la Oficina Central La Paz, cuentan con esta competencia desde inicios de gestión, y que en fecha anterior a la señalada alguna (sic) *Agencias Regionales suscribían estos certificados, labor que a partir de mayo/2010 ya no la efectúan. De igual manera corresponde señalar que el SENASIR con la finalidad de evitar fraude ha dispuesto que solamente las Administradoras y Agencias Regionales señaladas son las únicas que se encuentran habilitadas para este cometido…*"

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), lo que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a

continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta a fojas 87, por oficio AP/DPC/1207/2010 de fecha 29 de abril de 2010 y recibido en fecha 3 de mayo de 2010 por Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.), la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) comunicó que iba a realizar la revisión de la documentación presentada en los trámites de Devolución Total, en los términos siguientes:

> "*...que para el día lunes 03 de mayo del año en curso a horas 9:00 proporcionen el cien por ciento (100%) de los expedientes correspondientes a los trámites de Solicitud de Devolución Total iniciados hasta la fecha cuidando que los mismos cuenten con toda la documentación respaldatoria establecida en norma vigente*…"

El informe -INF/AP/DPC/087 2010 de fecha 14 de mayo de 2010- cursante de foja 1 a 43, lleva por referencia "*Informe de revisión de la documentación presentada por los Afiliados que se acogieron a la Devolución Total del Capital Acumulado en Cuenta Individual en BBVA Previsión AFP S.A.*" y refiere que la revisión se realizó sobre 684 expedientes, desde el 3 hasta el 7 de mayo de 2010.

Por su efecto y corridos los trámites de rigor, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) determinó la existencia de infracciones sancionadas expresadas en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 257-2010, confirmada en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 004-2011.

2. CARGO Nº 1: NO PRESENTACIÓN DE DIEZ EXPEDIENTES.-

En la oportunidad a la que se refiere el numeral 1 supra (revisión realizada del 3 al 7 de mayo de 2010) y no obstante que la disposición del oficio AP/DPC/1207/2010 hacía referencia al "*cien por ciento (100%) de los expedientes correspondientes a los trámites*", Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) no presentó diez (10) expedientes, los correspondientes a los NUA: 7005192, 100350884, 13880949, 12232841, 27778009, 100342255, 32980267, 37445388, 36350266 y 37685685.

Al respecto, BBVA Previsión AFP S.A. en los fundamentos esgrimidos en su Recurso Jerárquico, señaló lo siguiente:

> "…*Las fiscalizaciones realizadas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones deben ser comunicadas a las Administradoras con la anticipación necesaria para que se proceda a la entrega de la documentación e información que será objeto de fiscalización* (…)

…la documentación e información, que cursa en esta AFP, sujeta a fiscalización debe ser previamente solicitada a la empresa que presta el servicio de archivo, motivo por el que ***esta Administradora requiere un tiempo de al menos 48 horas para la presentación de la documentación sujeta a fiscalización*** (…)

…el instructivo de fiscalización a través del Cite AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010, fue recibido por esta Administradora en nuestra oficina regional de La Paz el 03 de diciembre de 2010, día en que a horas 9:00 el fiscalizador de la AP señor Julio Aruquipa, se hacía presente en nuestra Oficina Nacional (…)

…esta Administradora mediante Cite PREV PR 896-10 de octubre de 2010 ***presentó a su autoridad los expedientes y los Poderes de los NUA's citados*** (...)

…la APS notificó la realización de fiscalización y requerimiento de documentación el mismo día de realización de la misma y en un domicilio distinto al domicilio principal de esta AFP y como es lógico, al momento de entrega de la documentación ***no podía presentarse toda la documentación en razón a que la misma estaba en proceso y en curso de archivo*** (…)

…la solicitud de revisión de los expedientes de Devolución Total se efectuó a la totalidad de los expedientes ingresados por este tipo de solicitudes, consecuentemente el numero (sic) de expedientes que se ubico (sic) *para la entrega al fiscalizador triplico* (sic) *la cantidad de expedientes que normalmente se requieren para estas revisiones, por lo cual* ***se solicita considerar esta situación, pues el tema de fondo es que los expedientes fueron presentados****, por lo cual solicitamos la desestimación de este cargo…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ante ello, es menester remitirse a lo señalado en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 004-2011 (impugnada) cuando establece que:

"*…en lo referente al escaso tiempo que tuvo la AFP para la entrega de documentación, corresponde indicar que dicho aspecto fue considerado por esta Autoridad, teniendo en cuenta que la fiscalización fue programada sólo por tres (3) días hábiles; sin embargo, al observarse que la AFP tenía dificultades con la presentación de los expedientes, adicionó dos (2) días más al plazo inicial,* ***abarcando una semana de trabajo, desde el día lunes 03 de mayo al día viernes 07 de mayo de 2010, tiempo por demás suficiente a las 48 horas argumentadas para que presente la documentación requerida****…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La recurrente refiere el término de cuarenta y ocho horas como el necesario para la preparación previa de documentación a efectos de su revisión, sin señalar la norma en la cual ampara tal presupuesto, coligiéndose la inexistencia la misma y por tanto, el carácter infundado del argumento en sentido de que no se le hubiera comunicado con una mayor anticipación la realización de la revisión, a efectos de que prepare ella una documentación que, sin embargo y no obstante lo amplio y extenso que pudiera significar la existencia de

684 trámites, no debe dejarse de lado la evidencia que, la Administradora de Fondos de Pensiones tuvo en los hechos, el tiempo que refiere haber necesitado cual consta en obrados, por cuanto el tiempo ampliado que duró la verificación sobrepasó a esas cuarenta y ocho horas.

A tal extremo también deben remitirse sus reclamos, respecto a habérsele notificado con el oficio AP/DPC/1207/2010 el mismo día del inicio de la revisión (3 de mayo de 2010) y en la ciudad de La Paz, cuando su domicilio principal es en la ciudad de Santa Cruz, extremos intrascendentes a la luz de lo hasta aquí concluido.

Consecuentemente con lo expresado, se tiene presente que, a sugerencia del Recurso Jerárquico, pudieron existir circunstancias de hecho como que "*no podía presentarse toda la documentación en razón a que la misma estaba en proceso y en curso de archivo*" y que razonablemente hubieran impedido la presentación del cien por ciento (100%) de los expedientes con toda la documentación respaldatoria; sin embargo, de la lectura del mismo Recurso se establece que no existen argumentos para justificar la no presentación de la documentación referida dentro de los cinco días hábiles (más de las cuarenta y ocho horas requeridas) en los que se desarrollo la revisión, confirmándose la inicial apreciación en sentido que los reclamos de la recurrente hasta aquí expresados, no permiten desvirtuar al sanción impuesta.

3. CARGO Nº 2: NO HABERSE ADJUNTADO PODERES ESPECIALES EN DOCE EXPEDIENTES.-

En la oportunidad a la que se refiere el numeral 1 supra (revisión realizada del 3 al 7 de mayo de 2010) y no obstante que la disposición del oficio AP/DPC/1207/2010 hacía al "*cien por ciento (100%) de los expedientes correspondientes a los trámites… cuidando que los mismos cuenten con toda la documentación respaldatoria establecida en norma vigente*", BBVA Previsión AFP S.A. presentó doce (12) expedientes, los correspondientes a los NUA: 31984538, 35974667, 36655557, 20170555, 1715291, 8547439, 31820311, 36497459, 32358672, 32646409, 1760695 y 32498354, en los que no se encontraban archivados los correspondientes poderes especiales otorgados por los Afiliados.

En principio y conforme al memorial del Recurso Jerárquico, en el cual los fundamentos para la impugnación a los Cargos Nº 1 y Nº 2 resultan comunes entre sí y no presentan mayor diferenciación, corresponde reproducir en su integridad las consideraciones expuestas para el Cargo Nº 1 en el numeral 2 supra, ahora para el Cargo Nº 2.

Empero además, BBVA Previsión AFP S.A., a tiempo de su Recurso Jerárquico, ha referido que:

> "…*esta Administradora mediante Cite PREV PR 896-10 de octubre de 2010 presentó a su autoridad los expedientes y los Poderes de los NUA's citados* (...)

…no podía presentarse toda la documentación en razón a que la misma estaba en proceso y en curso de archivo, no cursando en el expediente los poderes por razones de validación a través de nuestras distintas áreas y dependientes,..."

La alegación de la recurrente resulta en que, si bien los poderes extrañados no se presentaron durante la revisión del 3 al 7 de mayo de 2010, sí se los presentaron posteriormente, en fecha 10 de octubre de 2010, sin embargo, es importante señalar que la Administradora de Fondos de Pensiones hizo caso omiso a la instrucción realizada por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), siendo que mediante nota AP/DPC/1207/2010 de 29 de abril de 2010 instruyó que tenga cuidado que los expedientes cuenten con toda la documentación respaldatoria para el efecto, lo cual no fue cumplido por la Administradora de Fondos de Pensiones, ya que no incluyó en los doce (12) expedientes observados los poderes especiales otorgados por los Afiliados.

En este sentido, se rescata lo señalado en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 004-2011 que establece:

"*…es importante considerar que* ***los expedientes que no adjuntaban el Poder Especial, fueron iniciados en la gestión 2009 y la fiscalización fue realizada en la gestión 2010 (mayo)****; por tanto, no es admisible el argumento de la AFP que señala que por motivos de procesos de validación en sus distintas áreas y en otros casos en curso de archivo, no archivó los Poderes, por consiguiente la justificación no es considerada válida…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La recurrente asevera que los poderes no fueron presentados a tiempo de la revisión por razones de validación a través de sus distintas áreas y dependientes; es importante mencionar que si bien los poderes requieren de un proceso de validación, el mismo debió encontrarse concluido a la fecha de fiscalización, debido a que tal como indica la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), la revisión correspondió a trámites iniciados en la gestión 2009, determinándose intrascendente el argumento expresado, máxime cuando de acuerdo a lo establecido en la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 de diciembre de 2000, la ahora recurrente podía obtener copias de los documentos necesarios -entonces y entre otros, los poderes que señala se validaban en diversos escritorios- para su uso cotidiano, determinando la infracción a los artículos 31 de la Ley N° 1732 de 20 de noviembre de 1996 (de Pensiones) y 19 del Decreto Supremo N° 27175, además de a la mencionada Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 de diciembre de 2000 que en lo pertinente señala:

"*…El archivo de registro que tiene cada afiliado es el archivo único del afiliado, de conformidad con la Resolución Administrativa N° 011/98 de 28 de diciembre de 1998, el cual debe contener toda la historia provisional del afiliado* (…)

…Si el Afiliado solicitó algún tipo de beneficio del SSO, toda la documentación, en original, que respalda dicha solicitud hasta su rechazo o aceptación debe encontrarse en el archivo único del afiliado (…)

…En líneas generales todo trámite que realiza un afiliado o sus derechohabientes debe ser archivado en una sección del archivo maestro del afiliado manteniéndose un orden cronológico.

Esto no impide que el departamento de beneficios de las AFP pueda mantener una copia de todos los expedientes y documentos relacionados con los beneficios solicitados por los afiliados para su uso cotidiano…"

4. CARGO Nº 3: NO HABERSE ADJUNTADO EL CERTIFICADO EMITIDO POR EL SENASIR EN DIECIOCHO EXPEDIENTES.-

En la oportunidad a la que se refiere el numeral 1 supra (revisión realizada del 3 al 7 de mayo de 2010) y no obstante que la disposición del oficio AP/DPC/1207/2010 hacía al "*cien por ciento (100%) de los expedientes correspondientes a los trámites… cuidando que los mismos cuenten con toda la documentación respaldatoria establecida en norma vigente*", BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) presentó dieciocho (18) trámites, los correspondientes a los NUA: 20347285, 32112117, 27026140, 19987493, 17358863, 8439281, 100343171, 36901490, 100211495, 36847291, 100512707, 2811601, 11597689, 27232785, 4179717, 14669547, 129276 y 36030831, en los que no existe el correspondiente Certificado expedido por el SENASIR.

A efectos de la valoración presente en función del Recurso Jerárquico, se impone una relación de los actos administrativos pertinentes que salen del expediente; así:

- Por Recurso de Revocatoria de fecha 13 de diciembre de 2010, BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) señala:

  "*…De la lectura de los documentos que deben presentarse para la solicitud de la Devolución Total de Capital Acumulado en Cuenta Individual, la AP no establece como requisito el Certificado emitido por el SENASIR, recién el 29 de abril de 2010, mediante Cite AP/DPC/1207 establece la obligatoriedad de solicitar el citado documento…*"

- En la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 004-2011 se establece:

  "*…la instrucción para solicitar el Certificado del SENASIR* ***fue notificada a la AFP mediante nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008****, por lo que la AFP tiene la obligación de cumplir con la instrucción emitida. En ese entendido, se recuerda al regulado que toda instrucción emanada por autoridad competente, como acto administrativo, se presume legítimo y tiene el carácter de ser obligatorio y exigible a partir del día siguiente hábil de su notificación o publicación* (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que asimismo, BBVA Previsión AFP S.A. en otro de sus argumentos indica que recién el 29 de abril de 2010, mediante nota AP/DPC/1207/2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP habría establecido la obligatoriedad de solicitar el Certificado del SENASIR, aspecto que no es evidente, ya que el tenor de la citada nota comunica a la AFP el inicio de la fiscalización, por consiguiente, se advierte insuficiencia e incongruencia en el argumento esgrimido por la AFP…"

- Ahora, mediante el Recurso Jerárquico de 31 de enero de 2011, la recurrente señala:

"*…la Resolución Administrativa SPVS-IP 229 de 04 de marzo de 2008, disposición que en su Artículo 6 numeral 6.1 dispone:*

"6.1 Si el Solicitante es el Afiliado:

Certificado de Verificación de Estado de Cuenta Individual (emitido por la AFP).

- *Estado de Cuenta emitido por la AFP que respalda el Certificado*
- *Certificado de Nacimiento del Afiliado*
- *Original y fotocopia del Documento de Identidad del Afiliado, debiendo la AFP quedarse con la fotocopia*".

De la lectura de los documentos que deben presentarse para la solicitud de la Devolución Total de Capital Acumulado en Cuenta Individual, ***la AP no establece como requisito el Certificado emitido por el SENASIR****, recién el 29 de abril de 2010, mediante Cite AP/DPC/1207 establece la obligatoriedad de solicitar el citado documento.*

La ex SPVS mediante carta Cite SPVS/IP/DPC/2667/2008 ***comunico*** (sic) ***a esta Administradora su no objeción para la no exigibilidad del documento extrañado en el Cargo****, lo cual difiere de lo mencionado en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC 004-2011 en donde se manifiesta que mediante la nota mencionada la SPVS emitió la instrucción para solicitar el certificado del SENASIR, cuando en realidad y tal como se advierte en la copia presentada solo emitió su no objeción, razón por la que el certificado reclamado no es un requisito exigido por la normativa vigente a esa fecha...*"

Contrariamente a lo señalado por la recurrente, a foja 74 (Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 257-2010) la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) ya dejó constancia de que:

"*…En relación a la mencionada nota, la misma señala que a fin de tener debido respaldo para la verificación de que la Pensión Referencial obtenida sea menor al*

setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, es necesario comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, por lo que la ex-SPVS no tenía objeción para la exigencia de un certificado emitido por el SENASIR que avale tal situación..."

A continuación, la misma Resolución Administrativa establece la finalidad de su requerimiento:

"…*Asimismo, se recuerda a la AFP la responsabilidad que tiene para realizar cuanta actividad sea necesaria, en protección y resguardo de los intereses de su Afiliados, a fin de que pueda otorgar las prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO), conforme la norma vigente y los procedimientos establecidos, así como las consideraciones impartidas por el ente regulador, estas últimas en apego al cuidado exigible a un buen padre de familia, al cual se ve obligado por disposición del artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*

Con la presentación de Certificados del SENASIR, se pretende verificar el cumplimiento de requisitos para acceder al trámite de Devolución Total, más aún cuando en este tipo de trámites, se han advertido indicios de ilegalidad en la documentación presentada para acceder a la Devolución Total del Saldo Acumulado en Cuenta Individual, que afecta directamente a la tramitación y otorgamiento de la Devolución Total a cargos de las AFP…"

Corresponde entonces remitirse al análisis de la nota SPVS/IP/DP/2667/2008, sobre la que la recurrente señala que constituye -simplemente- una **comunicación sobre la "*no objeción para la no exigibilidad del documento extrañado*"** y no una disposición compulsoria que la obligue a exigir el Certificado emitido por el SENASIR, mientras que el Ente Regulador señala que el contenido de la nota de referencia, tenía la calidad de **instrucción** para su cumplimiento, resultando la diferencia entre ambas posiciones, en que mientras para la recurrente, la nota SPVS/IP/DP/2667/2008 importa una autorización para exigir el Certificado a iniciativa de la Administradora de Fondos de Pensiones, para el Ente Regulador tal nota importa una disposición de cumplimiento obligatorio.

La nota SPVS/IP/DP/2667/2008 evidentemente establece la posición de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en sentido de que **debe** verificarse que la Pensión referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, pero no establece ninguna medida dispositiva y concreta en ese sentido, sino que se limita a manifestar que "*no tiene objeción*" a la exigencia de una certificación del SENASIR que avale tal situación; eso sí, anuncia que "*esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en Artículo 17 del Decreto Supremo No. 29537*".

Por consiguiente, se concluye en la no obligatoriedad para la exigencia de los Certificados emitidos por el SENASIR, por consiguiente, resulta razonable que no se los hubiera adjuntado en los dieciocho expedientes mencionados a tiempo de la imposición del Cargo Nº 3; lo mismo no importa desconocer el deber de la Administradora de Fondos de Pensiones, de

verificar que la Pensión referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional mediante la comprobación de la existencia de la Compensación de Cotizaciones, empero sobre el cumplimiento o incumplimiento de lo mismo, no existe antecedente en el expediente por cuanto, no es sobre ello que versa el presente proceso.

Sin embargo de ello, a fin de dar cumplimento al artículo 17º del Decreto Supremo Nº 29537 de 10 de mayo de 2008, le es exigible a la Administradora de Fondos de Pensiones, su obligación de respaldarse documentalmente en los trámites de solicitud de la Devolución Total de Capital Acumulado en Cuenta Individual.

5. CARGO Nº 4: ACEPTACIÓN DE TRES CERTIFICADOS EXPEDIDOS POR EL SENASIR SIN FIRMAS DE LOS FUNCIONARIOS DESIGNADOS.-

En la oportunidad a la que se refiere el numeral 1 supra (revisión realizada del 3 al 7 de mayo de 2010) y no obstante que la disposición del oficio AP/DPC/1207/2010 hacía al "*cien por ciento (100%) de los expedientes correspondientes a los trámites… cuidando que los mismos cuenten con toda la documentación respaldatoria establecida en norma vigente*", se evidenció que en tres (3) trámites, correspondientes a los *NUA: 27154269, 16678655 y 32637251,* BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) admitió tres (3) certificados del SENASIR sin firma ni identificación de los funcionarios que emitieran dichos certificados.

> "*…el Cite AP/DCP/1513/2010 del 13 de mayo de 2010, puso a conocimiento de esta Administradora la nómina de las personas que se encontraban autorizadas para la suscripción de los Certificados expedidos por SENASIR. La sanción por el cargo corresponde a solicitudes que fueron presentadas durante la gestión 2009, tiempo en el que esta AFP no podía realizar ninguna no objeción por no conocer la relación de las personas que estaban autorizadas para la suscripción de las mismas, por lo tanto la sanción por este cargo no corresponde…*"

La firma, conforme a Cabanellas en su *Diccionario*, importa el "*nombre y apellido, o título, que se pone al pie de un escrito, para acreditar que procede de quien lo escribe, para autorizar lo allí manifestado*"; firmar es "*despachar algún alto funcionario o jefe la correspondencia y otros asuntos*". Es entonces un criterio para identificar la procedencia del documento que se intenta hacer valer, de la responsabilidad subjetiva del mismo, y que en el sistema jurídico administrativo actual, resulta trascendental puesto que no puede existir una certificación sin que exista autor del mismo, al tiempo que debe resultar en el servidor público competente para ello, conforme lo establecen la Constitución Política del Estado Plurinacional y la Ley Nº 2341 (de procedimiento administrativo) en los artículos mencionados a continuación:

- **Constitución Política del Estado Plurinacional:**

> "*…Artículo 122. Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley…*"

- **Ley N° 2341 (de procedimiento administrativo):**

  "…*Artículo 28.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo). Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:*

  a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente…"

No siendo por ello admisible, que del acto administrativo sea responsable persona sin competencia para ello o que no exista responsable identificado, es decir, no conste su firma en el lugar que corresponda.

En definitiva, la alegación de la recurrente BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) resulta irrelevante, por cuanto, lo que hace a la ratio essendi del Cargo en concreto, no está referido a no haberse contrastado las firmas que salen en los certificados observados con las de una supuesta nómina de personas que se encontraban autorizadas para la suscripción de los Certificados expedidos por SENASIR, sino a haberse admitido y aceptado tres de los Certificados expedidos por el SENASIR, sin que en los mismos existan firmas de algún funcionario de esa entidad, en infracción a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997:

> "*ARTÍCULO 142.- (CUIDADO EXIGIBLE). A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.*"

6. CARGO N° 5: DAR CURSO A UN TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN TOTAL Y EFECTIVIZAR SU PAGO, SIN CONSIDERAR QUE EL AFILIADO CONTABA CON MÁS DE 180 COTIZACIONES.-

En la oportunidad a la que se refiere el numeral 1 supra (revisión realizada del 3 al 7 de mayo de 2010), se evidenció que en el caso del Afiliado con NUA 32331794, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) dio curso al trámite de Devolución Total del capital Acumulado en Cuenta Individual y efectivizó el pago, sin considerar que el Afiliado contaba con más de 180 (ciento ochenta) cotizaciones realizadas al Sistema de Reparto y al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Al respecto, de la atenta lectura del memorial de interposición del Recurso Jerárquico, resulta no existir fundamento alguno que refiera afectación, lesión o perjuicio que acuse la recurrente con referencia al Cargo N° 5, resultando esclarecedora su expresión "*Por último, con relación al cargo 4*…", es decir que habiendo presentado sus impugnaciones en el mismo orden numérico en el que salen los cargos durante todo el proceso (Cargo N° 1, Cargo N° 2, Cargo N° 3 y Cargo N° 4), no tenga mayor alegación en contra del Cargo N° 5.

Entonces, no existe pretensión de la recurrente referida al Cargo N° 5, dando lugar a la inexistencia de fundamento alguno para la impugnación sobre el mismo conforme consta en el Recurso Jerárquico, por lo que en observancia del artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, que establece el que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, determina que en la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a los restantes

cargos, conforme todo lo arriba relacionado.

Por consiguiente, la entidad recurrente no ha manifestado ningún agravio contra el Cargo Nº 5, por lo que esta instancia jerárquica considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo, sea en la sanción impuesta, postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico y concluir por su confirmación.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso b) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la REVOCATORIA de la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando pronunciándose sobre el fondo, deje sin efecto parte de la resolución recurrida.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCA PARCIALMENTE la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 004-2011 de fecha 10 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 257-2010 de fecha 26 de octubre de 2010, dejando sin efecto la sanción y el Cargo Nº 3 que sale de la nota AP/DJ/DPC/2541/2010 de fecha 3 de diciembre de 2010, referida a no haberse adjuntado el Certificado emitido por el SENASIR en dieciocho (18) expedientes correspondientes a los NUA: 20347285, 32112117, 27026140, 19987493, 17358863, 8439281, 100343171, 36901490, 100211495, 36847291, 100512707, 2811601, 11597689, 27232785, 4179717, 14669547, 129276 y 36030831; y manteniendo firmes, vigentes y subsistentes las sanciones por los Cargos Nros. 1, 2, 4 y 5.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DF/Nº 011-2011 DE 14 DE ENERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 021/2011 DE 29 DE ABRIL DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 021/2011

La Paz, 29 de abril de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 011-2011 de 14 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 006/2011 000/2011 de 31 de marzo de 2011, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 033/2011 de 18 de abril de 2011, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 022 de 4 de febrero de 2010, en su numeral I, se delega a la Viceministra de Política Tributaria, Dra. Julia Susana Ríos Laguna, la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexa, antes de la emisión y firma de la Resolución Ministerial Jerárquica, de competencia exclusiva del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, y en su inciso b) se

establece la pertinencia de lo mismo en cuanto se refiere a Actuados administrativos durante la ausencia, vacación, o enfermedad del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Ing. Mario Guillén Suárez, delegación encomendada que, según el numeral II, es temporal y mientras dure la ausencia, excusa o recusación del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros Ing. Mario Guillén Suárez.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 4 de febrero de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 011-2011 de 14 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 16 de febrero de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** mismo que fue notificado el 18 de febrero de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS Y DESCARGOS.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DJ/2283/2010 de fecha 11 de agosto de 2010, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los cargos por el supuesto incumplimiento al punto 3, artículo 2 y a lo establecido en el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/064 de 20 de enero de 2006.
Para que está en un plazo no mayor a 10 días hábiles administrativos presente sus correspondientes descargos.

En fecha 13 de septiembre de 2010 Futuro de Bolivia S.A AFP, mediante carta Fut. AP.EC. 1548/2010 presenta descargos concernientes:

1. Solicitudes de Certificados de Verificación EECC de todos los casos debidamente firmada por los afiliados.
2. Adjunta los EECC a fecha de solicitud de Certificado de Verificación de EECC firmados por los afiliados correspondientes a 31 casos.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/Nº 266-2010 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Que mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resuelve:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 1,** con multa en Bolivianos equivalente a $us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al punto 3 del artículo 2 y al párrafo último del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 064 de 20 de enero de 2006.*

***SEGUNDO.-** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida' a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones-AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 17 de diciembre de 2010 **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 266-2010 de 4 de noviembre de 2010, argumentando que, no se habría incumplido con lo establecido en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 064 de 20 de enero de 2006, ya que en la práctica no se puede emitir el formulario de Solicitud de Verificación de Estado de Cuenta, si no se hubiera emitido antes los Estados de Cuenta Individual, y mucho menos estos se encontrarían firmados tanto por el afiliado y/o derechohabiente junto al ejecutivo de Servicio al Cliente que procesa la solicitud, por otra parte el ente regulador, debe considerar que en el presente caso no habría intencionalidad y no se habría producido daños a los fondos ni a los afiliados por lo que la misma debió ser considerada como una infracción de gravedad levísima no correspondiendo por ende la sanción.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/AP/DJ/DF/N° 011-2011 DE 14 DE ENERO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa/AP/DJ/DF/N° 011-2011 de 14 de enero de 2011, se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 266-2010 de 4 de noviembre de 2010 de la siguiente manera:

*"**PRIMERO.-** Sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos (sic) equivalente a $us2.500,00 (DOS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento a lo establecido en el párrafo último del artículo 3 de la señalada Resolución Administrativa, respecto a treinta y ocho (38) casos correspondientes a los siguientes NUA: 34363051, 20987882, 19287690, 1971256, 5097447, 5411154, 20776214, 100425720, 11385108, 16467383, 30369782, 35376582, 1669424, 30498405, 20855643, 731882, 33389007, 34980301, 8830551, 11640066, 27484786, 8355009, 26500796, 11592941, 22105670, 34919764, 30525810, 13171409, 15119270, 21921325, 19156583, 34640149, 16488593, 25750926, 15396836, 20772300, 34874665 y 33034187; y por infracción a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, en siete (7) casos correspondientes a los NUA: 100425720, 11385108, 30498405, 34980301, 30525810, 21921325 y 19156583.*

Asimismo, desestima sanción con relación a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, respecto a treinta y un (31) casos correspondiente a los NUA: 34363051, 20987882, 19287690, 1971256, 5097447, 5411154, 20776214, 16467383, 30369782, 35376582, 1669424, 20855643, 731882, 33389007, 8830551, 11640066, 27484786, 8355009, 26500796, 11592941, 22105670, 34919764, 13171409, 15119270, 34640149, 16488593, 25750926, 15396836, 20772300, 34874665 y 33034187."

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"…Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, ha realizado nueva revisión y valoración de los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, habiéndose evidenciado que de un número total de treinta y ocho (38) casos de Solicitudes de Certificado de Verificación de Estado de Cuenta imputados en la Nota de Cargo AP/DJ/2283/2010 de 11 de agosto de 2010, treinta y un (31) casos se encuentran con los Estados de Cuenta Individual de los Afiliados conforme a norma, mientras que existen siete (7) Solicitudes de Certificado de Verificación de Estado de Cuenta que no adjuntan los Estados de Cuenta Individual, concluyéndose por tanto, que en estos siete (7) casos específicamente, Futuro de Bolivia S.A. AFP incumplió lo establecido en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, que establece que: "Una vez que el "Solicitante" se apersone a la AFP a fin de poder recabar su Certificado de Verificación de Estado de Cuenta", ésta deberá: (...)

3. Emitir el Estado de Cuenta Individual".

Que asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa en el referido Recurso de Revocatoria que: "En el numeral 2 de nuestra nota FUT.AP.EC. 0323/2010 de 01 de marzo de 2010, expresamos que ***al momento de la fiscalización no contábamos con los Estados de Cuenta originales,*** *lo que no significa que los mismos no hayan sido emitidos. Motivo por el cual mediante nota de descargo FUT.AP.EC. 1548/2010 de 13 de septiembre de 2010, y* ***una vez archivados los Estados de Cuenta Individual en los expedientes de los Afiliados,*** *se remiten los mismos junto a las Solicitudes de Certificado de Verificación de Estado de Cuenta Individual" (las negrillas son nuestras), evidenciándose que la Administradora de Fondos de Pensiones, ha vulnerado lo establecido el párrafo último del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006 que dispone: "La AFP debe guardar en el archivo único del Afiliado, todos los documentos del trámite, debiendo encontrarse el Estado de Cuenta Individual original, las observaciones encontradas, el formulario de "Solicitud de Verificación de Estado de Cuenta", el "Certificado de Verificación de Estado de Cuenta" y el Estado de Cuenta Individual final y la "Boleta de Seguimiento de Trámite" si correspondiere", toda vez que se verificó que la Administradora de Fondos de Pensiones, no contaba con los Estados de Cuenta archivados en las carpetas de cada Afiliado cuando éstas fueron requeridas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP.*

Que lo referido en el párrafo anterior, es ratificado una vez más por Futuro de Bolivia S.A." AFP, en la parte conclusiva de su Recurso de Revocatoria, al realizar la siguiente afirmación: "...siendo también evidente que al momento de la fiscalización los mismos (refiriéndose a los Estados de Cuenta Individual) no estaban guardados o archivados en el

archivo único del Afiliado, situación que a la fecha fue subsanada, pero que de ninguna "manera significa que no se hubieran emitido en su oportunidad".

Que en otra parte del análisis se tiene que, la referida Administradora de Fondos de Pensiones, afirma haber actuado sin intencionalidad y no haber producido daño a los Fondos que administra, a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, al mercado donde actúa, a los beneficios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y menos aún a sus Afiliados, por lo que considera que la contravención imputada se encuentra dentro del marco de lo que se considera una infracción de gravedad levísima, no correspondiendo por lo tanto, la sanción impuesta mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 266-2010 de 04 de noviembre de 2010, solicitando finalmente la revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 266 - 2010 de 04 de noviembre de 2010, al amparo de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y del artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002.

Que al respecto, corresponde expresar que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP en el presente caso, conforme a norma, ha evaluado el caso y sus connotaciones, llegando a aplicar sanción pecuniaria con gravedad leve al advertir que la infracción se halla comprobada y que el hecho antijurídico no ha generado daño a los Afiliados ni a los Fondos.

Que asimismo se ha considerado para el presente acto administrativo, la aplicación del Principio de Verdad Material entre otros, situación que se expresa en el hecho de levantar la sanción con respecto a treinta y un (31) casos en relación a lo previsto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006 detallados en la parte resolutiva, ***dejando subsistente*** *la sanción para siete (7) casos correspondientes a los NUA 100425720, 11385108, 30498405, 34980301, 30525810, 21921325 y 19156583. Por otro lado,* ***se mantiene*** *la sanción para los treinta y ocho (38) casos, en relación a lo previsto en el párrafo último del artículo 3 de la señalada Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las Resoluciones sobre Recursos de Revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia' S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente ha presentado fundamentos que permiten modificar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 266 - 2010 de 10 de noviembre de 2010. En consecuencia, debe confirmarse parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Parcial, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser

total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 4 de febrero de 2011, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 011-2011 de 14 de enero de 2011, con los siguientes argumentos:

"(…)Dentro del plazo establecido por el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 interpongo recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 011-2011 de fecha 14 de enero de 2011, la misma que fue notificada legalmente a nuestra empresa en fecha 21 de enero del presente, por ser la misma atentatoria a nuestros derechos al haber confirmado parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 266-2010 de 04 de noviembre de 2010, bajo los siguientes fundamentos:

Con relación al Cargo N°1:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones después del análisis del recurso de revocatoria interpuesto por nuestra AFP, emite la ahora impugnada Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 011-2011 que en su parte resolutiva confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 266-2010 de 4 de noviembre de 2010 sancionando a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us 2.500,00 (DOS MIL QUINIENTOS 00/200 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento al último párrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 064 de 20 de enero de 2006 en 38 casos; y por infracción al punto 3 del artículo 2 de la ya citada Resolución Administrativa en 7 casos. Asimismo se desestima sanción con relación a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 064 de 20 de enero de 2006, por lo que consideramos necesario formular los siguientes alegatos:

a) *El procedimiento que siguen nuestros ejecutivos de servicio al cliente en conformidad a lo establecido por la resolución Administrativa SPVS/IP/N° 064 de fecha 20 enero de 2006, consiste en imprimir el Estado de Cuenta Individual, revisarlo con el Afiliado o Derechohabiente para luego imprimir el formulario de Solicitud de Certificado de Verificación de Estado de Cuenta donde figuran las diferencias detectadas. Por lo que en la práctica y para todos los casos siempre se emite e imprime el Estado de Cuenta Individual a fecha de Solicitud del Certificado de Verificación de Estado de Cuenta Individual.*

b) *Como consecuencia del proceso arriba descrito, el Afiliado o Derechohabiente toma conocimiento del contenido del Estado de Cuenta Individual, lo que le permite formular sus observaciones, las mismas que se registran en el formulario respectivo que luego es firmado en conformidad (sic) por el propio Afiliado o Derechohabiente*

c) *En el numeral 2 de nuestra nota FUT.AP.EC. 0323/2010 de fecha 01 de marzo de 2010, expresamos que al momento de la fiscalización no contábamos con los Estados de Cuenta originales archivados en la carpeta del Afiliado, lo que no significa que los mismos no hayan sido emitidos. Motivo por el cual mediante nota de descargo FUT.AP.EC. 1548/2010 de fecha 13 de septiembre de 2010, y una vez archivados los Estados de Cuenta Individual en los expedientes de los Afiliados, se remiten los mismos junto a las solicitudes de emisión de Certificados de Verificación de Estado de Cuenta Individual.*

d) *Los extremos arriba vertidos son confirmados mediante nuestra nota FUT.AP.EC 1790/2010 de fecha 19 de octubre de 2010, por lo que no existe contradicción en nuestros argumentos.*
Como su Autoridad podrá colegir, nuestra Administradora no ha incumplido lo establecido en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 064 de 20 de enero de 2006, que establece..."Una vez que el "Solicitante" se apersone a la AFP a fin de recabar su "Certificado de Verificación de Estado de Cuenta", esta deberá:

3. Emitir el Estado de Cuenta Individual.

i) El "Solicitante" podrá revisar y verificar su estado de Cuenta Individual.

En caso que el "Solicitante" detectase diferencias en el Estado Individual, la AFP deberá consignar las mismas en el formulario de Verificación de Estado de Cuenta" *(las negrillas son nuestras).*

Por lo que en la práctica si no hubiéramos emitido los Estados de Cuenta Individual, no hubiéramos podido emitir el formulario de "Solicitud de Verificación de Estado de Cuenta", y mucho menos que estos estén firmados por el Afiliado y/o Derechohabiente junto al Ejecutivo de Servicio al Cliente que proceso la solicitud.

Con relación al archivo al que hace referencia el último párrafo del art 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 064 de 20 de enero de 2006, es importante precisar que la citada normativa, no establece un plazo para el archivo; y, la desestimación de cargos a 31 casos, implícitamente reconoce que los mismos ya se encuentran archivados en el expediente de cada uno de los Afiliados.

CONCLUSIÓN.-

De acuerdo al principio de verdad material establecido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 de (sic) Procedimiento Administrativo, y por los argumentos arriba vertidos, se desprende que nuestra Administradora emitió los Estados de Cuenta Individual de aquellos Afiliados que firmaron su "Solicitud de Verificación de Cuenta", siendo también evidente que al presente los mismos se encuentran archivados en el archivo único del Afiliado.

Por otra parte nuestra Administradora ha actuado sin intencionalidad y no ha producido daño a los Fondos que administra, a la otra AFP, al mercado donde

actuamos, a los beneficios del SSO y menos aún a nuestros Afiliados, por lo que consideramos que la contravención imputada por su Autoridad se encuentra dentro del marco de lo que se considera una infracción de gravedad levísima, ya que además la conducta señalada como infracción a la normativa, no es reiterativa por lo que considero que la sanción impuesta mediante la ahora impugnada Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 011-2011 de fecha 14 de enero de 2011 no es justa y lesiona nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, debiendo aplicarse lo establecido por el inciso a) del artículo 287 ; e, inciso d) del artículo 291 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

PETITORIO.-

Tomando en cuenta la relación de hechos y los argumentos esgrimidos por nuestra AFP; y toda vez que no existe proporcionalidad entre la sanción económica y las infracciones imputadas; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/DF Nº 011-2011 de fecha 14 de enero de 2011 y adecuarla en conformidad a la normativa legal vigente"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1 Con relación al cargo Nº 1

Se tiene que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/ Nº 011-2011 de 14 de enero de 2011, se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 266-2010 de 4 de noviembre de 2010 sancionando a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.500,00 (DOS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por incumplimiento a lo establecido en el párrafo último del artículo 3 de la señalada Resolución Administrativa, respecto a treinta y ocho (38) casos y por infracción a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, en siete (7) casos.

Asimismo, se desestimó sanción con relación a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006, respecto a treinta y un (31)

casos.

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso Jerárquico presentado, informa que para la emisión del Certificado de Verificación de Estado de Cuenta previamente imprime el Estado de Cuenta Individual para que el Afiliado o Derechohabiente realice la revisión, formule sus observaciones si existiesen y firme como constancia el Estado de Cuenta Individual y el Certificado de Verificación de Estado de Cuenta.

Si bien de los treinta y ocho (38) casos sancionados mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 266-2010 de 4 de noviembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió como descargo a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP treinta y un (31) Estados de Cuenta emitidos a la fecha de solicitud de Certificado de Verificación de Estado de Cuenta, es importante señalar que dicho descargo fue considerado por la Entidad Reguladora al momento de emitir la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 011-2011 de 14 de enero de 2011, que desestimó la sanción por los trenta y un (31) casos, sin embargo, de la documentación adjunta al expediente se ha podido verificar que no existe documentación de descargo que exima de responsabilidad a la AFP por los siete (7) casos restantes por los que habría sido sancionado, por tanto se evidencia la existencia de incumplimiento al artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006.

Asimismo el regulado admite que al momento de la fiscalización no contaba con los Estados de Cuenta Individual originales archivados en las carpetas de los Afiliados, lo cual no significa que los mismos no hayan sido emitidos, dicha afirmación no es evidente ya que en los descargos presentados por la AFP no remitió copia de los Estados de Cuenta Individual de los siete (7) casos sancionados.

Con relación a lo aseverado por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto a que al momento de la fiscalización no contaba con los Estados de Cuenta archivados en las carpetas de los Afiliados, ya que la normativa vigente no establece un plazo para el archivo y que a la fecha los mismos se encontrarían en sus expedientes, es importante señalar que la AFP debe dar cumplimiento estricto a lo establecido en normativa vigente, asimismo, si contaba con los Estados de Cuenta emitidos a fecha de solicitud del Certificado de Verificación del Estado de Cuenta, tenía la obligación de archivar la documentación tal como lo establece el último párrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 064 de 20 de enero de 2006.

Por lo expuesto, se advierte que Futuro de Bolivia S.A., AFP al admitir así y esperar que los mismos Estados de Cuenta Individual sean archivados con posterioridad en los expedientes de los Afiliados y al no presentar elementos de prueba, que permitan desvirtuar la sanción impuesta no permite a esta instancia jerárquica contar con razonamiento diferente al presentado por la instancia recurrida

2. En cuanto a que la AFP hubiera actuado sin intencionalidad y no hubiera producido daño a los fondos que administra, a la otra AFP, al mercado donde actúa y a los Afiliados, por lo

que la contravención imputada se debería haber enmarcado dentro de las infracciones de gravedad levísima, contraviniendo así el principio de proporcionalidad.-

Que en el presente caso la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a través de la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 011-2011 determinó sancionar a la AFP Futuro de Bolivia S.A., con una multa $ 2.500.00 por incumplimiento a lo establecido en el parágrafo último del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 064 de 20 de enero de 2006 en 38 casos y por infracción al punto 3 del artículo 2 de la misma Resolución Administrativa en 7 casos, hecho que a su vez se encuentra plenamente probado y ha sido calificado como infracción.

Sin embargo la misma omite referirse a lo expresado por el recurrente en su Recurso de Revocatoria donde expresa que en el presente caso no habría intencionalidad y no se habría producido daños a los fondos ni a los afiliados por lo que la misma debió ser considerada como una infracción de gravedad levísima no correspondiendo por ende la sanción económica de acuerdo a lo determinado en el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 artículo 287 e, inciso d), inciso a) del artículo 287; e, inciso d) del artículo 291 que el hecho de que la entonces Autoridad Fiscalización y Control Social de Pensiones no se haya referido a estos aspectos hace que el acto administrativo no cumpla con uno de los elementos esenciales cual es justamente el de motivación.

Se tiene que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, ya se habría pronunciado sobren la falta de motivación y congruencia señalando lo siguiente:

> *"Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 a señalado:*
>
> *"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda.*
>
> *Que a su vez el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo al respecto, señala:*
>
> *"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.*

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

"Los actos administrativos serán motivado con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando Resuelvan recursos administrativos…"

De lo expuesto se tiene que en el presente caso la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a tiempo de pronunciar las Resolución Administrativa AP/DJ/DF/ Nº 011-2011 de 14 de enero de 2011, ha omitido una parte esencial de la misma en cuanto a la motivación de la gravedad del hecho y la proporcionalidad de la sanción por cuanto a que la Resolución antes referida no tienen el sustento legal adecuado actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, se ha llegado a la conclusión de que entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha hecho una incorrecta valoración de la prueba omitiendo a su vez pronunciarse sobre los argumentos del Recurso de Revocatoria presentado por el recurrente, vulnerando así el derecho al debido proceso y principios de congruencia.

CONSIDERANDO:

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sea a defectos de forma, o cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

Que, en este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente por lo que el presente proceso debe anularse conforme lo señalado líneas atrás.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el

Recurso Jerárquico, podrá disponer la anulación del procedimiento administrativo hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 011-2011 de 14 de enero de 2011 inclusive, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2011

TOMO II

BOLIVIA

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 1018/2010 DE 7 DE DICIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 022/2011 DE 3 DE MAYO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011

La Paz, 03 de mayo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por Oscar Manuel Coronado Espinoza como Gerente General de la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda**., contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 892/2010 de 21 de octubre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 035/2011 de 21 de abril de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 22 de diciembre de 2010, la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., legalmente representada por Oscar Manuel Coronado Espinoza, Gerente General, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 1426/2010 de 15 de diciembre de 2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 12 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dr. Edgar Rosales Lijerón, contra la Resolución

Administrativa ASFI Nº 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº 892/2010 de 21 de octubre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 30 de diciembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda.

Que, el 28 de enero de 2011, a horas 9:50 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda**.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS INICIALES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II-97686/2010 de 24 de septiembre de 2010, notifica a Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda. con la nota de cargos por el supuesto incumplimiento al numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado), en relación al crédito concedido al funcionario Marco Antonio Rivero Rivero, empleado no ejecutivo, excediendo el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad, a efectos de que ésta Cooperativa, presente en un plazo no mayor a siete (7) días hábiles administrativos, sus descargos.

En fecha 6 de octubre de 2010 mediante carta G.G 077/2010 Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda. presenta descargos expresando lo siguiente:

1. El crédito directo del Sr. Rivero fue totalmente cancelado en fecha 30/08/2010, con lo cual se regularizó lo observado.
2. Se determinó instruir al Dpto. de Finanzas y Recursos Humanos tomar las previsiones para evitar reincidencias futuras sobre el caso.

Asimismo se adjunta extracto del crédito directo donde se evidencia la fecha de otorgación del crédito y la fecha de cancelación, así también remiten copia de la comunicación Interna Nº 197/2010, con el objeto de controlar se dé cumplimiento al art 54 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 892/2010 DE 21 DE OCTUBRE DE 2010.-

Que mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 892/2010 de 21 de octubre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.,*** *con una multa de Bs16,800.00 (DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS) por el incumplimiento a los límites dispuestos en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos*

y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) de 14 de abril de 1993, en la otorgación de un crédito al señor Marco Antonio Rivero Rivero.

***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá depositarse en el plazo de 10 días posteriores a la notificación con la presente Resolución, en la cuenta N° 4010695761 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir dentro los siguientes 5 días hábiles, las papeletas de depósito de la multa impuesta*

***TERCERO.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta a conocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO "FATIMA" LTDA.,** debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas de efectuado el acto."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 9 de noviembre de 2010, la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda.,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N°892/2010 de 21 de octubre de 2010, argumentando que no se habría infringido el Art 54 de la Ley de Bancos ya que el crédito desembolsado al Sr Marco Antonio Rivero fue el 17/12/2009 por Bs 56,000.00 y el mismo a la fecha del desembolso no era funcionario de la Cooperativa, respecto al límite para la otorgación del préstamo se debe considerar que el patrimonio neto de la Cooperativa al momento del ingreso del Sr. Marco Antonio Rivero Rivero era de Bs 51,094.317, que el 1.5 del patrimonio neto 766,415.00 y el 10% del 1.5% patrimonio neto es 76.642 por lo que se puede observar que el préstamo otorgado al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero no sobrepasaba el límite establecido por la norma.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 1018/2010 DE 7 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI/N° 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010, se confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 892/2010 de 21 de octubre de 2010 bajo los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a los argumentos expuestos por el recurrente en el Recurso de Revocatoria, corresponde realizar el siguiente análisis:

1. *El numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que las entidades financieras no pueden realizar operaciones de crédito con sus funcionarios fuera de los límites establecidos, al respecto, considerando los alcances de artículo 1330 del Código de Comercio, que establece que el préstamo de dinero, como una forma de mutuo, es un contrato por el cual el prestatario se obliga a devolver al Banco prestamista una suma igual a la recibida de éste, en los plazos estipulados y además a pagarle los intereses convenidos, por lo que se debe*

se debe (sic) considerar que una operación crediticia engloba el crédito desde su contratación hasta el pago del mismo en los plazos estipulados, inclusive hasta la cancelación de los intereses pactados, por lo que en el presente caso se evidencia que el funcionario que accedió al crédito mantuvo su relación crediticia con la Cooperativa, aspecto que ineludiblemente vulnera el artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).

Asimismo, es necesario señalar que el artículo 79 de la mencionada Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, establece la prohibición a las entidades financieras no bancarias, de realizar determinadas operaciones entre las cuales se encuentra el conceder o mantener créditos con sus funcionarios, por lo que está claramente establecido que el mantener el crédito con el señor Rivero, vulneró la normativa de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488.

2. *Se debe aclarar que esta Autoridad de Supervisión no dispuso, en ningún momento, la desvinculación laboral de ningún funcionario de la Cooperativa, toda vez que, en el ámbito de las atribuciones reconocidas por Ley, las observaciones vertidas mediante notas ASFI/DSR II/R-16935/2010 y ASFI/DSR II/R-72114/2010 de 24 de febrero y 21 de julio de 2010, respectivamente, se centraron en la obligación de la Entidad Financiera de adecuar sus operaciones dentro de los límites permitidos por Ley. En tal sentido, no existe evidencia que establezca la vulneración de los derechos individuales y constitucionales de los trabajadores de la Cooperativa por parte del Órgano de Regulación.*

3. *Conforme se puede evidenciar del Informe ASFI/DSR II / R-104116/2010 de 11 de octubre de 2010, esta Autoridad de Supervisión consideró los descargos de la Entidad, los mismos que se centraron únicamente en considerar que "El crédito directo del Sr. Rivero fue totalmente cancelado en fecha 30 de agosto de 2010, con lo cual se regularizó lo observado...".*

   Sin embargo, considerando la reiteración del incumplimiento de las observaciones emitidas por este órgano de Regulación por parte de la Cooperativa, si bien se ha establecido el cumplimiento del pago del crédito observado, se debe considerar que la falta fue cometida en vulneración de las disposiciones de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), en tal sentido, y considerando los descargos expuestos por la entidad, se procedió con la emisión de la Resolución Sancionatoria correspondiente.

4. *Al respecto, si bien es cierto que el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, dispone la gradación en cuanto a la sanción a ser aplicada a las Entidades que incumplan las disposiciones legales vigentes, se debe considerar que el numeral 4, artículo 18, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas establece, de forma directa, la imposición de una sanción pecuniaria a la inobservancia de los límites establecidos en el artículo 54 de la citada norma, en tal sentido, considerando la reiteración del incumplimiento por*

parte de la Entidad, la modulación de la Resolución Administrativa Sancionatoria dispuso la imposición de una multa por el 30% del total del monto del incumplimiento, considerando sólo la última operación crediticia otorgada a favor del señor Marco Antonio Rivero Rivero, y no así sobre el total de la deuda contratada por dicho prestatario…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 22 de diciembre de 2010, la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda**., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010 argumentado lo siguiente:

"II ANTECEDENTES:

*Señor Ministro por la documentación que acompaño usted podrá evidenciar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante **LA RESOLUCION ASFI/N° 892/2010, dictada por** el Lic. Reynaldo Yujra Segales, Director ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sanciona a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA., con una multa de Bs.- 16,800.- DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS), por un supuesto incumplimiento a los limites (sic) dispuestos en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, en la otorgación de un Crédito al señor Marco Antonio Rivero Rivero.*

En la Resolución de Referencia, se indica que como consecuencia de que la Dirección de Riesgos II, mediante informe Técnico Legal ASFI/DSRII/R-94459/2010, señaló que la cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima Ltda.., habría incurrido en incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, articulo 54 de la (sic) Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, al conceder y mantener un Crédito con un funcionario de la Entidad por un monto que individualmente sobrepaso el limite(sic) establecido en el artículo antes citado.

*Señor Ministro, La Cooperativa Fátima Ltda., **no infringió** el límite establecido en el Art. 54° de la Ley de Bancos, los funcionarios de la ASFI tipifican que se otorgó un **crédito a un funcionario** fuera del límite, sin considerar que en la fecha del desembolso 17/12/2009 (por Bs.- 56.000.-) el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero **no era funcionario** de la Cooperativa por lo tanto no existe incumplimiento considerando que dicho Señor **no trabajaba** en la Cooperativa en la fecha de otorgarse el Crédito.*

Para una mejor aclaración el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, ingresó a trabajar de forma temporal en fecha 28/01/2010, en reemplazo de personal de vacaciones, y su deuda directa N° 10037054 por Bs. 56.000 (CINCUENTA Y SEIS MIL BOLIVIANOS) ya había sido otorgado en fecha 17/12/2009, y pues la Ley se refiere a personal regular y no a trabajadores temporales. Respecto al límite para otorgación de la deuda directa del personal no ejecutivo con relación al Art. 54° de la Ley de Bancos, se presentó de la siguiente manera para el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero cuando ingreso a la cooperativa en forma temporal 28/01/2010:

		Bs.		
***PN al** 28/01/2010*	=	*51.094.317*		
1,5% del PN	=	*766.415*		
10% (del 1.5 PN)	=	***76.642***	**=**	***LIMITE s/g Art. 54°***
Ptmo. Desembolsado 17/12/2009		***56,000***		
Márgen (sobrante)		***20,642***		

Es más el Sr. Rivero en fecha 30/08/2010, canceló totalmente la obligación, a fin de ser tomado en cuenta, aunque sea en trabajos temporales, sin embargo los funcionarios de la ASFI, no han considerado ni esta situación, ni los descargos presentados por la Gerencia mediante carta de Gerencia G.G. 017/2010 de fecha 01/03/2010 comunicando a la ASFI que el crédito fue desembolsado cuando no era funcionario y cuyo trabajo fue en forma temporal, y se aferran al Art. 54 de Ley de Bancos, el cual nunca estuvo en discusión, si no a la Interpretación que le han dado al mencionado artículo.

*Señor Ministro ante la mencionada Resolución **(ASFI/N° 892/2010),** en fecha 09/11/2010, interpusimos un Recurso de Revocatoria, el mismo que fue resuelto (aparentemente) en fecha 07/12/2010, mediante la Resolución ASFI/N° 1018/2010, con la que en forma extemporánea se nos han notificado en fecha 15/12/10 a Hrs. 10:00 A.M., (SEIS DIAS DESPUES DE DICTADA), incumpliendo los cinco (5) días que señala el Art. 21 Inc. III de la Ley 2341, mediante la cual el Lic. Reynaldo Yujra Segales, confirma en todas sus partes **LA RESOLUCION ASFI/N° 892/2010.***

Por lo expuesto Sr. Ministro usted podrá evidenciar que la Cooperativa no ha incumplido los limites dispuestos en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993.

III.-RECURSO JERÁRQUICO.-

*En aplicación de los Arts. 13 (Inciso II), 14, 15 (Inciso II), 24, 46 (Inciso 1 y 2), y 110 de la Constitución Política del Estado, Arts. 51 Inc. II y 53 del Decreto Supremo No. 27175, concordante con los Arts. 11 y 37 Inc. a y b del Decreto Supremo 071 de fecha 09/04/2009, y demás normas sustantivas, e inclusive ya se vencieron los cinco días que señala el Art. 21 Inc. III de la Ley 2341, es que muy respetuosamente solicito a su autoridad se sirva considerar el presente **RECURSO JERARQUICO CONTRA LA RESOLUCION ASFI/N° 892/2010, dictada por el** Lic. Reynaldo Yujra Segales, Director ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ya que la misma es atentatoria a nuestros derechos y violenta preceptos legales, civiles e inclusive Constitucionales, puesto que se nos ha sancionado, por un supuesto incumplimiento a los límites dispuestos en el numeral 4 del Art. 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, en la otorgación de un Crédito al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero considerando que al momento de realizar y/o obtener el Crédito observado no era funcionario de la Institución tal como se*

*explica y demuestra líneas arriba, por lo tanto no existe incumplimiento ya que dicho Señor **no trabajaba** en la Cooperativa en el momento del proceso y desembolso del préstamo, e inclusive este Crédito ya fue cancelado en fecha 30/08/2010, pero lamentablemente, tampoco se ha considerado esa situación.*

*Y es más Sr. Ministro, con este accionar se violan preceptos constitucionales de índole fundamentales y laborales, puesto que uno de los fines y funciones del Estado Plurinacional de Bolivia es "Garantizar el acceso de las personas a la Educación, a la salud y al trabajo" (Art. 9 Inc. 5 C.P.E.), y entre otras cosas también señala que "Toda persona tiene derecho al trabajo digno, estable (sic) en condiciones equitativas y satisfactorias. E inclusive Sr. Ministro, con este accionar nos estarían obligando a cometer discriminación, por una interpretación lamentablemente errada y no adecuada de la Ley por parte de los actuales funcionarios que ahora se encuentran prestando sus servicios laborales en la ASFI, los cuales están anteponiendo una Ley a la Constitución Política del Estado, que entre uno de sus preceptos constitucionales a la letra dice **"Toda persona tiene derecho al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, SIN DISCRIMINACIÓN", "A una fuente laboral en condiciones equitativas y satisfactorias." (Art. 46 C.P.E.)** Por todo lo expuesto solicitamos a su digna autoridad que conforme al Art. 43 Inciso b), del Decreto Supremo N° 27175, deje sin efecto la resolución sancionatoria, puesto que en el peor de los casos no se ocasionó ningún daño a la institución ni se a (sic) puesto en riesgo el patrimonio de la Cooperativa, además si consideramos la aplicación de la sanción sugerida por la Intendencia de Supervisión de Riesgo II, esta no se ajusta a lo señalado en el Art. 99 del texto ordenado de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (1488), ya que el mencionado artículo establece el tipo de sanción administrativa de acuerdo a la gravedad y reincidencia a incumplimiento y contravenciones a la Ley señalada, en caso extremo lo que correspondía era una amonestación, pero no una sanción pecuniaria.*

Así mismo su autoridad debe tomar en cuenta que los funcionarios de la ASFI han incumplido el Art. 21 Inc. III de la Ley 2341, ya que nos ha notificado seis (6) días hábiles después de haber sido dictada la resolución (1018/2010) y es mas Señor ministro en su afán de justificarse nos han notificado con una fotocopia simple de la mencionada resolución, lo cual es totalmente arbitrario e ilegal, porque para que una notificación tenga la validez legal, debe entregarse por lo menos fotocopia legalizada, pero no una fotocopia simple. "Proceder conforme a lo solicitado, será un acto de justicia…"

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda.**, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES A CONSIDERAR.-

Previo al análisis de la controversia, nos remitiremos a los antecedentes del presente caso que servirán de base para dicho efecto:

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 892/2010 de 21 de octubre de 2010, sanciona a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" LTDA**.,** con una multa de Bs16,800.00 (DIECISÉIS MIL OCHOCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS) por el incumplimiento a los límites dispuestos en el **numeral 4 del Artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en la otorgación de un crédito** al señor Marco Antonio Rivero Rivero.

Que el citado Artículo 54 inc. 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras determina que las Entidades Financieras bancarias no podrán:

> ***"…4)*** *Realizar operaciones de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos;* ***excepto a sus empleados no ejecutivos****, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el* ***uno y medio por ciento (1.5% del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite."***

Que, en el presente caso se tiene que se habría sancionado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., por haber realizado una operación de crédito con el señor Marco Antonio Rivero Rivero (ex funcionario temporal de la Cooperativa) y que esta operación hubiera superado los límites establecidos en el Art. 54 inc. 4) de la Ley de Bancos Entidades Financieras

Que, en fecha 10 de febrero de 2011, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero información complementaria , misma que fue atendida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de nota ASFI/DAJ/R-23295/2011 de fecha 28 de febrero de 2011, en la cual informan:

Que el señor Marco Antonio Rivero Rivero el **17 de noviembre de 2006,** hubiera sido acreedor de un préstamo con N° 100319281 por Bolivianos 55,760.00.

Que a su vez en fecha 17 de diciembre de 2009 se hubiera desembolsado otro préstamo con N° 10037051 al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero el **17 de diciembre de 2009** por Bs 56,000.00.

Que, el Señor Marco Antonio Rivero Rivero, hubiera ingresado como funcionario temporal de la Cooperativa Ahorro y Crédito Fátima Ltda., el **28 de enero de 2010** y que posteriormente este fue recontratado como funcionario temporal en fecha 1 de julio de 2010.

De lo transcrito tenemos primero que el crédito observado por el ente regulador y posteriormente sancionado corresponde al préstamo con N° 10037051 de fecha **17 de**

diciembre de 2009 y no así al del 17 de noviembre de 2006, hecho que se puede constatar del informe/ASFI/DSRII/R-94459/2010 de fecha 16 de septiembre de 2010 (Fs. 18 a 22 cursante en el expediente administrativo) y de la emisión de la Resolución ASFI N° 892/2010, por lo que el presente análisis debe circunscribirse a la operación de préstamo con N° 10037051 por Bs.56,000.00 que motivó la sanción del caso de autos.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. DE LA FUNDAMENTACIÓN.-

2.1.1. DE LA MOTIVACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.-

Que, conforme se ha sentado en los innumerables precedentes administrativos emitidos por éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, así como por la entonces Superintendencia General del SIREFI, la valoración tanto de la prueba, así como de todos los argumentos presentados por el recurrente, deben ser considerados inexcusablemente por la Autoridad recurrida, en aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo y Reglamentos de la materia.

Es así que compulsado el expediente administrativo, se tiene que la fundamentación que presenta la Resolución Administrativa ASFI No. 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010, no reviste mayor análisis sobre cada uno de los argumentos presentados por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., y en especial los siguientes:

a) Que, el Sr. Rivero, no se encontraba trabajando a tiempo del desembolso del crédito.
b) Si a tiempo de su contratación, el crédito otorgado excedía o no el límite para la otorgación en aplicación al artículo 54 numeral 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488.

Sin embargo, tales argumentos, no merecieron por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero una valoración real y jurídica en su Resolución Administrativa ASFI No. 1018 de 7 de diciembre de 2010, pese a que el recurrente expresamente ha presentado en su recurso de revocatoria tales argumentos.

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

> *"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando resuelvan recursos administrativos."*

Que a su vez la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 ha determinado que:

> "*Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede*

actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."

Ahora bien complementando lo anterior, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final."

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(….)"

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

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

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

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

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

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

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

Que, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010, de 17 de marzo de 2010, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, sentó el siguiente precedente:

> ***"…1.- DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS Y DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DENTRO DEL DEBIDO PROCESO.-***
>
> *Con carácter previo a ingresar a los argumentos de fondo presentados en los memoriales de los Recursos Jerárquicos interpuestos, es necesario pronunciarse sobre las infracciones al procedimiento administrativo acusadas por ambos recurrentes, en cuanto a la debida fundamentación y consiguiente valoración de la prueba al ser este acto determinante para la decisión que debe adoptar cualquier juzgador, en todos los ámbitos y en especial en el procedimiento administrativo.*
>
> *El Principio de Motivación, conforme dicta la doctrina, la jurisprudencia, los precedentes administrativos y la propia normativa administrativa (Artículo 28, incisos b) y e), Artículo 16 de la Ley No. 2341, Artículo 17 parágrafo II, inciso d) del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175), determina que la Administración Pública se encuentra obligada a emitir los actos administrativos con la debida fundamentación, especificando de forma clara y específica los fundamentos por el cual emite su decisión.*
>
> *Entonces, la motivación de todo acto administrativo, constituye el elemento esencial, consagrado en nuestra economía jurídica administrativa, que permite al administrado contar con la garantía y seguridad jurídica del proceso que se lleva, ya que le permite conocer de manera clara e inequívoca las bases por las cuales la Administración ha emitido su decisión.*
>
> *Por lo que, en todo proceso administrativo y en especial en uno sancionatorio, conforme concluye uniformemente la doctrina, la motivación de los actos debe encontrarse en cada acto administrativo que se emita, ya que la fundamentación que motiva la imposición de la sanción, el carácter de la misma en relación a la infracciones cometidas, permitirá al administrado, poder ejercer correctamente el derecho a la defensa y poder advertir si se ha o no violado su derecho subjetivo o cumplido cabalmente la normativa.*
>
> *Es así que la Autoridad Administrativa a tiempo de resolver un Recurso debe guiar sus actos objetivamente, seleccionando las pruebas que puedan tener valor cognoscitivo, separándolas de aquellas que no la tienen y que por ello permanecen dentro de la esfera de las reacciones emotivas estrictamente individuales.*
>
> *Lo dicho precedentemente implica que la Autoridad Administrativa tiene el deber preciso de extraer de las pruebas los factores epistémicos aceptables, para que a partir de ello construir inferencias racionales fundadas sobre reglas de valoración que deben ser claramente identificables por la propia autoridad.*
>
> *Estas consideraciones son adecuadas para todos los aspectos de la decisión, pero lo son de un modo particular en lo que se refiere al juicio sobre los hechos y la valoración de la prueba.*

No se debe olvidar que el Derecho Administrativo está orientado a la búsqueda de la verdad material, empírica o histórica, donde la veracidad de la determinación de los hechos es una de las condiciones necesarias para una justa decisión, la que sin duda estará inclinada a dos fases de razonamiento, la decisoria y la justificatoria, estando la primera orientada a construir la decisión y la segunda a presentar la decisión como justificada sobre la base de buenos argumentos extraídos de la prueba analizada y de las normas aplicables.

Corrobora lo dicho, Wróblewski ("Sentido y Hecho" en el derecho, trad. Española, San Sebastián, 1988, p.61 y ss.) al decir:

> *" (...) El juez que no justifica sus propias decisiones en la motivación de la sentencia ejercita el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las garantías fundamentales del proceso, precisamente en la medida en que se sustrae al control externo de las razones por la que ha usado su poder de un modo determinado. El juez que ejercita democráticamente el poder del que dispone justifica sus propias elecciones exponiendo, en la motivación de la sentencia, las razones por las que ha adoptado esa decisión, y hace así posible el control crítico difuso sobre la manera como ha ejercitado su poder. Es claro, que a través de la motivación el juez demuestra la solidez, la legitimidad y la racionalidad de las decisiones".*

Es así que la motivación al ser la garantía del administrado al debido proceso, obliga al regulador a otorgar decisiones fundadas o motivadas como se dijo, pero considerando todas y cada una de las peticiones del solicitante, recurrente, tercero interesado, etc.

La falta de fundamentación o motivación de una o varias las peticiones o solicitudes o argumentaciones presentadas por el recurrente, viola el debido proceso y las garantías del administrado, por lo que la Administración Pública se encuentra obligada a atender ***todas*** *las solicitudes formuladas en los Recursos de impugnación, mediante pronunciamientos fundados y motivados de la aceptación o rechazo de las pretensiones solicitadas.*

Aplicando lo antedicho al caso concreto se observa que las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no han motivado y fundamentado las pretensiones y argumentaciones de los recurrentes y participantes del proceso, ni ha valorado correctamente la prueba ***hecho que ha sido expresamente alegado por ambos recurrentes en los memoriales de Recursos Jerárquicos presentados****, conforme se puede evidenciar de la transcripción up supra de los principales actos administrativos, y serán analizados en el inciso 2 siguiente…"*

Que, congruentemente con el análisis anterior, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha omitido una parte esencial del acto cual es la motivación por cuanto las Resolución antes referida no tiene el sustento legal adecuado, actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa que le asistía a la recurrente, al no haberse pronunciado sobre los elementos esenciales de su impugnación.

2.1.2. DE LA REINCIDENCIA Y REITERACIÓN.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determina que habría sancionado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda. por reiteración.

Conforme la documentación cursante en el expediente administrativo concerniente a la evidencia, por la que se habría sancionado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., por reincidencia, se tiene la nota ASFI/DAJ/R-23295/2011 en la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero informa a este Ministerio lo siguiente:

> *"(…) No existen resoluciones por las que se hubiere sancionado a la Cooperativa por el mismo hecho, por lo que la modulación de la sanción no ha tenido como agravante o como fundamentación la reincidencia, no obstante en la tramitación del proceso se hace referencia a la reiteración ya que en dos oportunidades se procede a la re-contratación del señor Marco Antonio Rivero Rivera, aún bajo la advertencia de que con dicha contratación se estaría vulnerando el límite establecido en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No 1488 (Texto Ordenado) de 14 de abril de 1993, dichas actuaciones se corroboran mediante cartas ASFI/DSR SI/R-72114/2010 y ASFI/DSR II/ R- 16935/2010 adjuntas a la presente…"*

Por lo que, corresponde realizar la compulsa legal respectiva, así tenemos que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 020/2009 de 17 de diciembre de 2009 ya se habría pronunciado sobre la reiteración y reincidencia señalando lo siguiente:

> *"…Según el Diccionario de sinónimos y antónimos © 2005 Espasa-Calpe* ***REITERACIÓN*** *es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos:* ***REINCIDENCIA,*** *repetición, insistencia, ratificación, redundancia, recaída y reproducción.*
>
> *Según lo transcrito, debiera considerarse que reiteración y reincidencia comparten una misma acepción.*
>
> *Sin embargo, a efectos de adquirir una cabal comprensión sobre estos términos, se hace necesario ahondar en el tema acudiendo al auxilio de la doctrina, sobre los criterios de graduación, y así determinar la legalidad de la aplicación de la sanción y las agravantes impuestas a la conducta del regulado.*
>
> *Desde la comprobación de los hechos que constituyen el ilícito administrativo hasta la imposición de una sanción concreta existen determinadas etapas. Como dice Nieto García (Derecho Administrativo Sancionador, 4ª ed. Tecnos Madrid 2005, p. 317) "La Administración, en efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias, ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de te actuación en un tipo normativo de infracción, b) Subsunción del tipo en una clase de infracción, c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase. Estas fases, son la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación", interesando al tema de análisis los dos últimos.*

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

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

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

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

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

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

i. La reiteración de conductas prohibidas en la ley y normas conexa (Infracciones de la misma o distinta naturaleza)
ii. La existencia de resolución administrativa firme de hechos sancionados con anterioridad a la comisión de la nueva Infracción.

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

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

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

2.2. DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA Y SANCIONADA.-

Sin perjuicio de lo anterior, que constituye la parte fundamental de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, sin embargo y bajo el principio de economía procesal, corresponde realizar una revisión de la controversia en base a los antecedentes cursantes en el expediente administrativo.

Es así que, conforme al análisis de la normativa supuestamente infringida transcrita en el numeral anterior, tenemos que para que, el artículo 54 inc. 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras sea incumplido por alguna Entidad Financiera, está necesariamente debe autorizar un crédito a uno de sus empleados (préstamos individuales), y el mismo sobrepase el 10% del 1.5 % del patrimonio neto de la entidad financiera.

En el presente caso se tiene que el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, no se encontraría dentro de las limitaciones establecidas en el artículo 54 inc. 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, debido a que justamente al momento de acceder al crédito por Bs.56,000.-, éste no era empleado, ni funcionario de La Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., no teniendo por ende la calidad exigida por el artículo 54 inc. 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras cuando refiere: "…***excepto a sus empleados*** *no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite*."

Sin embargo, a su vez el artículo hace referencia que las operaciones de crédito realizadas con los empleados (no ejecutivos) no puedan exceder el uno o medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.

Por lo que, tomando en cuenta la tipificación en la que se fundaría el cargo y consiguiente sanción, se debe revisar si al momento de ingresar a trabajar a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, se cumplía o no dicha situación.

Es así que a tiempo del ingreso del Sr. Rivero, la Cooperativa tenía un Patrimonio Neto de Bs 51,094,317.00, donde el 10% del 1.5 % del Patrimonio Neto vigente ascendía a Bs 76,641.47, conforme se establece en la nota ASFI/DAJ/R-23295/2011. Bajo este contexto se tiene que el préstamo realizado por el Sr Marco Antonio Rivero Rivero, ascendía a la suma de Bs 56,000.00, hecho que demuestra que no se sobrepaso el límite establecido por la norma.

Congruentemente con lo anterior y en base a la documentación cursante, podría llegarse a la conclusión que la conducta atribuida a la Cooperativa, no se enmarcaría dentro del tipo, ya que como se dijo líneas atrás, al momento de la aprobación y desembolso del préstamo, el Sr Marco Antonio Rivero Rivero no era empleado de la Cooperativa, así como tampoco se configuraría el hecho (aunque no es el cargo específicamente imputado) que a tiempo de la contratación, se hubiera excedido el límite permitido, conforme determina la propia Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Sin embargo corresponderá a la Autoridad recurrida a tiempo de resolver y fundamentar su Resolución, realizar la compulsa y valoración respectiva, en estricta sujeción al procedimiento administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha omitido hacer la valoración de la fundamentación presentada por la recurrente, vulnerando así el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente.

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

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa pronunciándose

sobre todos los aspectos alegados por la recurrente y de conformidad con los argumentos desarrollados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 1007/2010 DE 2 DE DICIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 023/2011 DE 4 DE MAYO DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011

La Paz, 04 de mayo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **Banco Los Andes Procredit S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 1007/2010 de 2 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N°879/2010 de 13 de octubre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°036/2011 de 21 de abril de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 23 de diciembre de 2010, **Banco Los Andes Procredit S.A.**, legalmente representada por Luz Vania Kirigin Vargas Gerente Regional La Paz, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 1358/2009 de 27 de noviembre de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 007 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 1007/2010 de 2 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N° 879/2010 de 13 de octubre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 31 de diciembre de 2010, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Banco Los Andes Procredit S.A.**

Que, mediante Auto de fecha 3 de enero de 2011, se hizo un llamamiento al tercer interesado Sr **Juan Federico Orihuela Pérez** para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, el 1 de febrero de 2011, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **Banco Los Andes Procredit S.A.**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 DE 6 DE ABRIL DE 2010.-

Que en fecha 6 de abril de 2010, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010, misma que determinó en su parte resolutiva lo siguiente:

> *"**ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica."*

La parte considerativa presenta los siguientes argumentos:

> ***"1.- ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-***
>
> ***1.1.- EL RECURRENTE MANIFIESTA QUE LA ASFI NO TENDRÍA COMPETENCIA PARA IMPONER SANCIONES POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN JUDICIAL DE RETENCIÓN DE FONDOS DICTADA POR EL JUEZ CUARTO DE PARTIDO EN LO CIVIL, VULNERANDO ASÍ LO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO EN SU ARTÍCULO 179.-***
>
> *La competencia, constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo, mismo que ha sido ampliamente desarrollado por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en la Resolución Jerárquica No. SG-SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005, al determinar qué:*
>
> *"Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública que se considera acto administrativo, sea de alcance general o particular, sea normada o discrecional, que se emita en ejercicio de la potestad administrativa, debe contener los elementos esenciales del Acto Administrativo que en nuestro ordenamiento*

jurídico han sido enumerados en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentra, como uno de los elementos esenciales, la competencia.

La competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas...

Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo. Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituye los límites de su actuación.

Asimismo, la competencia dada por Ley tiene como características el ser expresa, irrenunciable, improrrogable e indelegable, salvo que la propia Ley lo autorice…"

La Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 -Texto Ordenado-, en su Artículo 153, establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ***es el órgano rector del Sistema Financiero*** *que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.*

La misma Ley de Bancos, en su Artículo 87 numeral 1 (concordante con el 1307 del Código de Comercio) establece en líneas generales el procedimiento que se debe seguir para levantar el secreto bancario, cual se transcribe a continuación:
"ARTICULO 87º.- El secreto bancario será levantado únicamente: 1. Mediante orden judicial motivada, expedida por un juez competente o a requerimiento fiscal expreso motivado, dentro de un proceso formal y de manera expresa, ***por intermedio de la Superintendencia****." (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

La Ley No. 3076 de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1 Parágrafo IV determina que:

"IV. La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene normas privativa e indelegable ***para emitir regulaciones prudenciales****, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros" (Negrillas insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

El Artículo 154 numeral 10, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras determina que es atribución de la Autoridad Fiscalizadora, ***imponer sanciones administrativas*** *a entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.*

Es así que queda claro que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuenta con competencia para la emisión de regulación y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de la normativa.

Ahora bien, importa traer a colación, lo determinado en la normativa al caso de autos, iniciando con el análisis de la normativa regulatoria emitida, siguiendo con la supuesta infracción cometida, para finalmente emitir las conclusiones a las que se arriben.

a) De la regulación emitida.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en uso de las facultades conferidas por Ley citadas en párrafos anteriores, ha emitido el "Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos", aprobado mediante Circular SB/543/07, hoy inserto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (Artículo 5, Sección 2, Título VIII, Capítulo VII).

Este Reglamento determina taxativamente la obligación de los Bancos, Fondos Financieros Privados, Mutuales, etc. (Entidades de Intermediación Financiera), de cumplir con las retenciones judiciales dentro de las veinticuatro (24 horas) de su notificación, así como de informar a la autoridad jurisdiccional, fiscal o administrativa los resultados del cumplimiento de la instrucción (retención de fondos) en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de haber recibido la notificación.

El mismo Reglamento, en análisis, en su Artículo 2 Sección 3, determina que cualquier incumplimiento al mismo, dará lugar a la aplicación del Reglamento de Sanciones Administrativas.

Esta normativa regulatoria, se encuentra vigente y firme en sede administrativa.

b) Del incumplimiento de la normativa regulatoria.-

Ahora bien, compulsado el expediente administrativo, y en especial la documentación presentada por el ***BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.*** *(Fs. 63) como descargo a la ASFI, informa y reconoce que:*

- *En fecha 07 de noviembre de 2008, el área de operaciones del Banco recibió la carta Circular SB/2646/2008, por la cual se solicita la retención de fondos por la suma de $us.173.200.oo, de la cuenta corriente a nombre del Sr. Manuel Baro Nuñez.*
- *En fecha 15 de noviembre de 2008, en cumplimiento al requerimiento judicial, se efectuó la retención sobre el saldo existente en la Caja de Ahorro Nº 3801020761987 registrada a nombre del Sr. Manuel Baro Nuñez, que en ese momento ascendía a $us. 0,11 (cero punto once Dólares Americanos.)*
- *Dicha retención de fondos, fue comunicada el 26 de enero de 2009 al Juzgado 4º de Partido en lo Civil y Comercial mediante carta BLAP-GNO.OC.2056/08 emitida en fecha 21/11/2008.*

*Dicho esto se tiene que el **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** cumplió con el requerimiento del juez **ocho días** después de haber recibido la instrucción, es decir su accionar evidencia la infracción a la determinación expresa del Artículo 5, Sección 2, Título VIII, Capítulo VII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ya que conforme determina dicha regulación, la retención, debió haberse procesado dentro de las veinticuatro horas de su notificación, y la comunicación al Juzgado respectivo, dentro de los cinco días hábiles de recibida la Circular.*

c) De las conclusiones.-

Entonces, queda irrefutablemente comprobado, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al advertir la infracción al Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, y luego de la obligación de seguir el proceso sancionatorio correspondiente, cuenta con competencia para la imposición de sanciones.

*La pretensión del recurrente, de falta de competencia, no se adecúa a la normativa, e induce a determinar que el mismo confunde la competencia de retención como tal, que debe ser emitida por Autoridad competente, con la competencia del **cumplimiento de la orden judicial**, situación que es distinta.*

Por lo que, se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha actuado en uso de sus atribuciones y competencias conferidas por normativa expresa, y la solicitud de retención de fondos a través de la Circular Nº SB/2646/2008 de 31 de octubre de 2008 fue emanada, por la orden judicial emitida por autoridad jurisdiccional competente dentro de un proceso civil ejecutivo en contra del Sr. Manuel Baro Nuñez (Juez Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial) quien dispuso como medida precautoria la retención de Cuentas Bancarias del Sr. Baro ante el Sistema Financiero.

1.2.- EL RECURRENTE ARGUMENTA QUE A LA FECHA EXISTIRÍAN RESOLUCIONES JUDICIALES PENDIENTES, Y QUE LA ORDEN DE RETENCIÓN JUDICIAL SE ENCUENTRA SUJETA CONDICIÓN SUSPENSIVA.-

Al respecto el recurrente debe considerar lo siguiente:

El reglamento a la Ley de Procedimiento Administrado emitido por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece en su artículo 40 Parágrafo I que:

"I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico."

El hecho de que el recurrente haya presentado recursos legales ante la vía jurisdiccional, no lleva relación con el presente ***proceso administrativo****, toda vez que el mismo tiene naturaleza y objeto diferente, ya que lo que se está dilucidando en instancia administrativa, es el incumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, hecho que subsiste en la vía administrativa, más allá de la determinación final de la Autoridad Jurisdiccional.*

En ese sentido, la sanción impuesta al recurrente se basa en el incumplimiento a la ***normativa emitida por instancia administrativa****, y la solicitud de remisión de fondos por parte de la Autoridad Jurisdiccional responde a un tema netamente atinente al proceso judicial, mismo que debe ser resuelto en la vía jurisdiccional y no tiene ninguna –como se señaló- relación con el proceso administrativo.*

Por lo que, queda claro, que el carácter suspensivo, al que alega la entidad recurrente, no aplica al caso de autos.

1.3.- EL BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A., ARGUMENTA QUE EL REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN DE RETENCIONES Y SUSPENSIÓN DE RETENCIONES DE FONDOS, NO ESTABLECE EXPRESAMENTE QUE DEBA RETENERSE FONDOS DE LA CUENTA DE AHORRO.-

Al respecto y siguiendo la misma línea de razonamiento del recurrente, presentada en el memorial del Recurso Jerárquico, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no es la que determina y ordena la retención de fondos de un cuenta, ya sea ésta cuenta de ahorro o cuenta corriente, ésta determinación es adoptada por un Juez jurisdiccional, el mismo que ordena a la ASFI el cumplimiento de la misma, constituyéndose la ASFI en intermediario entre el órgano jurisdiccional y sistema financiero para su cumplimiento y bajo las reglas de regulación administrativas.

El hecho de que el "Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos" no establezca expresamente que deba retenerse fondos de la cuenta de ahorro, es justamente debido a que será el Juez, el que en uso de las facultadas que le invisten dispondrá la retención de fondos de todas las cuentas bancarias o con excepción de las cajas de ahorro, hecho que se pueda constatar de la misma documentación aportada por los recurrentes a Fs. 175 a 191 correspondientes a las ordenes de retenciones de los jueces.

En este punto hay que hacer referencia a que independientemente de si el regulado está de acuerdo o en desacuerdo con la orden judicial contenida en el oficio de 8 de octubre de 2008, remitida a la ASFI, esta no es susceptible de ser discutida en la vía administrativa, siendo la misma de cumplimiento obligatorio por parte de la administración y para los regulados, sin perjuicio de los recursos de Ley que le asisten al administrado en la vía jurisdiccional.

De igual modo, sorprende que el recurrente utilice el argumento de que las cuentas de ahorro no puedan ser sujeto de retenciones ya que de acuerdo a su propia Unidad de Auditoría Interna, quien mediante informe BLA/GAI/067/2009 de 4 de

agosto de 2009 y documentación anexa (Apéndice 1) a Fs. 10 del expediente administrativo, se tiene el Manual de Proceso para efectuar el Bloqueo y Desbloqueo de Fondos en ***Cuentas de Ahorro*** *Versión 2.0 refiere:*

"BLOQUEO Y DESBLOQUEO DE UNA CUENTA DE AHORRO

- *La institución realizará el bloqueo o desbloqueo de una Cuenta de Ahorro por los siguientes motivos:*
- *A solicitud expresa del Titular de la Cuenta de Ahorro.*
- ***Por instrucciones de autoridad judicial competente por intermedio de la SBEF.***
- *Bloqueo de Cuenta por fallecimiento del titular.*
- *Las Cuentas de Ahorro bloqueadas por orden judicial solo pueden ser desbloqueadas mediante otra orden judicial de la autoridad competente que especifiquen expresamente la liberación de los fondos de la cuenta de ahorros bloqueada, en ningún caso podrá ser desbloqueado a simple solicitud del Titular de la Cuenta.*
- *Al momento de atender una solicitud de desbloqueo a solicitud del cliente, el Asesor de Clientes deberá verificar el tipo de desbloqueo de la cuenta, en caso de ser bloqueado por orden judicial informará al cliente que el desbloqueo solo será posible con otra orden judicial que instruya el desbloqueo de la misma.(...)" (Negrilla y subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Situación, que seguramente responde a las excepciones establecidas en el Código de Comercio, en cuanto a las Cajas de Ahorro y el monto que puede ser embargable, sin embargo y sin perjuicio de ello, siguiendo con la materia del proceso administrativo ***sancionatorio*** *en compulsa, el mismo se limita al cumplimiento de la* ***orden judicial****, no así al contenido de la misma, ya que no compete a instancias administrativas, determinar su legalidad o ilegalidad.*

1.4.- EL RECURRENTE A SU VEZ ARGUMENTA, QUE LA SANCIÓN IMPUESTA NO CUMPLE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN.-

La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226) ha establecido que:

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

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b****) naturaleza de los perjuicios causados* ***c)*** *la reincidencia en la comisión."*

Al respecto y de la revisión de la normativa aplicable al caso, se ha podido constatar lo siguiente:

Primero.- *La normativa imputada y que se habría incumplido, se encuentra claramente identificada en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos (Artículo 5, Sección 2, Título VIII, Capítulo VII) inserto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Segundo.- *De la documentación y pruebas aportadas por el recurrente, y la instancia administrativa "a quo", que se encuentran insertas en el expediente administrativo, se constata que el incumplimiento al artículo 5, Sección 2, título VIII, Capítulo VII sobre el "Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos" y al Art. 1358 del Código de Comercio, debido a que no se cumplieron con los plazos establecidos para la retención de fondos y comunicación a la Autoridad Jurisdiccional, así como no se produjo a las retenciones siguientes, cuando el titular de la cuenta de ahorro depositó nuevos montos. Situación, que a su vez, se encuentra confirmada por el propio recurrente.*

Tercero.- *Sin embargo y dentro del control de legalidad de la imposición de la sanción pecuniaria, corresponde revisar los fundamentos en los que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) se basó para la imposición de la sanción del 0.3% del Capital Mínimo Requerido.*

La ASFI mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 sancionatoria, presenta los siguientes fundamentos respecto a la imposición de sanción:

"Que, el Art. 61 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras establece que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por esta Superintendencia, y

en su caso, por el Banco Central de Bolivia, no contempladas en este Reglamento, en que pudieran incurrir los Bancos y Entidades Financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por ASFI, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse.

Que, el artículo 98 de la citada Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que la responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos.

Que, el Art. 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, determina que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerente, empleados contravengan sus previsiones legales y normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de sanciones administrativas.

Que las actividades que realizan las Entidades de Intermediación Financieras, son consideradas de interés público, y por tanto sometidas al estricto cumplimiento de las disposiciones legales y normativas que rigen la materia, entre ellas, las disposiciones judiciales referidas a la aplicación de medidas precautorias.

Que las deficiencias operativas en las que incurrió el Banco originaron el incumplimiento a disposiciones legales y normativas en vigencia a momento de los hechos, situación que se ve agravada debido a que por su responsabilidad se habrían vulnerado los principios de buena fe y sometimiento pleno a la Ley, que rigen el procedimiento administrativo.

Que, en cumplimiento del principio de proporcionalidad que rige el procedimiento administrativo, tales acciones configuran infracciones cometidas por negligencia y ausencia de controles internos apropiados, correspondiendo aplicar una sanción adecuada a la gravedad del hecho y por tanto, aplicar en el presente caso sanción pecuniaria en contra de la entidad, considerando a tal efecto que el Banco habría constituido un Depósito Judicial competente.

Que la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe ASFI/DAJ/R-34263/2009 de 7 de septiembre de 2009 concluye por recomendar la aplicación de multa al Banco Los Andes Procredit S.A. equivalente al 0.3% del Capital Mínimo Requerido para ese tipo de entidades, al haberse evidenciado que incurrió en incumplimiento de la normativa."

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 378/2009 de 6 de noviembre de 2009, presenta los siguientes fundamentos respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad:

"Finalmente, en cuanto a la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, bajo el fundamento de que el Banco no obtuvo ningún beneficio, y por el contrario tuvo que erogar de su propio patrimonio los recursos para cubrir los fondos no retenidos, cabe establecer que la Resolución ASFI Nº 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, ingresó en la valoración de la cuestión planteada en el recurso, al referirse en antepenúltimo y penúltimo párrafo a la agravación de la responsabilidad de la entidad y a la concurrencia de negligencia en los incumplimientos identificados.

Por otra parte, cabe aclarar que en el presente caso, si bien la entidad no obtuvo beneficio, como manifiesta en su solicitud de revocatoria, empero si ocasionó un perjuicio al reclamante al no cumplir oportuna y correctamente los procedimientos de retención y remisión de fondos establecidos en el RFNRSF.

Por último, y siguiendo los lineamientos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, la sanción impuesta al Banco Los Andes Procredit S.A. consideró los parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad, es decir a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable; b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora haya ponderado las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida."

*Ahora bien, revisada la normativa sancionatoria aplicable, se tiene que no existe un artículo específico, sobre el monto de sanción que puede imponerse para el caso del incumplimiento a la **instrucción de órdenes judiciales**, por lo que se debe limitar su análisis a los Artículos 99, 101 y 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que determinan:*

*"**ARTICULO 99º.-** Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:*
1. Amonestación.
2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo…"

***"ARTICULO 101º.-** La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa."*

*"**ARTICULO 102º.-** Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99º, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse."*

Por su parte, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su Artículo 61º determina que:

***"Artículo 61°.-** Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y, en*

su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el Superintendente, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse."

Como se puede apreciar de la transcripción realiza en párrafos anteriores, la ASFI ha fundamentado la imposición de la sanción pecuniaria aplicada al ***BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.*** *en la facultad conferida en el Artículo 61, al determinar que la infracción cometida no puede considerarse como leve, ya que según dicha Institución, se habría ocasionado un perjuicio al reclamante al no haber cumplido oportunamente la instrucción emanada.*

Dicha aseveración, no puede ser considerada por esta instancia jerárquica, al no haber comprobado que el perjuicio se haya materializado, toda vez que revisado el expediente se detecta, que el Juez, en uso de sus atribuciones, determinó que el ***BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.*** *realice un depósito judicial, por el monto total de retención ordenado por el Juez.*

Ahora bien, la ASFI justifica además la imposición de sanción pecuniaria, en la negligencia y falta de controles que originaron el incumplimiento del Banco, situación que ha sido confirmada por esta instancia jerárquica, conforme se evidenció de la compulsa realizada al expediente administrativo, sin embargo y fundamentalmente, la ASFI no ha presentado la motivación debida como elemento esencial del acto administrativo, que justifique la imposición de una sanción pecuniaria de 0.3% del Capital Mínimo Requerido del Banco que equivale a Bs182,210.47 y no una amonestación o sanción menor, habiéndose limitado su argumentación a establecer enunciados, mismos que no pueden asimilarse a una exposición clara y precisa que implica la fundamentación debida de todo acto administrativo.

De lo transcrito queda claro que no se sabe cuáles han sido los criterios usados para la determinación del 0.3% de la multa impuesta, hecho que ha dado lugar a la indefensión del administrado, al no conocer con exactitud, los fundamentos o motivos que impulsaron a dicha determinación.

La ASFI, no toma en cuenta que conforme determina el Artículo 28 de la Ley No. 2341 de 23 de Abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, la fundamentación o motivación, es un elemento esencial del acto administrativo, e implica que el mismo debe expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, así como los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y finalmente el derecho aplicable.

Este elemento esencial del acto administrativo, expresado en la parte considerativa o bien denominada expositiva, permite que la Autoridad que emite el acto, establezca de manera clara, precisa y concreta las razones de hecho y derecho en los que funda su determinación. La ausencia de la motivación o la exposición general y no específica, no permite al administrado contar con los elementos mínimos necesarios para ejercer su

derecho a la defensa, denotando que la Autoridad Fiscalizadora no de cumplimiento al elemento objetivo a tiempo de la emisión del acto administrativo, cual es la motivación.

Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con la aplicación de dicho elemento esencial del acto administrativo, en cuanto se refiere a la imposición del monto de sanción(…)"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 879/2010 DE 13 DE OCTUBRE DE 2010.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N°879/2010 de 13 de octubre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

1. *"Sancionar al **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** con multa equivalente al 0,1 % (cero coma uno %) del capital mínimo requerido por Ley, para este tipo de entidades, equivalente a $us8,375.00 (OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por haber incurrido en el incumplimiento al artículo 5 Sección 2, Título VIII, Capítulo Vil del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y al artículo 1358 del Código de Comercio.*

2. *La multa impuesta deberá ser depositada en la cuenta N° 4010695761 (Autoridad de Supervisión - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en el plazo máximo de 10 días hábiles computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir en los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta.*

3. *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.,** debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro las 72 horas de efectuado el acto."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 4 de noviembre de 2010 **Banco Los Andes Procredit S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°879/2010 de 13 de octubre de 2010, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 1007/2010 DE 2 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°1007/2010 de 2 de diciembre de 2010 la

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar totalmente la Resolución ASFI N° 879/2010 de 13 de octubre de 2010 de acuerdo a los siguientes términos:

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis y evaluación de los fundamentos expuestos por el Banco Los Andes Procredit S.A., se tienen las siguientes consideraciones:

- *La anulación dispuesta mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010, por la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, con relación Resolución ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, se refiere específicamente a que ASFI deba dictar una nueva Resolución Administrativa, cuya sanción se ajuste a derecho, conforme los fundamentos que expone en su contenido la mencionada Resolución Ministerial Jerárquica, a este efecto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N° 879/2010 de 13 de octubre de 2010, enmarcado su actuación en los preceptos establecidos en el Código de Comercio, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, sus Decretos Reglamentarios y Reglamentación Específica.*

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

- *Con relación al reiterado cuestionamiento, de que ASFI dictó la Resolución N° 879/2010 de octubre de 2010, sin sustento legal y sin ajustarse a derecho, mencionando que no existe un artículo específico, sobre el monto de la sanción impuesta, corresponde efectuar las consideraciones siguientes:*

  a) *La sanción pecuniaria impuesta al Banco Los Andes Procredit S.A., se basó en la facultad conferida por el artículo 61 y 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) al determinar que la infracción cometida no puede considerarse como leve, en razón a que las inobservancias en que incurrió la citada entidad bancaria son calificadas de acuerdo a la normativa como grave, toda vez que se constituyen en un incumplimiento a instrucción emanada por el órgano de control.*

  b) *Con relación a la fundamentación y motivación contenida en la Resolución Nª 879/2010 de octubre de 2010, respecto a la multa impuesta del 0.1% del capital mínimo requerido para entidades bancarias, se consideró lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, refiriéndose a los* ***"Principios Generales de la Actividad Administrativa",*** *que en su inciso p) se refiere al* ***"Principio***

de Proporcionalidad" *señalando, "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".*

c) *Asimismo, se consideraron los criterios contenidos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que establecen que para imponer una sanción, la administración debe basarse en los parámetros y/o criterios que forman parte inmanente del* ***principio de proporcionalidad,*** *es decir;* ***a)*** *Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable;* ***b)*** *Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y;* ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora haya ponderado las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

d) *Con relación a lo anteriormente expuesto, ASFI consideró adicionalmente, otros criterios de modulación en la sanción impuesta, que son expresados en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, por los cuales menciona que para una correcta adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción a aplicarse, debe tomarse en cuenta los siguientes parámetros de carácter sancionador;* ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *naturaleza de los perjuicios causados y* ***c)*** *la reincidencia en la comisión.*

- *Con relación a la "arbitrariedad" acusada, fundada en un criterio de "Discrecionalidad Reglada", dicho argumento no corresponde por cuanto la Resolución ASFI N° 879/2010 de 13 de octubre de 2010, al motivar la sanción impuesta, ha cumplido con los lineamientos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010.*

  Al respecto, cabe considerar que la "Discrecionalidad Reglada", es una potestad conferida al Órgano de Supervisión; consiguientemente, la valoración y determinación contenida en la Resolución ASFI N° 879/2010 de 13 de octubre de 2010, desde ningún punto de vista puede ser considerada arbitraria, por cuanto en los términos de la Sentencia Constitucional 0258/2007-R de 10 de abril de 2007, que se señalan más adelante, y que hacen referencia a los límites de la discrecionalidad, la Resolución N° 879/2010 de octubre de 2010, se ajusta a los supuestos para el ejercicio de esa potestad, al decir:

  "Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada (...)'.

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que 'La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento'.

- *Finalmente, se concluye que para la gradación de la sanción, se han establecido parámetros que fundamentaron la multa impuesta, basados principalmente en el incumplimiento en que incurrió la citada entidad, el cual se encuentra establecido en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificaciones, Retenciones y Suspensión de Retención de Fondos, por tanto, la infracción en la cual ha incurrido la entidad, ha sido probada y demostrada por este Órgano de Fiscalización en el marco de la potestad sancionadora contenida en la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado); asimismo, los criterios utilizados para modular la sanción del 0.1% del capital mínimo requerido para entidades bancadas, se basan en que la infracción cometida por el citado Banco, no es susceptible de una simple amonestación, conforme los argumentos expuestos en la Resolución ASFI N° 879/2010 de 13 de octubre de 2010; los cuales fundamentan la posición de ASFI con relación a la sanción impuesta al Banco Los Andes Procredit SA., siguiendo los lineamientos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 y los fundamentos contenidos en la Sentencia Constitucional 0258/2007-R de 10 de abril de 2007.*

CONSIDERANDO:

Que, el presente recurso ha sido tramitado de acuerdo a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y toda la normativa conexa.

Que, por disposición del artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) en su primera parte, la administración de las entidades de intermediación financiera se encuentran sujetas a las disposiciones contenidas en la citada Ley de Bancos y Entidades Financieras, el Código de Comercio y las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993, señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y el de ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las

disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades que intermedien recursos financieros.

Que, las entidades de intermediación financiera se encuentran obligadas a someter su administración a la inexcusable observancia de las disposiciones legales mencionadas precedentemente y las regulaciones prudenciales emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las que en el presente caso se refieren, entre otros, al cumplimiento del Código de Comercio y las disposiciones contenidas en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras…."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 23 de diciembre de 2010, Banco Los Andes Procredit S.A., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 1007/2010 de 2 de diciembre de 2010, argumentado lo siguiente:

"RECURSO JERÁRQUICO.-

Notificados con la Resolución ASFI No. 1007/2010 de 02 de diciembre de 2010, con relación al Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI No. 879/2010 de 13 de octubre de 2010; conforme a la previsión contenida en los artículos 52 y 53 del D.S. 27175, interponemos Recurso Jerárquico en contra la de la citada disposición por contener determinaciones lesivas a nuestros derechos, solicitando que en conocimiento de la instancia del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se emita pronunciamiento favorable sobre los extremos que nos permitimos exponer.

1. ANTECEDENTES.-

1.1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010.

1.1.1.*El 06 de abril de 2010 el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en conocimiento del recurso jerárquico interpuesto por el Banco los Andes Procredit S.A. contra la Resolución ASFI 378/2009 de 06 de noviembre de 2009 que confirma la Resolución ASFI 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, dispone anular el procedimiento administrativo hasta la resolución 229/2009 inclusive e instruye el pronunciamiento de una nueva Resolución Administrativa acorde a los términos y consideraciones expuestas.*

1.1.2. *La instancia jerárquica expuso que "...****revisada la normativa sancionatoria aplicable, se tiene que no existe un artículo especifico, sobre el monto de sanción que puede imponerse para el caso del incumplimiento a la instrucción de órdenes judiciales...";*** *que la ASFI ha entendido que la* ***"...infracción cometida no puede considerarse como leve, ya que según dicha institución, se habría ocasionado un perjuicio al reclamante al no haber cumplido oportunamente la instrucción emanada.",*** *pero que* ***"Dicha aseveración no puede ser considerada por esta instancia, al no haber comprobado que el perjuicio se haya materializado, toda vez***

que revisado el expediente se detecta, que el juez, en uso de sus atribuciones , determinó que BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A. realice un depósito judicial, por el monto total de la retención ordenada por el Juez".

1.1.3. *La autoridad considera además que "...* ***la ASFI no ha presentado la motivación debida como elemento esencial del acto administrativo, que justifique la imposición de una sanción pecuniaria del 0.3% del Capital Mínimo Requerido del Banco que equivale a Bs. 182,210.47 y no una amonestación o sanción menor, habiéndose limitado su argumentación a establecer enunciados, mismos que no pueden asimilarse a una exposición clara y precisa que implica la fundamentación debida de todo acto administrativo"***

1.2. <u>RESOLUCIÓN ASFI 879/2010</u>

1.2.1.*El 13 de octubre de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) en cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 resuelve "* ***Sancionar al BANCO LOS ANDES PROCREDIT SA con multa equivalente al 0.1% (cero coma uno %) del capital mínimo requerido por Ley, para este tipo de entidades... por haber incurrido en el incumplimiento al artículo 5 sección 2, Título VIII, Capítulo VII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y al artículo 1358 del Código de Comercio".***

1.2.2. *Por otra parte, la misma resolución primero considera que no puede* ***"...interpretarse como una conculcación del principio Non Bis in ídem, por lo tanto la sanción pecuniaria emitida con anterioridad, el Banco Los Andes Procredit S.A., procedió con el pago de la sanción, no correspondiendo efectuar otro pago adicional.";*** *pero luego ordena que* ***"La multa impuesta deberá ser depositada en la cuenta No. 4010695761 (Autoridad de Supervisión – Multas) del Banco mercantil Santa Cruz S.A., en el plazo máximo de 10 días hábiles computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir en los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta".***

1.2.3*. En la parte considerativa, sentencia definitivamente que la entidad bancaria incumplió la normativa interna y externa en cuanto a la retención de fondos en las cuentas de Manuel Baró Nuñez.; Que, sin embargo "...de* ***los descargos presentados por la entidad bancaria, se establece que en cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad judicial el Banco Los Andes Procredit S.A., remitió mediante Certificado de Depósito judicial No. 0135120 de 14 de agosto de 2009, el monto de $us. 173,200.00 cantidad que no fue retenida conforme instruyó el juez, sin embargo, para efectos de imposición de la respectiva sanción; se deberá considerar este aspecto."***

1.2.4. *Con relación al punto anterior, específicamente al incumplimiento,* ***considera que "...dicha falta se encuentra establecida en el Reglamento de Retención y Suspensión de Retención de Fondos; por tanto, la multa a imponerse debe***

necesariamente enmarcarse en el principio de proporcionalidad y legalidad con sometimiento pleno a la Ley, ponderando para ese efecto las siguientes circunstancias que concurrieron para imponer la multa: El perjuicio que este incumplimiento ocasionó al señor Juan Federico Orihuela Pérez, al no lograr oportunamente la ejecución de la medida precautoria solicitada al juez, aspecto por el cual la entidad infractora debe asumir su responsabilidad."

1.2.5.*Concluye además que la actitud negligente del Banco ocasionó un perjuicio al nombrado Orihuela, por no ejecutar oportunamente y conforme a procedimiento la retención de fondos, y en ese contexto se configura la gravedad de la infracción que amerita la imposición de una sanción pecuniaria y no una amonestación.*

1.2.6. *Respecto a la gradación de la sanción o cuantía de ésta, se invoca el principio de la Discrecionalidad Reglada, para la aplicación y cumplimiento del Principio de Proporcionalidad.*

1.2.7 *.Para* ***"...motivar el porcentaje de la sanción a imponerse al Banco infractor..."*** *se elabora un cuadro inmerso en la resolución que considera* ***"...varios criterios para la imposición porcentual de la multa en relación al capital mínimo requerido para entidades bancarias",*** *de tal modo que…"* ***se ha establecido varios parámetros que fundamentan*** *la aplicación de la sanción pecuniaria, basado fundamentalmente en el incumplimiento en que incurrió la citada entidad,...".*

1.3. RESOLUCIÓN ASFI 1007/2010

1.3.1*. El 2 de diciembre de 2010, en conocimiento del Recurso de Revocatoria interpuesto por Banco Los Andes Procredit S.A. contra la resolución ASFI 879/2010, la Autoridad de Supervisión determina confirmar la misma en todas sus partes.*

1.3.2. *Sustancia su determinación, respecto al cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010, que se invoca en el recurso, indicando que: "****Si bien la anulación de la Resolución ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, tiene como efecto retrotraer el procedimiento sancionatorio a un estado anterior, la existencia de una multa pendiente de devolución, no es óbice para continuar el procedimiento y dar cumplimiento a la Resolución Jerárquica, máxime si la entidad quedaba en libertad de solicitar la devolución de la multa en cualquier momento, antes de la emisión de la nueva resolución".***

1.3.3. *Asimismo, fundamenta la aplicación de la sanción pecuniaria en el ejercicio de la competencia y la Discrecionalidad Reglada que le asiste, como potestad conferida al órgano de supervisión, citando la Sentencia Constitucional 0258/2007-R de 10 de abril de 2007, que informa sobre la existencia de esa Discrecionalidad* ***"... cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada."***

2. CONSIDERACIÓN DE ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO

2.1. *La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 a tiempo de anular el procedimiento administrativo e independiente a la valoración (no resuelta) sobre los argumentos del Recurso Jerárquico que originalmente se interpuso, marca una línea clara y definitiva para que la ASFI reponga la resolución de primera instancia. Precisa la autoridad que no existe un artículo específico relativo al monto de la sanción que se puede imponer; vale decir que, en principio, debe definirse con exactitud y claridad cuál es la disposición que respalda su aplicación.*

2.2. *No obstante los fundamentos expuestos, como anotamos en el Recurso de Revocatoria, la situación no ha cambiado y la "motivación debida" - extrañada en la resolución de la autoridad jerárquica - sigue ausente. De tal manera se omiten los lineamientos ordenados que:*

2.2.1. *No existe ahora ni antes hubo una disposición específica para establecer el monto de una eventual sanción respecto al incumplimiento que acusa el regulador. El tipo y la sanción que ahora imponen no se encuentran inmersas en la disposición del artículo 5 sección 2, Título VIII, Capítulo VII del Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, sino que esa norma introduce una obligación para la entidad de cuya inobservancia debería configurarse expresamente un acto típico y sanción concreta.*

2.2.2. *Asimismo la aplicación de una multa como sanción sujeta al principio de proporcionalidad, carente del elemento indicado el punto precedente, no puede existir ni considerarse apegada a la legalidad. Peor aún, en ausencia de* ***"... un artículo específico, sobre el monto de sanción que puede imponerse para el caso del incumplimiento a la instrucción de órdenes judiciales...",*** *la denominada Discrecionalidad Reglada no puede erguirse por encima de la ley y construir un escenario para motivar algún porcentaje a la sanción pecuniaria; no es otra cosa la que el Regulador ha hecho al crear un cuadro (no más allá de un ejercicio numérico) para justificar un quantum. En todo caso, nunca llegan a la motivación debida, pues en cita de la Sentencia Constitucional No. 0258/2007- R, la Discrecionalidad Reglada otorgada la responsabilidad (no es un privilegio) de optar entre posibilidades ciertas (pre existentes); en la resolución que impugnamos se crearon intencionalmente posibilidades para optar entre ellas, sometiendo al Banco a una suerte de indefensión, en tanto desconocía previamente los parámetros que invoca ahora la ASFI.*

2.2.3*. El ejercicio de la Discrecionalidad Reglada con plena competencia, sería incuestionable, si ese "Abanico de Posibilidades" estuviera inmerso en una norma precedente y no en "criterios" y "parámetros" elaborados consecuentemente.*

2.2.4. *El perjuicio (presumido no probado) que se le habría ocasionado a Juan Federico Orihuela Pérez, y que la ASFI invoca como argumento para calificar la gravedad del incumplimiento, se funda en que la Medida Precautoria ordenada por un Juez no fue ejecutada oportunamente. Cumple observar que una medida de orden jurisdiccional de esa naturaleza no constituye un derecho adquirido para los actores de un proceso, razón por la cual no puede generar un beneficio o un perjuicio*

por sí misma; situación distinta sería si una orden de pago o disposición similar del Juez se viera afectada por ese acto, pero ni existe ni se ha acreditado que tal condición se presente y por ende exista algún perjuicio, más aún cuando la controversia judicial (ajena a este procedimiento) todavía no repara en la disposición del dinero depositado por el Banco Los Andes Procredit S.A., el mismo que se encuentra aún en el expediente sujeto resoluciones pendientes.

2.3. *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) a tiempo de pronunciar las resoluciones ASFI No. 1007/2010 de 02 de diciembre de 2010 y ASFI No. 879/2010 de 13 de octubre de 2010, no define adecuadamente la situación de la multa impuesta en el procedimiento anulado.*

2.3.1. *La parte considerativa de la resolución ASFI 879/2010, entiende que no corresponde efectuar otro pago adicional, pero luego en la parte dispositiva abundan y precisan en el pago y la forma en que deben efectuarse.*

2.3.2. *En la construcción de un fallo, cualquiera que fuera éste, la determinación final o resolución propiamente dicha debe ser una consecuencia lógica de los argumentos expuestos en la parte considerativa, que - en definitiva - es el sustento de aquella. En el caso que nos ocupa, existe una contradicción manifiesta entre ambas partes con la que se provoca un escenario y una resolución de contenido inciertos.*

2.3.3. *La Resolución ASFI 1007/2010 considera que esa incongruencia no es óbice para continuar con el procedimiento, reduciendo el hecho casi a una anécdota o hecho curioso intrascendente. Lo que la Autoridad de Supervisión ahora desconoce, es que su propia competencia está en entredicho, pues asumen plena capacidad solo si han dado cumplimiento a la resolución jerárquica.*

2.3.4. *Con la anulación del procedimiento y el retorno de la causa al estado anterior a la resolución sancionatoria, también debía producirse la restitución de la multa pagada. La ASFI, de oficio, estaba en la obligación de restituir el monto depositado o actuando con la debida coherencia - en su propio fallo resolver la situación de ese tema. La petición de parte no es un argumento, ni un elemento, ni una disposición, que excluya la obligación de cumplimiento.*

PETICIÓN

En función a los antecedentes expuestos y las consideraciones efectuadas, solicitamos a la Autoridad Jerárquica disponga ANULAR el procedimiento hasta que se pronuncie nuevamente una Resolución que se ajuste a los fundamentos señalados en este recurso y en la propia Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010…."

Mediante memorial presentado el 3 de febrero de 2011, Banco Los Andes Procredit S.A., presenta los siguientes argumentos:

*"Señor Viceministro, conforme a los argumentos expuestos en los puntos 2.3, **2.3.1, 2.3.2, 2.3.3** y **2.3.4** de nuestro memorial de Recurso Jerárquico de fechas 22 de diciembre de 2010, me permito hacer presente lo siguiente:*

*Como bien consta en los antecedentes del expediente de exordio, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 06 de abril de 2010, se **anuló** el procedimiento administrativo **hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009,** ordenando en consecuencia se dicte una Nueva Resolución Administrativa que se ajuste a derecho.*

*Es decir, por efecto jurídico y lógico de lo descrito, **debieron haber cesado todos los efectos de la Resolución ASFI 229/2010,** para recién poder dictar la nueva resolución ordenada por la instancia jerárquica. Pero lamentablemente eso no ocurrió, y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), se aventuró a dictar la Resolución Administrativa ASFI 879/2010 - otra vez sancionatoria - **sin previamente haber restituido la multa impuesta** en la resolución anulada.*

Ante esa circunstancia** que deja en entredicho la propia competencia del ente regulador a momento de dictar la nueva Resolución Administrativa, **se interpuso el correspondiente Recurso de Revocatoria** donde de forma por demás minuciosa y puntual se hizo constar el extremo descrito, **mereciendo sin embrago (sic) la desafortunada Resolución Administrativa que confirmó totalmente todos y cada uno de los extremos del acto recurrido**, y lo peor, **considerando que la no restitución** de la multa pagada por el Banco Los Andes Procredit S.A., **no se constituía en óbice alguno para imponer una nueva multa.

*En consecuencia Señor Viceministro, los **Bs. 182.210,47-** que depositamos por concepto de una multa que fue también anulada juntamente a la Resolución que la originó, **jamás nos fueron restituidos,** y sin más reparo se dictó una nueva resolución - cuando la anterior no había cesado por completo - en la cual se **nos vuelve a imponer una multa, ahora de $us. 8.375.-***

Por lo expuesto, ratificamos nuestra solicitud para que su autoridad dicte la correspondiente Resolución Administrativa Jerárquica, en la cual se determine la anulación del procedimiento hasta la Resolución ASFI 879/2010, y sea por corresponder en derecho."

6.-FORMULACIÓN CRITERIOS DE TERCEROS INTERESADOS.-

Que, mediante Auto de fecha 3 de enero de 2011, se notificó al tercero interesado Sr. **Juan Federico Orihuela Pérez** a objeto de que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos; no habiendo presentado criterio o alegaciones, y no siendo un elemento impeditivo para dictar Resolución, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se pronuncia.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por el **Banco Los Andes Procredit S.A.**, corresponde desarrollar

los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. En cuanto a la devolución de la multa correspondiente al proceso anulado.-

El recurrente señala que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010, anuló el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 229/2009 de 16 de septiembre de 2009 inclusive, debiendo en consecuencia dictarse una nueva resolución sancionatoria, sin embargo de ello la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omitió cumplir con su obligación de restituir los montos depositados correspondiente al cero punto tres por ciento (0.3%) del capital mínimo, que asciende a la suma de Bolivianos 182,210.47, hecho -que a decir del recurrente- daría lugar a la anulación del presente proceso administrativo.

Al respecto y en primer término, importa precisar que si bien la multa dada a través de la Resolución Administrativa Nº ASFI Nº 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, quedó sin efecto legal alguno a consecuencia de la anulación del proceso administrativo a través la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010, se tiene que el Banco Los Andes Procredit S.A., a partir de la notificación con la Resolución Ministerial Jerárquica, contaba con el derecho de solicitar se le devuelva o restituya el monto pagado emergente del proceso sancionatorio anulado.

Que, sin embargo y de la revisión del expediente administrativo, no se encuentra documento que avale o evidencie que el recurrente ejerciendo su derecho de devolución, haya presentado tal solicitud, omisión que no puede ser atribuida como responsabilidad única del Órgano de Regulación.

Que en ese mismo sentido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución Administrativa ASFI Nº 1007/2010 se pronuncia en sentido de que:

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

En este entendido la autoridad administrativa, ha emitido pronunciamiento sobre el derecho que le asistía al Banco de solicitar la devolución de los montos depositados, correspondientes a la sanción establecida en la Resolución Administrativa ASFI Nº 229/2009,

por lo que el recurrente a través del derecho a la petición debió haber solicitado tal devolución, en su debida oportunidad.

Que todos estos hechos demuestran de manera clara y fehaciente que al haber tenido una conducta pasiva el recurrente, y no solicitar el ejercicio de ese derecho, no puede ahora pretender responsabilizar al órgano de regulación y menos pretender la anulación del presente proceso debido a que justamente la falta de diligencia del Banco ocasionó que la multa impuesta no sea devuelta.

Sin embargo de ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no está exenta de responsabilidad, ya que ésta debió cumplir con lo determinado en el artículo 60, parágrafo II del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI aprobado a través del Decreto Supremo N° 27175, mismo que determina la obligación por parte del órgano regulador de cumplir y hacer cumplir la Resolución Ministerial Jerárquica que en el presente caso, una de las consecuencias directas de la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010, era justamente la devolución de la multa, por lo que la misma debió ser devuelta, sin embargo de aquello y como ya se dijo líneas atrás este hecho no puede ser considerado de entera responsabilidad del órgano regulador debido justamente a la conducta pasiva del recurrente.

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

Que, el hecho que a la fecha no haya solicitado la devolución, no libera al Órgano Fiscalizador de la restitución del saldo que en derecho le corresponda al Banco Los Andes Procredit S.A.

2.- EN CUANTO A LA FALTA DE CONGRUENCIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 879/2010 DE 13 DE OCTUBRE DE 2010.-

Compulsado el expediente tenemos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó en la parte resolutiva de la Resolución ASFI N° 879/2010 que:

> *"Sancionar al **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.** con multa equivalente al 0,1% (cero coma uno %) del capital mínimo requerido por Ley, para este tipo de entidades, equivalente a $us8,375.00 (OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por haber incurrido en el incumplimiento al artículo 5 Sección 2, Título VIII, Capítulo VII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y al artículo 1358 del Código de Comercio.*

La multa impuesta deberá ser depositada en la cuenta N° 4010695761 (Autoridad de Supervisión - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en el plazo máximo de 10 días hábiles computables a partir de su notificación con la presente Resolución, *bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir en los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta."* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Sin embargo, en la parte considerativa a Fs. 59 de la misma Resolución ASFI N° 879/2010 de 13 de octubre de 2010, determina que:

"…Que, en ese sentido, la sanción consignada en la presente Resolución es expuesta para efectos formales y de cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, no pudiendo interpretarse como conculcación al principio Non bis Idem por lo tanto la sanción pecuniaria emitida con anterioridad, el Banco Los Andes Procredit S.A. ***procedió con el pago de la sanción, no correspondiendo efectuar otro*** *pago adicional." (*Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si bien en el presente caso se ha podido observar la contradicción referida por el recurrente, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al haber admitido y resuelto el Recurso de Revocatoria, ha dado lugar a que el defecto haya sido subsanado, ya que implícita e explícitamente ha consentido con el cumplimiento del Artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 que determina en su parágrafo I. lo siguiente:

"Los Recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".* Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, a su vez el recurrente debe considerar que el hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, haya admitido y posteriormente resuelto el Recurso de Revocatoria, ha dado lugar a que no se le haya vulnerado ningún derecho, es más aunque este no cumplió con la sanción determinada en la parte resolutiva de la Resolución ASFI N° 879/2010 de 13 de octubre de 2010, la misma se consideró pagada, justamente como consecuencia de la falta de devolución originada por la entonces vigente Resolución Administrativa ASFI N° 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, que fue objeto de nulidad relativa por esta instancia a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010.

Que, por otra parte tenemos que el recurrente fundamenta su solicitud en las causales de anulabilidad y no de nulidad.

Que, respecto a ello tenemos que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 66/2006 determinó en cuanto al tratamiento de las nulidades en materia administrativa, previsto en el Capítulo V del Libro segundo de la Ley de Procedimiento Administrativo, Artículos 35 al 38 que:

> *"En ese contexto normativo, se tiene causales para la nulidad de pleno derecho en el Artículo 35 y, por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en el Artículo 36, es claro que la Ley de Procedimiento Administrativo, en concordancia con la doctrina, reconoce la nulidad y anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo, constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrarse viciados de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.*
>
> *Sin embargo, por sus alcances y efectos, la doctrina estableció diferencias fundamentales entre ambos institutos como la convalidación y saneamiento que se puede hacer de los actos anulables, a diferencia de aquellos sancionados con nulidad de pleno derecho por otra parte, la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo, establecidos a priori por la ley, con las causales de nulidad señaladas en la Ley."*

Que, a su vez en el libro de Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, ha determinado lo siguiente:

> *"...Aplicando el principio de especificidad que regulan las nulidades absolutas y relativas para que pueda presentarse la anulabilidad de algún acto administrativo, la causal debe estar calificada en la ley que regula dicha actuación y, en segundo lugar según la trascendencia, el acto impugnado necesariamente debe producir un perjuicio al derecho subjetivo del administrado como ser la lesión a su derecho a la defensa, debido proceso etc. caso contrario el acto por sí mismo no puede ser anulado, criterio que guarda concordancia con el artículo 36 parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo que determina (…) el defecto de forma determinará la anulabilidad cuando el acto* ***carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados "***

De lo transcrito tenemos que el defecto procesal al que hace referencia el recurrente ha sido subsanado y rectificado conforme lo determina el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado a través de Decreto Supremo de 15 de septiembre de 2003, Artículo 37 I) refiere lo siguiente:

"I. Los actos anulables pueden ser convalidados, o saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios que adolezca…"

Por lo que, en el presente caso y congruentemente con lo desarrollado, no existe razón legal para dar curso a la nulidad o anulabilidad solicitada por el recurrente.

3. EN CUANTO A LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.-

La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226) ha establecido que:

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

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *naturaleza de los perjuicios causados* ***c)*** *la reincidencia en la comisión."*

Consecuentemente, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó ya en la Resolución Administrativa ASFI Nº 879/2010 de 13 de octubre de 2010, sancionar al Banco los Andes Procredit S.A., con la imposición de multa equivalente al cero coma uno por ciento (0.1%) del capital mínimo requerido por Ley, para este tipo de entidades, equivalente a $us 8,375.00 (Ocho Mil Trescientos Setenta y Cinco 00/100 Dólares Estadounidenses) por haber incurrido en el incumplimiento al Artículo 5 Sección 2, Título VIII, Capítulo VII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de

Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y el artículo 1358 del Código de Comercio.

Asimismo determinó que en el caso de autos, el hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, que la normativa incumplida se encuentra claramente identificada en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retención y Suspensión de Retención de Fondos artículo 5 Sección 2, Título VIII inserto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y artículo 1358 del Código de Comercio.

Asimismo, fundamenta la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cuanto a la proporcionalidad y a la gravedad del hecho, lo siguiente:

- Que correspondía imponer una multa pecuniaria debido a que en el presente caso se ha evidenciado una conducta negligente de la entidad que generó el incumplimiento de una orden de retención de fondos,
- De igual modo determinó que no habría existido un beneficio para el Banco,
- Que en el presente caso no se identificó reincidencia por parte del Banco Los Andes Procredit S.A.,
- El perjuicio ocasionado al señor Juan Federico Orihuela Pérez, al no lograr oportunamente la ejecución de la medida precautoria solicitada por el juez, debido justamente a la actitud negligente del Banco los Andes Procredit S.A.,
- Esta actitud que ocasiona el incumplimiento de la orden de retención de fondos por $us. 173,200.00, agrava la infracción, cuando con posterioridad a la fecha en que dio cumplimiento a la retención de fondos, se permitió que el demandado Manuel Baro Nuñez, continúe operando normalmente su cuenta de Caja de Ahorros, donde dichos movimientos alcanzaron hasta la suma de $us. 201,175.00, monto suficiente para cubrir las medida precautoria ordenada por el juez por la suma de $us. 173.200.00.

Por lo que, en el presente caso la sanción aplicada no se ha debido a la arbitrariedad del ente regulador, como sugiere el recurrente sino que las sanciones se han dado atendiendo a las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor, atenuantes, agravantes etc., determinando así una multa equivalente al cero coma uno por ciento (0.1%) del capital mínimo requerido por Ley, para este tipo de entidades, cumpliendo así con los criterios de proporcionalidad.

4. EN CUANTO A QUE NO EXISTE NORMA QUE SANCIONE EL INCUMPLIMIENTO A LO DETERMINADO POR EL ARTÍCULO 5 SECCIÓN 2, TÍTULO VIII CAPÍTULO VII DEL REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN DE RETENCIONES Y SUSPENSIÓN DE RETENCIONES DE FONDOS.-

Previo al análisis de este punto nos remitiremos a lo establecido ya en el precedente administrativo de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera al señalar lo siguiente:

"… *la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *"nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria*…"

De lo transcrito se tiene que el recurrente señala que no existiría norma que sancione el incumplimiento al artículo 5 del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, sin embargo omite referirse a lo ya establecido por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010, misma que dispuso en uno de sus considerandos que la sanción por imponer al recurrente debía circunscribirse al análisis de los siguientes Arts. 99, 101 y 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras así como a lo determinado por el Reglamento de Sanciones Administrativas Art. 61 contenidas en el Título XIII, Capítulo II Sección 2 de la Recopilación de Normas, que para mayor abundamiento se transcribe a continuación:

"Artículo 99.- *Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:*

1. Amonestación.
2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo…"

"ARTICULO 101.- *La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa."*

"***ARTICULO 102º.-*** *Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99º, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cuales quiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y*

empleados, según el grado de su responsabilidad. ***La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.*****"**

"Artículo 61°.- *Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el Superintendente, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse."*

Que en base a lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pronunciándose en sentido que en el presente caso, la norma infringida se encuentra debidamente tipificada justamente por el Artículo 5 Sección 2, Título VIII, Capítulo VII del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, y que la sanción se encuentra plenamente determinada en el Artículo 99 inc. 2) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Hecho que desvirtúa lo aseverado por el Banco Los Andes Procredit S.A., que en el presente caso, debe considerar que si bien es una norma la que tipifica la conducta, y otra la que determina la sanción, las mismas se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico, cumpliendo así con lo determinado en la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 referido al principio de tipicidad que establece:

> *"**I.** Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*
> ***II.** Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias (…)"*

De lo transcrito queda claro que tanto la conducta incumplida por el Banco así como la sanción administrativa dada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se encuentran expresadas en la norma por lo que no existe una vulneración al principio de tipicidad.

5. EN CUANTO A LA DISCRECIONALIDAD REGLADA POR PARTE DEL ÓRGANO REGULADOR.-

Que, antes de entrar al análisis del tema, importa realizar ciertas disgregaciones de carácter conceptual, referente al tema de la discrecionalidad y la potestad reglada así el Dr. Jaime Pozo Chamorro, refiere:

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

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

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

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

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

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

Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos. Lo arbitrario está en contra del principio constitucional de seguridad jurídica, puesto que el administrado se ve imposibilitado de actuar libremente por el temor a ser sancionado por el simple capricho o antojo de la autoridad, por lo tanto, la arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el derecho, sino mas bien, una definición que se halla fuera del derecho o, como se señala, una manifestación de poder social ajena al derecho. El elemento que

permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la ***motivación****, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una* ***motivación*** *a quien actúa al margen de la ley…."*

Asimismo y revisando la normativa de la materia, tenemos que el artículo 99 -2) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras establece:

"2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo (…)"

Del análisis conceptual y de la propia norma transcrita precedentemente, tenemos que el artículo 99 -2) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras faculta al órgano regulador a sancionar con multa a la entidad financiera de hasta el 3% del su capital mínimo, este hecho justamente evidencia una facultad discrecional por parte del órgano fiscalizador para graduar y determinar el importe de la multa dentro del límite establecido en la norma del 3%.

Por lo que, tenemos que el ente regulador apoyado en su facultad discrecional así como en el principio de proporcionalidad, ha determinado una multa correspondiente a las circunstancias del caso, detectándose que la misma se encuentra fundamentada y no ha respondido al capricho o a la arbitrariedad de la Autoridad como sugiere el recurrente, sino que las sanciones se han dado atendiendo, las circunstancias del caso consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, conforme se evidenció previamente.

En este contexto se tiene que esta instancia jerárquica solo tiene competencia para revisar los criterios que se habrían dado para la sanción y no así determinar el porcentaje de la misma, ni pronunciarse si esta debería ser mayor o menor ya que esta es una facultad discrecional, en el marco de la norma es exclusiva del ente regulador.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta valoración de la prueba así como una correcta interpretación de la norma por lo que en el presente caso se confirma totalmente la Resolución

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR TOTALMENTE** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 1007/2010 de 2 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº 879/2010 de 13 de octubre de 2010.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/UC/Nº 291-2010 DE 07 DE DICIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 024/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2011

La Paz, 06 de mayo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 002/2011 de 4 de marzo de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 037/2011 de 21 de abril de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 27 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito

Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010.

Que, mediante nota AP/DJ/3754/2010 con fecha de recepción de 30 de diciembre de 2010, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 04 de enero de 2011, notificado el mismo día de emisión del citado Auto.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA AP/DJ/UC/UI/1602/2010 DE 07 DE JUNIO DE 2010, REFERENTE A LA NOTIFICACIÓN CON CARGOS EN RELACIÓN AL INCUMPLIMIENTO A LAS NORMAS GENERALES SOBRE PUBLICIDAD.-

Mediante nota AP/DJ/UC/UI/1602/2010 de fecha 07 de junio de 2010 dirigida a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones expresa lo siguiente:

> "***Cargo Nº 1.***
> *Existen indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000, al evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP publicó en un órgano de prensa escrito y de circulación nacional, parte de la información incluida en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", generando de esta manera publicidad encubierta y bajo apariencia de noticia.*
>
> ***Cargo Nº 2.***
> *Existen indicios de incumplimiento al inciso q) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 6, 7, 11 inciso c) y 12 inciso a) de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000, al evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" expresa juicios subjetivos e indirectos de valor respecto a la otra AFP en competencia desleal, contrariamente a los objetivos perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, al utilizar frases como las siguientes:*
>
> - *"…Se puede observar que la Rentabilidad Acumulada del FCI administrado por Futuro de Bolivia S.A. AFP ha sido consistentemente… la más alta del Sistema, debido fundamentalmente a la eficiencia y la oportunidad en la administración del portafolio de inversiones."*

- *"…Estos resultados reflejan la responsable y transparente administración de sus ahorros."*
- *"…En tal sentido, el FCI administrado por Futuro de Bolivia S.A. AFP… permite concluir que la gestión de inversiones de Futuro de Bolivia S.A. AFP es la más eficiente del Sistema,…"*

Cargo Nº 3.
Existen indicios de incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553 de 02 de julio de 2008, al evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP a través del tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" publicó información referente a la rentabilidad e inversiones del Fondo de Capitalización Individual, siendo esta información concerniente al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, sin contar con la no objeción de la entidad reguladora."

2. NOTA FUT-AP-GC-1226/07/2010 DE FECHA 27 DE JULIO DE 2010, REFERENTE A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.-

Mediante nota FUT-AP-GC-1226/07/2010 de fecha 27 de julio de 2010, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones señala los siguientes extremos:

"***Cargo Nº 1***

Futuro de Bolivia S.A.-AFP, no realizó ni solicitó ninguna publicación en un medio masivo de circulación nacional, aspecto que puede ser evidenciado con el medio correspondiente. La publicación realizada por La Razón en fecha 2 de agosto de 2009, según nuestro conocimiento, habría sido de ***exclusiva autoría e iniciativa del medio señalado.*** *Futuro de Bolivia no proveyó ningún tipo de información para el mismo.*

En ese entendido y reiterando que nuestra institución no solicitó la realización de la mencionada publicación, nos permitimos hacer referencia a los supuestos incumplimientos normativos que se nos imputa sin respaldo legal ni factico, en función a lo siguiente: (sic)

Cargo Nº 2

Futuro de Bolivia S.A. – AFP, no incumplió el inciso q) del artículo 31 de la ley(sic) Nº 1732 del 29 de noviembre de 1996 de Pensiones que textualmente cita: "Abstenerse de efectuar actos que generen conflictos de interés y de competencia desleal", porque de una lectura y análisis de la información contenida en la mencionada publicación, se puede evidenciar que la misma ***no genera conflictos de interés ni competencia desleal ya que simplemente refleja las cifras reales de una gestión transcurrida,*** *información verídica que en su momento fue respaldada y comunicada a su autoridad en fecha 5 de agosto de 2009 con carta FUT-AP-CI- 1320/09.*

Con relación al incumplimiento de los artículos mencionados de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 comunicamos lo siguiente:

- *Articulo (sic) 6.- "Las campañas publicitarias no podrán fundarse en objetivos distintos a los perseguidos por el Servicio Social Obligatorio de largo plazo (SSO) o Régimen de Vivienda Social".*
  La publicación no forma parte de una campaña publicitaria y no tiene una (sic) objetivo distinto al perseguido por el Servicio Social Obligatorio, simplemente es una (sic) material que refleja información verídica, comprobable y respaldada de las inversiones de Futuro de Bolivia S.A.-AFP, que seguramente el medio de prensa consideró como importante para ser objeto de publicación.

- *Articulo (sic) 7.- "Las AFP y ERA no podrán emitir en su publicidad juicios de valor acerca de la otra AFP, eliminando la utilización de frases, expresiones o lemas que no* ***puedan ser justificados objetivamente,*** *tales como: El mejor servicio, La mejor AFP con el mejor respaldo, y otros similares."*
  Los textos citados en el mencionado material y que son observados por su autoridad no expresan juicios de valor que no puedan ser comprobados objetivamente, ya que la información ha sido plenamente justificada y respaldada en carga FUT-AP-GI-1320/09 de fecha 5 de agosto de 2009.

- *Articulo (sic) 11 inciso a).- "La difusión deberá estar sustentada en datos veraces, evitando interpretaciones antojadizas o contrarias al verdadero sentido de la información"*
  Como ya se mencionó en párrafos anteriores, toda la información emitida en el mencionado material es veraz y sustentada en datos y cifras cuyo respaldo les fueron remitidos en carta FUT-AP-GI-1320/09 de fecha 5 de agosto de 2009 y no contienen interpretaciones antojadizas o contrarias al sentido de la información.

- *Articulo (sic) 12 inciso a).- "No deberá abusar de la confianza del público, ni explotar su falta de conocimiento y experiencia"*
  La información publicada en el material mencionado brinda información sobre las políticas de inversiones de nuestra empresa. La información es veraz, clara, explicada a detalle y está respaldada con datos, cifras y cuadros. El lenguaje utilizado es simple y de claro entendimiento, por lo que puede ser comprendido por todo tipo de público y en ningún caso abusa de la confianza del público ni explota su falta de conocimiento y experiencia, sino al contrario, consideramos que esta publicación informa respecto a los temas a los que hace referencia y seguramente por ello fue elegida por el medio de prensa.

Cargo Nº 3

Respecto al cargo por incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley 1732 y el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553, se debe señalar nuevamente que nuestra institución no solicitó la publicación, objeto de los cargos presentes. Por

otro lado, hacemos referencia a lo que han expresado en varias oportunidades los funcionarios de ese órgano regulador, relativo a que los materiales que expresan hechos ciertos y verídicos, no requieren de una aprobación por parte del regulador, precisamente porque no se está diciendo nada nuevo, sino que simplemente se refleja información veraz, objetiva y explicada en detalle, en un lenguaje claro y sencillo.

Por todo lo expuesto líneas arriba, consideramos que la información difundida en la publicación mencionada no vulnera ninguna de las disposiciones y normativas den ente regulador ya que está elaborada en base a información veraz, comprobable, simple y de carácter público. Asimismo, reiteramos que la publicación en el periódico La Razón no fue solicitada por nuestra institución.

En ese sentido, solicitamos que aplicándose los principios de sana critica y valoración razonada de los antecedentes y pruebas, se sirva desestimar los cargos respectivos."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/UC/Nº 213-2010 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió lo siguiente:

***"PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo 1,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000.*

***SEGUNDO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo** 2, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al inciso q) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 6,7,11 inciso c) y 12 inciso a) de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000.*

***TERCERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo 3**, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553 de 02 de julio de 2008."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 09 de noviembre de 2010 **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010, con los siguientes argumentos:

"II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

a) Con relación al Cargo 1.

La AP menciona que nos imputa con el Cargo 1, por una publicación en el matutino "La Razón","…al evidenciar que la AFP publicó en un órgano de prensa escrito y de circulación nacional, parte de la información incluida en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", generando de esta manera publicidad encubierta y bajo apariencia de noticia", sin tomar en cuenta que en nuestra nota de descargos adjuntamos la CARGA DEL MATUTINO "LA RAZÓN" EN LA CUAL CLARAMENTE DICHO MEDIO DE PRENSA SEÑALA QUE DICHA PUBLICACION FUE DE SU AUTORIA.

Más textualmente "La Razón" señala "… que la nota titulada "Las AFP mantiene rentabilidad a pesar de la bolivianización", elaborada por nuestro equipo de redacción y publicada en nuestra edición de fecha 2 de agosto de 2009, forma parte del contenido informativo del periódico de esa fecha."

Esto desvirtúa totalmente este cargo, ya que se constituye en una declaración clara, en un documento fehaciente emitida por el propio órgano que publicó la noticia.

Con relación a la publicación en el Semanario Santa Cruz Económico, empezamos diciendo que en la semana que la AP señala (del 16 al 22 de agosto de 2010) este semanario no publicó información respecto a las AFP's.

La publicación a la que hace referencia la AP se refiere a una información que público(sic) el Semanario Santa Cruz Económico, de la cual emergió la publicación: "La Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia logra los mejores índices de rentabilidad al 30 de junio de 2009, según la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones" como una conclusión propio lógica del Semanario, tomando en cuenta la información a la que hicimos referencia que se encontraba en la propio página web de la AP y la información de la Bolsa Boliviana de Valores, aspecto que fue comunicado por nuestra AFP al Semanario cuando ellos se acercaron a hacer la nota respectiva.

La publicación del Semanario Santa Cruz Económico es clara al señalar que nuestra Administradora simplemente hizo referencia a las fuentes donde se puede encontrar la información respecto a los niveles de rentabilidad, que son precisamente la información publicada por la AP en su página web www.ap.gob.bo y a la que cursa en la Bolsa Boliviana de Valores.

El propio Semanario Santa Cruz Económico explica y aclara en una nota de 8 de septiembre de 2010 que fue presentada en calidad de descargo a la AP, señalando que: "…NOSOTROS COMO MEDIO NO RECIBIMOS SOLICITUDES PARA HACER PUBLICACIONES. SIEMPRE QUE LO HEMOS HECHO TAMBIEN RECURRIMOS A LA CONTRAPARTE, DE MANERA DE TRATAR CON OBJETIVIDAD LA INFORMACIÓN." (Las mayúsculas son nuestras).

Así, nuestra AFP tan solo hizo referencia a la información emitida por otras entidades sobre los niveles de rentabilidad por concepto de las inversiones al FCI, aspecto que en ningún momento se encuentra prohibido o constituye "publicidad".

La normativa en la que se basa la AP se refiere al siempre utilizado Artículo 142 del D.S. 24469 relativo al buen padre de familia, sin explicar cómo se podría haber

vulnerado ese Artículo (falta de determinación clara de la infracción con relación al tipo que se quiere imputar) es decir sin mencionar la relación causal que habría entre el hecho supuestamente infractor, la norma supuestamente vulnerada, y la consecuencia lógica que se produce en esta relación.
Por otro lado la AP menciona el inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS P No. 22 de 17 de enero de 2000, como vulnerado, sin embargo este Artículo que textualmente señala:
"e) Se deberá evitar toda publicidad no pagada por parte de la AFP o ERA, encubierta bajo la apariencia de una noticia, comentario periodístico u otra forma similar.", por lo que en ningún momento la AP demuestra que nuestra AFP haya encubierto PUBLICADAD NO PAGADA bajo la apariencia de una noticia, ya que en principio no hay nada encubierto.

b) Con relación al Cargo 2.

Sin dejar de sostener nuestros descargos señalados en el punto anterior, que desde ya desvirtúan completamente todos los cargos, ya que FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP NO REALIZÓ NI SOLICITÓ NINGUNA PUBLICACIÓN EN UN MEDIO MASIVO DE CIRCULACIÓN NACIONAL, ASPECTO QUE PUEDE SER EVIDENCIADO POR LAS NOTAS DE RECONOCIMIENTO DE AUTORIA DE LOS PROPIOS MEDIOS, pasamos a demostrar que la publicación "Seguridad en la Inversión de su Dinero" no expresa criterios subjetivos e indirectos de valor DE NUESTRA AFP respecto a la otra AFP en competencia desleal, como mal refiere la AP y en ningún caso nos da una ventaja comparativa respecto a la otra AFP, debido a que supuestamente esta publicación tendría un efecto sobre la opinión pública con un mensaje claro de mayor rentabilidad, en comparación con la supuesta menor rentabilidad de la otra AFP ***"…lo cual no es admisible en el actual duopolio en el Sistema de Pensiones".*** *(Transcripción entre comillas textual), como menciona la AP.*
Al contrario, dando fiel cumplimiento al espíritu informativo sobre el cual se basa la normativa de publicidad del SSO, el único objetivo del material emitido fue el de informar a los afiliados del Seguro Social Obligatorio, las características sobre las cuales operan las AFPs en la gestión de inversiones, indicadores de rentabilidad y de riesgo en los portafolios administrados, utilizando para ello información veraz y terminología completamente respaldada y de fácil comprobación, de acuerdo a lo siguiente:
"La más eficiente" se refiere a que tiene la mayor eficiencia. En la teoría financiera de administración de carteras de inversión, la eficiencia de un portafolio implica que el administrador busca la mayor rentabilidad. Por lo tanto, si un administrador "A" consigue estructurar un portafolio de inversión que tenga una mayor rentabilidad asociada a un menor nivel de riesgo respecto a otro administrador "B", entonces se puede concluir que la gestión del administrador "A" es más eficiente que la del administrador B.
"La más alta" significa "la mayor", que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española quiere decir "Que excede a algo en cantidad". En este sentido, si el FCI administrado por AFP Futuro de Bolivia tiene una rentabilidad que excede a la rentabilidad de los otros fondos de pensiones que componen el Sistema de Pensiones Boliviano, entonces su rentabilidad es la más alta del Sistema.

"Transparente" significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad". En este sentido, el tríptico hace referencia a que el saldo de una Cuenta Individual en particular puede descomponerse clara y evidentemente entre los aportes realizados por el Afiliado y la rentabilidad obtenida producto de las inversiones, y el resultado de tal descomposición no deja lugar a dudas ni ambigüedad. Esto se puede aseverar dado a que la información es producto de operaciones de inversión públicas, que se encuentra debidamente respaldada por la normativa en vigencia y que permiten generar un Valor Cuota del FCI todos los días, mismo que es reportado a su Autoridad y publicado en su página Web, así como se refleja en los Balances diarios, mensuales y anuales del Fondo de Capitalización Individual que administra nuestra AFP.
De acuerdo a la teoría financiera de administración de carteras de inversión.
"Oportunidad" se refiere a la administración de portafolios de inversión basada en la convicción de que es posible superar el rendimiento de portafolio de referencia, por anticiparse a los movimientos del mercado, en base a una selección pormenorizada de títulos y de la elección del momento oportuno (oportunidad) para realizar las operaciones de compra y venta.
"Responsable" significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "que pone cuidado y atención en lo que hace o decide". Al respecto, el tríptico se refiere a que la AFP realiza una gestión responsable de las inversiones, en el sentido de que podemos todo el cuidado y atención posibles al momento de evaluar las posibles inversiones y tomar las decisiones de inversión, ya que la normativa legal nos obliga a conducirnos y realizar nuestras actividades con el cuidado exigible de un buen padre de familia.
El tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" fue distribuido entre los afiliados de Futuro de Bolivia con el objetivo de informar sobre las políticas en el manejo de los aportes al SSO que sigue nuestra empresa.
Aspectos como la rentabilidad, seguridad de la inversión, la diversificación de riesgo y liquidez fueron explicados de forma sencilla y de fácil entendimiento.
Como lo mencionamos en el tríptico citado, todos los datos difundidos en el tríptico son de elaboración propia, basados en información pública, que se remite a la AP periódicamente, como ser el Valor Cuota del FCI, la composición del portafolio de inversión del FCI, y las calificaciones de riesgo de los valores que componen los portafolios del FCI.
Todos los datos y cifras insertos en el material imputado en su momento fueron de conocimiento, aceptación y publicación de la autoridad competente (SPVS).
Por lo arriba expuesto a detalle, consideramos que la información difundida en el tríptico responde a la necesidad del Afiliado al SSO de conocer la administración de sus aportes y enterarse de las actividades que realiza su AFP para generar riqueza y crea valor a partir de la inversión de su dinero, mismo que a futuro le permitirá acceder a alguna de las prestaciones del SSO. Redacción que a nuestro entender se encuentra sujeto al marco de las disposiciones y normativas vigentes y para lo cual utiliza información veraz, comprobable, simple y de carácter público.
Asimismo es importante tomar en cuenta que la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000 en su artículo 14 establece que "El régimen de

autorización general de publicidad es automática y no requiere de aprobación previa por parte de la SPVS". Normativa que debe ser entendida en una interpretación sistemática con normas conexas y aplicables, ya que se tiene que considerar que el tríptico cuestionado no forma parte del Plan de Medios de Comunicación de la gestión 2009 para haber sido objeto de una no objeción.

c) *Con Relación al Cargo 3*
El cargo 3 se refiere a la no objeción que no se obtuvo para la publicación del tríptico, vulnerándose supuestamente el Artículo 31 inciso s) de la Ley 1732 y Artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS IP No. 553 de 2 de julio de 2008.
Al respecto debemos señalar que el regulador no toma en cuenta que de conformidad con la Resolución SPVS P No. 22 de 17 de enero de 2000, claramente señala que existe un régimen de autorización general en el cual claramente se enmarca el tríptico, ya que es un documento que SOLAMENTE REFLEJA LA INFORMACIÓN PUBLICADA POR EL PROPIO ORGANO REGULADOR.
Por otra parte, los materiales que expresan hechos ciertos y verídicos, no requieren de un (sic) aprobación por parte del regulador, precisamente porque no se está diciendo nada nuevo, sino que simplemente se refleja información veraz, objetiva y explicada en detalle, en un lenguaje claro y sencillo.
Sin embargo, la AP nos sanciona con una exorbitante suma de $us5.000 que no guarda relación ni proporcionalidad con la publicación toda vez que la misma no contiene información errónea o tiene criterios subjetivos.

d) *En todos los cargos mencionados, se puede evidenciar que la AP no realiza el debido cotejo de nuestros descargos, ya que no los desvirtúa, y no identifica la información tipificada en la normativa, con nuestra conducta.*
Estas sanciones son desproporcionadas tomando en cuenta que hemos demostrado que no existe vulneración a las normas, porque nuestra AFP no realizó la publicación en los periódicos mencionados y, en todo caso, cualquier publicación no vulnera la normativa respecto a publicaciones, tal como lo hemos demostrado en el análisis y consideraciones efectuadas.
Asimismo tanto en la formulación de cargos como en la resolución administrativa (sic) sancionatoria ahora recurrida, no se ha determinado o configurado el tipo de conducta que origina la aplicación de la sanción pecuniaria, es decir, no ha quedado demostrado(sic) la existencia de preterintencionalidad o que la infracción de la normativa haya sido efectuada con intencionalidad manifiesta; vulnerando de esta manera el principio de tipicidad que garantiza el debido proceso administrativo.

PETITORIO
Por todo lo expuesto solicitamos se sirva revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/No.213-2010 de 23 de septiembre de 2010, por atentar la misma contra nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, al imponernos sanciones sobre hechos que no se ajustan a los antecedentes del proceso, porque no reflejan claramente la configuración de la infracción y por que dichas sanciones no guardan

relación, coherencia y proporcionalidad con los aspectos que supuestamente habría incurrido nuestra AFP…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/UC/N° 291-2010 DE 07 DE DICIEMBRE DE 2010.-

La ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante Resolución Administrativa AP/DJ/UC/N° 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, resolvió confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/N° 213-2010 de 23 de septiembre de 2010 con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos formulados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria interpuesto, corresponde indicar lo siguiente:

AL CARGO N° 1

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su impugnación, indica lo siguiente: "… La AP menciona que nos imputa con el Cargo 1, por una publicación en el matutino "La Razón","…al evidenciar que la AFP publicó en un órgano de prensa escrito y de circulación nacional, parte de la información incluida en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", generando de esta manera publicidad encubierta y bajo apariencia de noticia.", sin tomar en cuenta que en nuestra nota de descargos adjuntamos la CARTA DEL MATUTINO "LA RAZON" EN LA CUAL CLARAMENTE DICHO MEDIO DE PRENSA SEÑALA QUE DICHA PUBLICACIÓN FUE DE SU AUTORIA." (sic)

*Al respecto, es importante aclarar que esta Autoridad ha considerado en la emisión de la R.A. 213-2010, las notas FUT-AP-GC-1504/07/2010 de 09 de agosto de 2010 y FUT-AP-GC-1226/07/2010 de 27 de julio de 2010, presentadas como descargo por Futuro de Bolivia S.A. AFP, las mismas que una vez evaluadas, dejaron por establecido que con la nota de fecha 07 de septiembre de 2010, del matutino "La Razón", la publicación "**Las AFP mantienen rentabilidad a pesar de la bolivianización"**, es de autoría del medio de comunicación escrito, por lo que no existe vulneración alguna a derecho alguno del regulado.*

La AFP también señala en el Recurso de Revocatoria, lo siguiente: "El propio Semanario Santa Cruz Económico explica y aclara en una nota de 8 de septiembre de 2010 que fue presentada en calidad de descargo a la AP, señalando que: "…NOSOTROS COMO MEDIO NO RECIBIMOS SOLICITUDES PARA HACER PUBLICACIONES. SIEMPRE QUE LO HEMOS HECHO TAMBIEN RECURRIMOS A LA CONTRAPARTE, DE MANERA DE TRATAR CON OBJETIVIDAD LA INFORMACIÓN."

*Con relación a la nota periodística titulada **"Las AFP's mejoran sus índices de rentabilidad,** publicada por el Semanario Santa Cruz Económico de 16 al 22 de agosto de 2009, corresponde aclarar al regulado que, del análisis técnico y legal del contenido de la publicación citada anteriormente, esta Autoridad en la R.A. 213-2010*

de 23 de septiembre de 2010, llegó a establecer que Futuro de Bolivia S.A. AFP tuvo injerencia directa en la publicación, donde se expresó información relativa a los índices de rentabilidad de las AFP, en cuanto a las inversiones realizadas en el Fondo de Capitalización Individual traducida en la publicación del tríptico ***"Seguridad en la Inversión de su dinero"****, debido a que la AFP otorgó explicaciones y comentarios publicados por el medio de prensa escrito; demostrándose a la vez que la publicidad fue generada bajo apariencia de noticia.*

Asimismo, una vez evaluada la nota de 08 de septiembre de 2010 del Semanario Santa Cruz Económico presentado como descargo por la AFP, el medio de comunicación certifica no haber publicado nada referido a Futuro de Bolivia S.A. AFP en la semana comprendida entre el 16 y el 22 de agosto de 2009; no obstante, esta Autoridad, en aplicación del artículo 4 (Principios Generales de la Actividad Administrativa), inciso d) Principio de Verdad Material, verificó que el medio de prensa publicó en la semana señalada precedentemente, la nota con el título ***"Las AFP's mejoran sus índices de rentabilidad",*** *en la que se hace referencia al regulado como la entidad que proporcionó datos y explicaciones sobre los niveles de rentabilidad por concepto de sus inversiones al Principio de congruencia, por no existir correlación entre la certificación emitida por el Semanario y la publicación realizada por este mismo medio de prensa. En ese sentido, el argumento contenido en el presente Recurso de Revocatoria no aporta nuevos elementos que puedan levantar la sanción, ni demuestra vulneración o agravio alguno a los derechos del regulado.*

Por último se aclara nuevamente al regulado que la página WEB de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros ***(SPVS)*** *y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, publican información sobre la rentabilidad de ambas AFP y son de acceso irrestricto para los regulados y público en general.*

En otra parte del recurso planteado, el regulado señala como agravio, lo siguiente: "La normativa en la que se basa la AP se refiere al siempre utilizado Artículo 142 del D.S. 24469 relativo al buen padre de familia, sin explicar cómo se podría haber vulnerado ese Artículo (falta de determinación clara de la infracción con relación al tipo que se quiere imputar) es decir sin mencionar la relación causal que habría entre el hecho supuestamente infractor, la norma supuestamente vulnerada, y la consecuencia lógica que se produce en esta relación.

Por otro lado la AP menciona el inciso e) del Artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS P No. 22 de 17 de enero de 2000, como vulnerado, sin embargo…en ningún momento la AP demuestra que nuestra AFP haya encubierto PUBLICIDAD NO PAGADA bajo la apariencia de una noticia, ya que en principio no hay nada encubierto."

*Al respecto, corresponde señalar que el regulado está obligado a conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, y que la falta de diligencia de la AFP se vio corroborada cuando ésta demostró injerencia directa en la publicación en medios de prensa, la cual estuvo incluida en el tríptico "****Seguridad en la Inversión de su Dinero",*** *generando de esta manera publicidad encubierta y bajo*

apariencia de notifica (sic); por tanto la conducta de la AFP incurre en concurso de infracciones, expuesto claramente en el hecho imputado.

Al Cargo Nº 2.

Con relación al Cargo Nº 2, Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala lo siguiente: "El tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" fue distribuido entre los afiliados de Futuro de Bolivia (sic) con el objetivo de informar sobre las políticas en el manejo de los aportes al SSO que sigue nuestra empresa.

Aspectos como la rentabilidad, seguridad de la inversión, la diversificación de riesgo y liquidez fueron explicados de forma sencilla y de fácil entendimiento.

Como lo mencionamos en el tríptico citado, todos los datos difundidos en el tríptico son de elaboración propia, basados en información pública, que se remite a la AP periódicamente, como ser el Valor Cuota del FCI, la composición del portafolio de inversión del FCI, y las calificaciones de riesgo de los valores que componen los portafolios del FCI.

Asimismo es importante tomar en cuenta que la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000 en su artículo 14 establece que "El régimen de autorización general de publicidad es automática y no requiere de aprobación previa por parte de la SPVS". Normativa que debe ser entendida en una interpretación sistemática con normas conexas y aplicables, ya que se tiene que considerar que el tríptico cuestionado no forma parte del Plan de Medios de Comunicación de la gestión 2009 para haber sido objeto de una no objeción."

De la evaluación de los antecedentes, se tiene que de acuerdo al análisis del tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" elaborado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se concluye que en el contenido no deberían figurar juicios subjetivos e indirectos de valor, respecto a la otra operadora de pensiones, debido a que esta acción de la AFP es contraria a los objetivos perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y la normativa que la regula. Por lo que, en el contexto en el que se vertieron las frases imputadas en el Cargo Nº 2, se entiende que las mismas no estuvieron necesariamente dirigidas a un público especializado en materia financiera, por lo que con esta conducta, además la AFP habría explotado la falta de conocimiento y experiencia del público.

Por lo tanto, el regulado debe tener presente la obligación de abstenerse de efectuar cualquier acto que genere conflicto de intereses y de competencia desleal, en especial cuando se trata de la elaboración y difusión de material informativo, debió evitar emitir juicios de valor respecto a la otra operadora de pensiones.

Con relación a la terminología aludida por el regulado, como ser: La más eficiente, la más alta, transparente, Oportunidad y Responsable; todas ellas responden a

lineamientos que debe tomar en cuenta la AFP, para desenvolver sus actividades de manera efectiva y aceptable en el mercado no financiero.

Finalmente, con respecto al artículo 14 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000 ***(R.A.22-2000)****, dicha norma no guarda el contexto legal para poder excluir de la responsabilidad que recae sobre el regulado, toda vez que la señalada norma está relacionada al régimen de autorización de publicidad sin aprobación previa por parte del ente regulador; situación que no es pertinente con el presente análisis por la naturaleza del cargo evaluado, el cual va con frases que expresan juicios subjetivos e indirectos de valor contra la otra AFP; por lo tanto se establece que el argumento es incongruente con el hecho imputado, el cual está direccionado a que la AFP ha emitido frases y juicios subjetivos e indirectos de valor en el tenor del tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero".*

Por lo expuesto, corresponde rechazar los argumentos de la AFP al ser los mismos insuficientes e incongruentes.

AL CARGO Nº 3

Con relación a la sanción imputada en la R.A.213-2010 para el Cargo Nº 3, Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala lo siguiente: "…el regulador no toma en cuenta que de conformidad con la Resolución SPVS P No. 22 de 17 de enero de 2000, claramente señala que existe un régimen de autorización general en el cual claramente se enmarca el tríptico, ya que es un documento que SOLAMENTE REFLEJA LA INFORMACIÓN PUBLICADA POR EL PROPIO ORGANO REGULADOR."

Con carácter previo a desarrollar el presente análisis, se deja en claro que el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", se constituye en un material informativo difundido y distribuido por la AFP al público en general, el cual contiene información relativa al SSO.

En relación a lo señalado en el párrafo anterior, se tiene que el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 553 de 02 de julio de 2008, establece un imperativo normativo traducido en el deber de la AFP de contar con la no objeción del Ente Regulador respecto al material informativo a ser publicado.

Con los lineamientos expresados anteriormente, corresponde señalar que con relación a los Regímenes de Autorización General de Publicidad, los mismos no se adecuan a los hechos que fueron imputados, toda vez que dicha norma está referida a publicidad automática, distinta a la emitida por la AFP que expresa información del SSO relacionada a la rentabilidad e inversiones del Fondos de Capitalización Individual, por lo que se excluye del régimen señalado. Por lo expuesto, se rechaza el argumento expresado por el regulado.

Asimismo corresponde señalar que, cuando la AFP señala que los "materiales" que expresan hechos ciertos y verídicos, no requieren de aprobación por parte del

regulado, precisamente porque no se estaría diciendo nada nuevo; al respecto, la interpretación del regulado, es totalmente sesgada y contraria a la norma vigente, debido a que soslaya el tener la no objeción como condición sine qua non, lo contrario significa la vulneración de la norma, sin perjuicio de la responsabilidad que recae sobre el regulado en cuanto a los efectos que pudiera ocasionar la difusión de información no aprobada por el Ente Regulador. Por lo tanto, la no objeción, tiene su importancia en que la información que vaya a transmitir al público sea sobre hechos ciertos y verídicos, como bien lo señala el regulado, deben ser verificados por el regulado antes de difundirse, sin perjuicio de que se lo haga en un lenguaje claro y sencillo.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su impugnación señala también argumentos respecto a la calificación de la gravedad de las sanciones; siendo necesario dejar establecido que esta Autoridad al calificar la infracción con gravedad leve, lo hizo dentro de los criterios legales previstos en el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la cual señala lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).*** *Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:…*
>
> *c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor…"*

Del texto y en lo referente al presente caso de autos, se concluye que hubo preterintencionalidad en la conducta de la AFP; dado que se ha constatado que el regulado conociendo la obligación expresada en la imputación de cargos, omitió hacer conocer el material al Ente Regulador para su no objeción, lo cual tuvo una injerencia debido a que l información difundida expresaba aspectos contrarios a la norma vigente, demostrándose de esta manera la preterintencionalidad de la conducta del regulado.

Cuando la AFP refiere que el monto de la sanción no guarda proporcionalidad toda vez que la publicación no contiene información errónea o tiene criterios subjetivos; al respecto, se debe señalar que la aplicación de la sanción fue dentro de los márgenes legales permitidos y al verificar que la AFP no comunicó a esta Autoridad la publicación del material informativo, limitando para que ésta disienta o asienta; aspecto que fue considerado por esta Autoridad a tiempo de imponer la sanción.

En cuanto a que la AFP considera exorbitante la sanción económica impuesta mediante la R.A.213-2010; no obstante, no toma en cuenta el incumplimiento de la obligación que tenía y sus efectos; de abstenerse de actos que generen conflicto de intereses y competencia desleal, dado que, la publicación de material informativo sin la no objeción del Ente Regulador genera además del incumplimiento, el incumplimiento a un procedimiento preestablecido así como a la falta de aprobación del tenor del material informativo puesto al público en general.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por el regulado no son suficientes para desvirtuar la sanción impuesta.

CONSIDERANDO:

Que en lo que corresponde al inciso d) de los Fundamentos de Hecho y de Derecho de memorial de impugnación, la AFP señala que en todos los cargos esta Autoridad no habría identificado la infracción tipificada en la normativa, con la conducta del regulado. Al respecto, la Resolución Administrativa que sanciona a la AFP, realiza para cada cargo un análisis de la conducta antijurídica del regulado, la cual es confrontada con la norma imputada. Asimismo, cada uno de los análisis, considera intrínsecamente el carácter preterintencional de la conducta, confrontado luego con la norma infringida. En ese entendido, la gravedad de la infracción y el monto de la sanción, responden a que la conducta antijurídica (actos u omisiones) de la AFP, no sólo expresan el incumplimiento sino también los efectos colaterales que esta acarrea.

Que Futuro de Bolivia (sic) en esta parte del análisis señala que las sanciones fueron impuestas de manera desproporcionada, sin que se haya tomado en cuenta la inexistencia de vulneración a la norma; situación que no condice con los hechos imputados y la prueba que cursa en los antecedentes, pues se tiene que del conjunto de cargos, en ninguno la AFP pudo desvirtuar las infracciones, por lo que según la gravedad e impacto de cada una de ellas es que merecieron según el criterio de esta Autoridad una gradación del monto diferente, por las connotaciones de cada caso, claro, siempre dentro del marco sancionatorio permitido. Por lo que se concluye que sí existió vulneración a la norma, en lo particular con la publicación del tríptico y de su contenido…

…RESUELVE:

***UNICO.-** Confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010 emitida por esta Autoridad."*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 27 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, expresando lo siguiente:

" II FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

a) Con relación al Cargo Nº 1

La AP menciona que nos imputa con el Cargo 1, por una publicación en el matutino "La Razón", "...al evidenciar que la AFP publicó en un órgano de prensa escrito y de circulación nacional, parte de la información incluida en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", generando de esta manera publicidad

encubierta y bajo apariencia de noticia.", sin tomar en cuenta que en nuestra nota de descargos adjuntamos la CARTA DEL MATUTINO "LA RAZÓN" EN LA CUAL CLARAMENTE DICHO MEDIO DE PRENSA SEÑALA QUE DICHA PUBLICACIÓN FUE DE SU AUTORIA. Más textualmente "La Razón" señala "… que la nota titulada "Las AFP mantiene (sic) rentabilidad a pesar de la bolivianización", elaborada por nuestro equipo de redacción y publicada en nuestra edición de fecha 2 de agosto de 2009, forma parte del contenido informativo del periódico de esa fecha."

Esto desvirtúa totalmente este cargo, ya que se constituye en una declaración clara, en un documenta fehaciente emitida por el propio órgano que publicó la noticia.

Con relación a la publicación en el Semanario Santa Cruz Económico, empezamos diciendo que en la semana que la AFP señala (del 16 al 22 de agosto de 2010) este semanario no publicó información respecto a las AFP's.

La publicación a la que hace referencia la AP se refiere a una información que público (sic) el Semanario Santa Cruz Económico, de la cual emergió la publicación: "La Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia logra los mejores índices de rentabilidad al 30 de junio de 2009, según la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones" como una conclusión propia y lógica del Semanario, tomando en cuenta la información a la que hicimos referencia que se encontraba en la propia página web de la AP y la información de la Bolsa Boliviana de Valores, aspecto que fue comunicado por nuestra AFP al Semanario cuando ellos se acercaron a hacer la nota respectiva.

La publicación del Semanario Santa Cruz Económico es clara al señalar que nuestra Administradora simplemente hizo referencia a las fuentes donde se puede encontrar la información respecto a los niveles de rentabilidad, que son precisamente la información publicada por la AP en su página web www.ap.gob.bo, y la que cursa en la Bolsa Boliviana de Valores.

El propio Semanario Santa Cruz Económico explica y aclara en una nota de 8 de septiembre de 2010 que fue presentada en calidad de descargo a la AP, señalando que: "…NOSOTROS COMO MEDIO NO RECIBIMOS SOLICITUDES PARA HACER PUBLICACIONES SIEMPRE QUE LO HEMOS HECHO TAMBIÉN RECURRIMOS A LA CONTRAPARTE, DE MANERA DE TRATAR CON OBJETIVIDAD LA INFORMACIÓN" (Las mayúsculas son nuestras). Hecho del que se desprende que la nota publicada por el citado semanario, es de su autoría.

La normativa en la que se basa la AP se refiere al siempre utilizado Artículo 142 del D.S. 24469 relativo al buen padre de familia, sin explicar cómo se podría haber vulnerado ese Artículo (falta de determinación clara de la infracción con relación al tipo que se quiere imputar) es decir sin mencionar la relación causal que habría entre el hecho supuestamente infractor, la norma supuestamente vulnerada, y la consecuencia lógica que se produce en esta relación.

Así, nuestra AFP tan solo hizo referencia a la información emitida por otras entidades sobre los niveles de rentabilidad por concepto de las inversiones del FCI, aspecto que en ningún momento se encuentra prohibido o constituye "publicidad".

Por otro lado la AP menciona el inciso e) del Artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS P No. 22 de 17 de enero de 2000, como vulnerado, sin embargo este Artículo que textualmente señala:

"e) Se deberá evitar toda publicidad no pagada por parte de la AFP o ERA, encubierta bajo la apariencia de una noticia, comentario periodístico u otra forma similar.", por lo que en ningún momento la AP demuestra que nuestra AFP haya encubierto PUBLICIDAD NO PAGADA bajo la apariencia de una noticia, ya que en principio no hay nada encubierto puesto que la publicación claramente hace referencia a nuestra participación en brindar la información como contraparte, aspecto que la propia AP reconoce en su Resolución sancionatoria, cuando hace referencia a lo expresado por el Semanario referente a las fuentes referidas por nuestra AFP.

b) Con relación al Cargo Nº 2

Sin dejar de sostener nuestros descargos señalados en el punto anterior, que desde ya desvirtúan completamente todos los cargos, ya que FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP NO REALIZÓ NI SOLICITO(sic) NINGUNA PUBLICACIÓN EN UN MEDIO MASIVO DE CIRCULACION (sic) NACIONAL, ASPECTO QUE PUEDE SER EVIDENCIADO POR LAS NOTAS DE RECONOCIMIENTO DE AUTORIA DE LOS PROPIOS MEDIOS, pasamos a demostrar que la publicación "Seguridad en la Inversión de su Dinero" no expresa criterios subjetivos e indirectos de valor DE NUESTRA AFP respecto a la otra AFP en competencia desleal, como mal refiere la AP y en ningún caso nos da una ventaja comparativa respecto a la otra AFP, debido a que supuestamente esta publicación tendría un efecto sobre la opinión pública con un mensaje claro de mayor rentabilidad, en comparación con la supuesta menor rentabilidad de la otra AFP ***"…lo cual no es admisible en el actual duopolio en el Sistema de Pensiones"****. (Transcripción entre comillas textual), como menciona la AP.*

Al contrario, dando fiel cumplimiento al espíritu informativo sobre el cual se basa la normativa de publicidad del SSO, el único objetivo del material emitido fue el de informar a los afiliados al Seguro Social Obligatorio, las características sobre las cuales operan las AFPs en la gestión de inversiones, indicadores de rentabilidad y de riesgo en los portafolios administrados, utilizando para ello información veraz y terminología completamente respaldada y de fácil comprobación, de acuerdo a lo siguiente:
"La más eficiente" se refiere a que tiene la mayor eficiencia. En la teoría financiera de administración de carteras de inversión, la eficiencia de un portafolio implica que el administrador busca la mayor rentabilidad posible dado un nivel de riesgo, o

bien el menor riesgo posible dado un nivel de rentabilidad. Por lo tanto, si un administrador "A" consigue estructurar un portafolio de inversión que tenga una mayor rentabilidad asociada a un menor nivel de riesgo respecto a otro administrador "B", entonces se puede concluir que la gestión del administrador "A" es más eficiente que la del administrador B.

"la más alta" significa "la mayor", que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española quiere decir "Que excede a algo en cantidad". En este sentido, si el FCI administrado por AFP Futuro de Bolivia tiene una rentabilidad que excede a la rentabilidad de los otros fondos de pensiones que componen al Sistema de Pensiones Boliviano, entonces su rentabilidad es la más alta del Sistema.
"Transparente" significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad". En este sentido, el tríptico hace referencia a que el saldo de una Cuenta Individual en particular puede descomponerse clara y evidentemente entre los aportes realizados por el Afiliado y la rentabilidad obtenida producto de las inversiones, y el resultado de tal descomposición no deja lugar a dudas ni ambigüedades. Esto se puede aseverar dado a que la información es producto de operaciones de inversión públicas, que se encuentra debidamente respaldada por la normativa en vigencia y que permiten generar un Valor Cuota del FCI todos los días, mismo que es reportado a su Autoridad y publicado en su página Web, así como se refleja en los Balances diarios, mensuales y anuales del Fondo de Capitalización Individual que administra nuestra AFP.

De acuerdo a la teoría financiera de administración de carteras de inversión.

"Oportunidad" se refiere a la administración de portafolios de inversión basada en la convicción de que es posible superar el rendimiento de portafolio de referencia, por anticiparse a los movimientos del mercado, en base a una selección pormenorizada de títulos y de la elección del momento oportuno (oportunidad) para realizar las operaciones de compra y venta.

"Responsable" significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "que pone cuidado y atención en lo que hace o decide". Al respecto, el tríptico se refiere a que la AFP realiza una gestión responsable de las inversiones, en el sentido de que podemos todo el cuidado y atención posibles al momento de evaluar las posibles inversiones y tomar las decisiones de inversión, ya que la normativa legal nos obliga a conducirnos y realizar nuestras actividades con el cuidado exigible de un buen padre de familia.

El tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" fue distribuido entre los afiliados de Futuro de Bolivia con el objetivo de informar sobre las políticas en el manejo de los aportes al SSO que sigue nuestra empresa.

Aspectos como la rentabilidad, seguridad de la inversión, la diversificación de riesgo y liquidez fueron explicados de forma sencilla y de fácil entendimiento.

Como lo mencionamos en el tríptico citado, todos los datos difundidos en el tríptico son de elaboración propia, basados en información pública, que se remite a la AP periódicamente, como ser el Valor Cuota del FCI, la composición del portafolio de inversión del FCI, y las calificaciones de riesgo de los valores que componen los portafolios del FCI.

Todos los datos y cifras insertos en el material imputado en su momento fueron de conocimiento, aceptación y publicación de la autoridad competente (SPVS).

Por lo arriba expuesto a detalle, consideramos que la información difundida en el tríptico responde a la necesidad del Afiliado al SSO de conocer la administración de sus aportes y enterarse de las actividades que realiza su AFP para generar riqueza y crea valor a partir de la inversión de su dinero, mismo que a futuro le permitirá acceder a alguna de las prestaciones del SSO. Redacción que a nuestro entender se encuentra sujeto al marco de las disposiciones y normativas vigentes y para lo cual utiliza información veraz, comprobable, simple y de carácter público.

Asimismo es importante tomar en cuenta que la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 200(sic) en su artículo 14 establece que "El régimen de autorización general de publicidad es automática y no requiere de aprobación previa por parte de la SPVS". Normativa que entra en contradicción con lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 553 de 2 de julio de 2008 que establece la necesidad de contar con la No Objeción por parte del ente regulador, sin considerar que el tríptico cuestionado no forma parte del Plan de Medio de Comunicación de la gestión 2009.

c) *Con Relación al Cargo 3*

El cargo 3 se refiere a la no objeción que no se obtuvo para la publicación del tríptico, vulnerándose supuestamente el Artículo 31 inciso s) de la Ley 1732 y Artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS IP No. 553 de 2 de julio de 2008.

Al respecto debemos señalar que el regulador no toma en cuenta que de conformidad con la Resolución SPVS P No. 22 de 17 de enero de 2000, claramente señala que existe un régimen de autorización general en el cual claramente se enmarca el tríptico, ya que es un documento que SOLAMENTE REFLEJA LA INFORMACIÓN PUBLICADA POR EL PROPIO ORGANO REGULADOR.

Por otra parte, los materiales que expresan hechos ciertos y verídicos, no requieren de un (sic) aprobación por parte del regulador, precisamente porque no se está diciendo nada nuevo, sino que simplemente se refleja información veraz, objetiva y explicada en detalle, en un lenguaje claro y sencillo.

Sin embargo, la AP nos sanciona con una exorbitante suma de $us5.000 que no guarda relación ni proporcionalidad con la publicación toda vez que la misma no contiene información errónea o tiene criterios subjetivos.

d) *En todos los cargos mencionados, se puede evidenciar que la AP no realiza el debido cotejo de nuestros descargos, ya que no los desvirtúa, y no identifica la información tipificada en la normativa, con nuestra conducta.*

Estas sanciones son desproporcionadas tomando en cuenta que hemos demostrado que no existe vulneración a las normas, porque nuestra AFP no realizó la publicación en los periódicos mencionados y, en todo caso, cualquier publicación no vulnera la normativa respecto a publicaciones, tal como lo hemos demostrado en el análisis y consideraciones efectuadas.

PETITORIO

Por todo lo expuesto, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículos 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad dejar sin efecto la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/No.291-2010 de 07 de diciembre de 2010, que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010, por ser la misma atentatoria a nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos…"

CONSIDERANDO:

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

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

I. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1. Con relación al Cargo N° 1.-

Se tiene que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, se confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/N° 213-2010 de 23 de septiembre de 2010 sancionando a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones por el **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000.

A efectos de la valoración presente en función del Recurso Jerárquico, se impone una

relación de los actos administrativos pertinentes que salen del expediente; así:

- Por Recurso de Revocatoria presentado en fecha 09 de noviembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, señala:

  "La AP menciona que nos imputa con el Cargo 1, por una publicación en el matutino "La Razón","…al evidenciar que la AFP publicó en un órgano de prensa escrito y de circulación nacional, parte de la información incluida en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", generando de esta manera publicidad encubierta y bajo apariencia de noticia", sin tomar en cuenta que en nuestra nota de descargos adjuntamos la CARTA DEL MATUTINO "LA RAZÓN" EN LA CUAL CLARAMENTE DICHO MEDIO DE PRENSA SEÑALA QUE DICHA PUBLICACION FUE DE SU AUTORÍA…

  … La publicación del Semanario Santa Cruz Económico es clara al señalar que nuestra Administradora simplemente hizo referencia a las fuentes donde se puede encontrar la información respecto a los niveles de rentabilidad, que son precisamente la información publicada por la AP en su página web www.ap.gob.bo y a la que cursa en la Bolsa Boliviana de Valores.

  El propio Semanario Santa Cruz Económico explica y aclara en una nota de 8 de septiembre de 2010 que fue presentada en calidad de descargo a la AP, señalando que: "…NOSOTROS COMO MEDIO NO RECIBIMOS SOLICITUDES PARA HACER PUBLICACIONES. SIEMPRE QUE LO HEMOS HECHO TAMBIEN RECURRIMOS A LA CONTRAPARTE, DE MANERA DE TRATAR CON OBJETIVIDAD LA INFORMACIÓN." (Las mayúsculas son nuestras).

  Así, nuestra AFP tan solo hizo referencia a la información emitida por otras entidades sobre los niveles de rentabilidad por concepto de las inversiones al FCI, aspecto que en ningún momento se encuentra prohibido o constituye "publicidad"…"

- En la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/N° 291-2010 se establece:

  *"…esta Autoridad ha considerado en la emisión de la R.A. 213-2010, las notas FUT-AP-GC-1504/07/2010 de 09 de agosto de 2010 y FUT-AP-GC-1226/07/2010 de 27 de julio de 2010, presentadas como descargo por Futuro de Bolivia S.A. AFP, las mismas que una vez evaluadas, dejaron por establecido que con la nota de fecha 07 de septiembre de 2010, del matutino "La Razón", la publicación "**Las AFP mantienen rentabilidad a pesar de la bolivianización"** , es de autoría del medio de comunicación escrito, por lo que no existe vulneración alguna a derecho alguno del regulado…*

  *…Con relación a la nota periodística titulada **"Las AFP's mejoran sus índices de rentabilidad,** publicada por el Semanario Santa Cruz Económico de 16 al 22 de agosto de 2009, corresponde aclarar al regulado que, del análisis técnico y legal del contenido de la publicación citada anteriormente, esta Autoridad en la R.A. 213-*

2010 de 23 de septiembre de 2010, llegó a establecer qué Futuro de Bolivia S.A. AFP tuvo injerencia directa en la publicación, donde se expresó información relativa a los índices de rentabilidad de las AFP, en cuanto a las inversiones realizadas en el Fondo de Capitalización Individual traducida en la publicación del tríptico ***"Seguridad en la Inversión de su dinero"****, debido a que la AFP otorgó explicaciones y comentarios publicados por el medio de prensa escrito; demostrándose a la vez que la publicidad fue generada bajo apariencia de noticia...*

…En ese sentido, el argumento contenido en el presente Recurso de Revocatoria no aporta nuevos elementos que puedan levantar la sanción, ni demuestra vulneración o agravio alguno a los derechos del regulado.

*…Al respecto, corresponde señalar que el regulado está obligado a conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, y que la falta de diligencia de la AFP se vio corroborada cuando ésta demostró injerencia directa en la publicación en medios de prensa, la cual estuvo incluida en el tríptico "****Seguridad en la Inversión de su Dinero",*** *generando de esta manera publicidad encubierta y bajo apariencia de notifica; por tanto la conducta de la AFP incurre en concurso de infracciones, expuesto claramente en el hecho imputado.*"

Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones en el Recurso Jerárquico presentado, señala que tanto el matutino "La Razón" como el "Semanario Santa Cruz Económico" indicaron que las publicaciones realizadas son de autoría del propio órgano que publicó la noticia y que la Administradora en la publicación realizada por el Semanario Santa Cruz Económico simplemente hizo referencia a la información emitida por otras entidades sobre los niveles de rentabilidad por concepto de las inversiones del FCI, aspecto que en ningún momento se encuentra prohibido o constituye "publicidad".

Asimismo, indicó que en ningún momento la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, demostró que haya encubierto PUBLICIDAD NO PAGADA bajo la apariencia de noticia, ya que claramente se hace referencia a la participación de la Administradora de Fondos de Pensiones en brindar la información como contraparte, aspecto que es reconocido en la Resolución sancionatoria, cuando hace referencia a lo expresado por el Semanario referente a las fuentes referidas por las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Al respecto, de acuerdo a lo establecido en el inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000, una de las prohibiciones determinadas en las Normas Generales sobre Publicidad en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, es el de evitar toda publicidad no pagada por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, encubierta bajo la apariencia de noticia, comentario periodístico u otra forma similar.

Se entiende que publicar es el manifestar al público una cosa, hacer notorio por cualquier medio alguna noticia que se quiere hacer llegar a todos.

Asimismo, se entiende por publicidad encubierta, a aquel mensaje que se presenta ante los ojos de los consumidores, sin que pueda ser apreciado o identificado como publicitario, el cual puede ser presentado bajo la forma de mensaje informativo.

En ese entendido, si bien Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones no solicitó ninguna publicación a los medios de prensa escritos, se evidencia que la Administradora de Fondos de Pensiones, tuvo una participación indirecta en la publicación del Semanario Santa Cruz Económico respecto a la rentabilidad:

> *"…si bien existen similitudes entre las dos AFP 's respecto al perfil de riesgo de las inversiones del FCI, la AFP Futuro de Bolivia es la que presenta un importante mantenimiento de rentabilidad acumulada,* ***expresa Futuro de Bolivia****…"* (las negrillas son nuestras)

Con relación a que Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, sólo proporcionó información referente a la página web de la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y a la información de la Bolsa de Valores, sobre los niveles de rentabilidad por concepto de inversiones del FCI y que sólo brindó información como contraparte, se evidencia que la Administradora emitió comentarios periodísticos que pueden inducir a interpretaciones inexactas al expresar juicios de valor respecto a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, debiendo limitarse únicamente a proporcionar información de conocimiento general.

Por consiguiente, tal como la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones asevera a lo largo del proceso, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones no **publicó** en el matutino "La Razón" y en el "Semanario Santa Cruz" parte de la información incluida en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", sin embargo, lo mismo no importa desconocer el deber de la Administradora de Fondos de Pensiones, de evitar toda publicidad no pagada por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, encubierta bajo la apariencia de noticia, **comentario periodístico** u otra forma similar.

En ese entendido, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión que no existe congruencia entre la imputación del cargo y la tipificación realizada a tiempo de la notificación con los cargos. Para mayor claridad se transcribe la imputación:

> *"Existen indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000****, al evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP PUBLICÓ en un órgano de prensa escrito*** *y de circulación nacional, parte de la información incluida en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", generando de esta manera publicidad encubierta y bajo apariencia de noticia" (*mayúscula, negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se observa, el propio inciso e) del artículo 13 de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000, no refiere a una publicación como tal, sino a una publicidad encubierta. Este argumento que difiere de la imputación a su vez se encuentra en los actos administrativos emitidos por la Autoridad Fiscalizadora, cual es la Resolución Administrativa sancionatoria y confirmatoria, situación que obliga a éste Ministerio a anular el proceso hasta antes de la notificación del cargo, al haberse vulnerado el principio de congruencia y generado la indefensión del recurrente, al no saber con exactitud, si el cargo imputado refiere a la publicación o en su caso a una publicidad encubierta, que no es pagada bajo la apariencia de noticia, todo ello en el marco del debido proceso que debe regir los actos de la Administración Pública.

2. Con relación al Cargo Nº 2

Se tiene que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, se confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/Nº 213-2010 de 23 de septiembre de 2010 sancionando a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones por el **Cargo Nº 2** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al inciso q) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 6,7,11 inciso c) y 12 inciso a) de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 22 de 17 de enero de 2000.

Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones en su Recurso Jerárquico señala que la publicación "Seguridad en la Inversión de su Dinero" es de elaboración propia, basada en información pública que se remite a la entidad reguladora periódicamente y que no expresa criterios subjetivos e indirectos de valor respecto a la otra Administradora en competencia desleal y que en ningún caso les da una ventaja comparativa. Al contrario, dando fiel cumplimiento al espíritu informativo sobre el cual se basa la normativa de publicidad del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, el único objetivo del material emitido responde a la necesidad del Afiliado de conocer la administración de sus aportes y enterarse de las actividades que realiza su Administradora de Fondos de Pensiones para generar rentabilidad y crea valor a partir de la inversión de su dinero, mismo que a futuro le permitirá acceder a alguna de las prestaciones del SSO, utilizando información veraz, comprobable, simple y de carácter público, siendo que todos los datos y cifras insertos en el material imputado en su momento fueron de conocimiento, aceptación y publicación de la autoridad competente.

Asimismo, indica que el Régimen de Autorización General de Publicidad es automática y no requiere de aprobación previa por parte de la entidad reguladora, normativa que entra en contradicción con lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 553 de 2 de julio de 2008 que establece la necesidad de contar con la No Objeción por parte del ente regulador, sin considerar que el tríptico cuestionado no forma parte del Plan de Medio de Comunicación de la gestión 2009.

Al respecto, se entiende que la competencia desleal, se basa en prácticas contrarias a las bases de la honestidad y a la buena fe, en busca de un beneficio propio que irá en desmedro del mercado competidor.

Debido a la existencia de dos Administradoras de Fondos de Pensiones, con el fin de lograr el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y evitar influir en las decisiones de los Afiliados, se establecieron normas generales sobre publicidad, las cuales deben ser cumplidas por las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Sin embargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP con la emisión y difusión del tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" referente a la Rentabilidad y a las Inversiones en el Fondo de Capitalización Individual, emitió juicios de valor y comparaciones con respecto a la otra Administradora de Fondos de Pensiones, ocasionando conflictos de interés y competencia desleal. Esto se evidencia con el contenido del tríptico que hace referencia entre otros a los siguientes puntos:

- *…Se puede observar que la Rentabilidad Acumulada del FCI administrado por Futuro de Bolivia S.A. AFP ha sido consistentemente, durante los más de once años de historia del nuevo Sistema de Pensiones, la más alta del Sistema, debido fundamentalmente a la eficiencia y la oportunidad en la administración del portafolio de inversiones…*

- *… Estos resultados reflejan la responsable y transparente administración de sus ahorros…*

- *… La seguridad de las inversiones está controlada por Futuro de Bolivia S.A. AFP por medio de un análisis fundamental de cada instrumento en que se vaya a invertir…*

- *…Futuro de Bolivia S.A. AFP aplica técnicas, herramientas y metodologías modernas para identificar, entender, medir y controlar la exposición de las inversiones del FCI a los distintos tipos de riesgos existentes…*

- *…Es por eso que Futuro de Bolivia S.A. AFP presta particular importancia a las inversiones que permitan la distribución de los riesgos…*

- *…Futuro de Bolivia S.A. AFP ha mostrado sistemáticamente la menor desviación estándar del Nuevo Sistema de Pensiones, durante los más de once años de su existencia, lo que permite concluir que la gestión de inversiones de Futuro de Bolivia S.A. AFP es la más eficiente del Sistema ya que muestra mayores niveles de rentabilidad históricos, asociados a menores niveles de riesgo…*

- *…Futuro de Bolivia S.A. AFP realiza un control exhaustivo de la liquidez del FCI, de manera que se pueda maximizar la rentabilidad del Fondo sin poner en riesgo su capacidad de honrar sus obligaciones, manteniendo las proporciones de liquidez más bajas del sistema…"*

Con dichas aseveraciones se evidencia que Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones expresó juicios de valor acerca de la otra Administradora, pudiendo ocasionar interpretaciones contrarias al verdadero sentido de la información, y abusando de la falta de conocimiento en algunos aspectos del público en general, ya que los términos y definiciones expresados en los trípticos fueron destinados a un grupo selectivo y no así al público en general.

Estas comparaciones y juicios de valor, pueden ocasionar una ventaja con la otra Administradora, ya que la información difundida puede ocasionar que los Afiliados prefieran afiliarse con Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones que con BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A., objetivos distintos a los que persigue la Seguridad Social de largo plazo.

3. Con relación al Cargo N° 3

Se tiene que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/UC/N° 291-2010 de 07 de diciembre de 2010, se confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/UC/N° 213-2010 de 23 de septiembre de 2010 sancionando a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones por el **Cargo N° 3** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículos 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 553 de 02 de julio de 2008.

Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones en su Recurso Jerárquico señaló que el Regulador no tomó en cuenta que existe un régimen de autorización general en el cual claramente se enmarca el tríptico, ya que es un documento que solamente refleja la información publicada por el propio órgano regulador y que por otro lado los materiales que expresan hechos ciertos y verídicos, no requieren de aprobación por parte del regulador, precisamente porque no se está diciendo nada nuevo, sino que simplemente se refleja información veraz, objetiva y explicada en detalle, en un lenguaje claro y sencillo.

Al respecto, es importante revisar la normativa, es así que tenemos:

- El artículo 2° de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 022 de 17 de enero de 2000 (R.A. 22/2000), define lo siguiente:

  "***Publicidad:*** *Es la comunicación de un mensaje impersonal y persuasivo verbal, visual o escrito, que se presenta a un grupo de personas y está dirigido a producir o cambiar las actitudes o el comportamiento hacia el producto, servicio o idea…*"

  "…***Publicidad institucional.-*** *Es la que proyecta la imagen, el nombre de la razón social y la reputación de la entidad, siempre que se fundamente en valores éticos, cívicos, culturales o sociales.*

  Publicidad informativa.- *Es la que se refiere a los servicios que ofrece la entidad sin ponderación, juicios de valor o calificación alguna, simplemente para orientar al*

público como ser publicación de normas, instrucciones para llenado de formularios, fechas para realizar aportaciones, apertura, traslado o cierre de sucursales y oficinas, ubicación de las mismas y otros similares, sin anuncios adiciones.

Patrocinio publicitario.- *Actividad a través de la cual el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la creación, ejecución o difusión de su labor cultural, benéfica o deportiva se compromete a colaborar en la publicidad de la AFP o ERA patrocinadora."*

- El artículo 14º de la mencionada Resolución Administrativa establece que bajo el Régimen de Autorización General se encuentran los siguientes tipos de publicidad: Publicidad Institucional, Publicidad Informativa y Patrocinio Publicitario.

- El artículo 16º de la R.A. 022/2000 establece que se sujetará al régimen de autorización específica toda publicidad o promoción de ventas que hubiese sido excluida del régimen de autorización general y que requiere ser previamente autorizada por la entidad reguladora.

- La publicidad persuasiva es aquella que puede llegar a inducir o crear preferencia por un determinado servicio o producto.

En ese entendido, con relación al tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero" referente a la Rentabilidad y a las Inversiones en el Fondo de Capitalización Individual, publicado por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, la misma no se encuentra contemplada en uno de los tipos de publicidad establecidos para el Régimen de Autorización General, por tanto, independientemente de que la información exprese hechos ciertos y verídicos, o refleje información publicada por el propio órgano regulador, la Administradora de Fondos de Pensiones tenía la obligación de solicitar la no objeción a la Entidad Reguladora.

La Administradora de Fondos de Pensiones en su Recurso Jerárquico indica que el tríptico publicado se enmarca en el Régimen de Autorización General ya que es un documento que solamente refleja la información publicada por el propio órgano regulador, lo cual no es cierto, debido a que el documento publicado hace comparaciones y resalta algunas actividades realizadas por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones con relación a BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A.

Por tanto, se evidencia que la información publicada en el tríptico "Seguridad en la Inversión de su Dinero", no corresponde a una publicidad informativa, ya que no informa sobre algún servicio otorgado por la AFP, sino mas bien realza y enfatiza algunos aspectos de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones respecto a la Rentabilidad y a las Inversiones en el Fondo de Capitalización Individual en comparación con BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A., pudiendo ocasionar un cambio en la percepción de los Afiliados respecto a la otra Administradora, motivo por el cual requería la aprobación del Ente Regulador para su difusión.

Respecto a que no requería aprobación por parte del regulador ya que no dice nada nuevo, se debe señalar que la Administradora de Fondos de Pensiones está obligada a dar cumplimiento a toda la normativa que establece la Ley de Pensiones y sus normas reglamentarias, por tanto debió solicitar la aprobación respectiva.

4. Con relación a la sanción impuesta

Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones en su Recurso Jerárquico señala que se puede evidenciar que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no realiza el debido cotejo de los descargos presentados, ya que no los desvirtúa, y no identifica la información tipificada en la normativa respecto a la conducta y que las sanciones son desproporcionadas tomando en cuenta que demostraron que no existe vulneración a las normas.

En este sentido en la Resolución Administrativa Revocatoria emitida por la ex Autoridad reguladora se pronuncia sobre la calificación de la gravedad de la sanción impuesta trayendo a colación lo establecido en el inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 sobre la Gravedad Leve, concluyendo el fiscalizador que: "*referente al caso de autos, se concluye que hubo preterintencionalidad en la conducta de la AFP…*" con relación al tercer cargo, no haciendo alusión alguna sobre la calificación de la sanción en el segundo cargo; por lo que corresponde su análisis:

Como se puede apreciar la sanción impuesta por la ex Autoridad de Pensiones fue en previsión a una gravedad leve cometida por el regulado, que principalmente se puede rescatar la preterintencionalidad a la que hace referencia.

De acuerdo a los cargos imputados y lo esbozado en el análisis del primer caso, en lo que respecta a la verdad material de los hechos es evidente que Futuro de Bolivia AFP S.A. no realizó ni solicitó la publicación sobre los índices de rentabilidad cuestionados, en consecuencia el elemento "preterintencionalidad" para la aplicabilidad de la gravedad de la sanción se ve cuestionada, debido a que en principio la autoridad fiscalizadora imputó con el cargo de que Futuro de Bolivia AFP, habría realizado la publicación de los índices de rentabilidad y posteriormente se evidenció que dicha administradora no fue la solicitante de dicha noticia.

La preterintencionalidad como concepto básico establece el ir más allá del propósito deseado; vale decir que la intención del actor al cometer un ilícito (en este caso en materia administrativa), tuvo consecuencias mayores a la previstas y en el presente caso. Primero, corresponde aclarar que de acuerdo a los antecedentes procesales Futuro de Bolivia AFP S.A no solicitó ninguna publicación, respecto al cargo imputado y con relación a la noticia emitida por los órganos de prensa escritos específicamente del semanario Santa Cruz Económico, la autoridad reguladora sostiene que Futuro de Bolivia AFP S.A. tuvo participación e injerencia directa en la emisión de la noticia publicada por dicho órgano de prensa por la lectura al final del segundo párrafo que manifiesta "*explica Futuro de Bolivia*" y segundo por la nota enviada por el semanario Santa Cruz Económico.

Como se podrá apreciar la preterintencionalidad del regulado se encuentra cuestionada, debido a que en principio este no solicitó la publicación de noticia alguna y el manifestar en la nota de prensa emitida por el semanario Santa Cruz Económico de que "así lo habría explicado Futuro de Bolivia" no es motivación suficiente para establecer un grado de preterintencionalidad y aplicabilidad de una sanción que se constituye un grado de excesiva onerosidad.

El Ministerio de Economía y Finanzas Publicas como máxima instancia de impugnación administrativa ha establecido los lineamientos fácticos sobre el principio de proporcionalidad a momento de imponer una determinada sanción recogiendo el precedente administrativo expuesto en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera Nº 38/2005 emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI, que a la letra señala:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas dé carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que lo autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material.*
>
> *Este Principio en materia sancionadora, implicara la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio de su poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esta tarea la autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en la normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad – que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas – es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual de imputa.*
>
> *Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) que el ejercicio de la potestad sancionadora deba ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida."*

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

a) **Primero,** la calificación de los hechos imputados estén tipificados como faltas; al respecto la tipificación correspondiente al primer cargo fue variando conforme la presentación de descargos del regulado ya que en primera instancia la notificación

de cargos manifestaba que Futuro de Bolivia AFP habría realizado una publicidad para posteriormente evidenciarse que no fue así, en consecuencia el cargo necesariamente debió ser direccionado a la sanción que se le impuso sin perjuicio de que la tipificación de los dos cargos posteriores no hayan pasado por dicha observación;

b) **Segundo,** que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado; de acuerdo a los fundamentos esbozados por la ex Autoridad de Pensiones los descargos presentados no fueron suficientes para desvirtuar los cargos imputados, empero como también se dijo el argumento que manifiesta la publicación de la noticia en el semanario Santa Cruz Económico *("explica Futuro de Bolivia"*) no constituye una motivación suficiente para determinar la participación o injerencia directa en la citada noticia por parte de la AFP cuestionada, en consecuencia el cargo de referencia no contiene un elemento probatorio sustentable al que haga manifiesto la Resolución Administrativa sancionatoria y

c) **Tercero,** se refiere al que se pretenda alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; al respecto que Futuro de Bolivia AFP no haya sido participe de la publicación de las noticias cuestionadas, constituye un atenuante en la responsabilidad de su posterior actuar, asimismo se ha evidenciado los demás cargos imputados, evidentemente constituyen vulneraciones al ordenamiento jurídico regulatorio administrativo; estos son como consecuencia de una eventual publicación que la entidad regulada no solicitó ni pidió, por lo que la sanción a imponer debe ajustarse a los parámetros legales citados precedentemente, evitando que la discrecionalidad que se le otorga al fiscalizador al momento de imponer una determinada sanción, se sujete al debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo precedentemente compulsado corresponde a la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros de reciente creación emitir nuevo pronunciamiento administrativo tomando en cuenta los aspectos de hecho y derecho arriba glosados.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Nota de cargos AP/DJ/UC/UI/1602/2010 de 7 junio de 2010 **inclusive**, debiendo en consecuencia emitir nueva nota de cargo conforme los fundamentados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 295-2010 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 025/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2011

La Paz, 06 de mayo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 295-2010 de 9 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de 27 de septiembre de 2010, ambas pronunciadas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 003/2011 de fecha 08 de marzo de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 038/2011 de fecha 21 de abril de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 27 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** representada legalmente por Julio Vargas León conforme consta en el instrumento Nº 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 295-2010 de 9 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa

AP/DJ/Nº 221-2010 de 27 de septiembre de 2010, ambas pronunciadas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/3749/2010 con fecha de recepción 30 de diciembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 295-2010 de fecha 9 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de 27 de septiembre de 2010, Recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 3 de enero de 2011, notificado en fecha 5 de enero de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº 221-2010 DE FECHA 27 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010 la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, establece lo siguiente:

> "…*CONSIDERANDO:*
>
> *Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió con el siguiente análisis:*
>
> ***Al Cargo Nº 1.***
>
> *La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP ha imputado con cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP debido a que ésta, ha incumplido el precepto normativo contenido en el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, y las notas SPVS-IP-DB-2303/2004 de 09 de julio de 2004, SPVS-IP-3155/2004 de 21 de septiembre de 2004 y SPVS-IP-DP-SSO 3388/2004 de 06 de octubre de 2004, al evidenciar que omitió la carga completa en las estructuras de información del Sistema de Retiros Mínimos correspondiente a la gestión 2007, detectándose doscientos siete (207) casos sin la información del pago.*
>
> *Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP a momento de presentar sus descargos señaló lo siguiente:*
>
> > "*Al respecto, tenemos a bien informar a su Autoridad que una vez superado* (sic) *los inconvenientes generados debido a la falta de asignación de códigos para la carga de estructuras de Retiros Mínimos, ya se realizó la carga de información de los pagos observados de Retiros Mínimos del periodo enero a*

diciembre de la gestión 2007, correspondiente a nuestra AFP."

Del análisis realizado a lo expresado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde señalar que la AFP a objeto de subsanar el cargo imputado realizó la carga de información en las estructuras de información del Sistema de Retiros Mínimos del periodo enero a diciembre de la gestión 2007, de manera posterior a la Notificación con Cargos.

Por lo señalado, existe una aceptación expresa al cargo imputado contra la AFP, en razón a que la carga periódica de información en la Base de Datos, debe ser efectuada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, asumiendo la responsabilidad sobre la información introducida en la misma.

Por mandato expreso de la Ley esta Autoridad debe cumplir con su deber de controlar y supervisar a las entidades reguladas, consecuentemente en uso de su facultad punitiva, no puede dejar de imponer una sanción en virtud a que las obligaciones de hacer que emergen de las conductas de los entes regulados por esta Autoridad, adquieren un tratamiento independiente de las posibles infracciones ocasionadas por esas conductas.

Se corrobora el incumplimiento de la AFP, correspondiendo ratificar el cargo imputado en razón a que la entidad regulada no emitió información suficiente que permitan (sic) *desvirtuar la infracción.*

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción…"

En mérito a tales antecedentes, resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el siguiente cargo:*

> ***Cargo Nº 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, y a las notas SPVS-IP-DB-2303/2004 de 09 de julio de 2004, SPVS-IP-3155/2004 de 21 de septiembre de 2004 y SPVS-IP-DP-SSO 3388/2004 DE 06 de octubre de 2004.*

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT Nº 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición*

normativa.

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…*"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 11 de noviembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010, bajo los siguientes argumentos:

"…***ANÁLISIS DEL CARGO IMPUTADO Y DE LA SANCIÓN IMPUESTA.-***

Con relación al Cargo Nº 1:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones después del análisis de los descargos presentados y considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió o presentó información suficiente que permita desvirtuar la infracción, resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del decreto Supremo (sic) *Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 y a las notas SPVS-IP-DB-2303/2004 de 09 de julio de 2004, SPVS-IP-3155/2004 de 21 de septiembre de 2004 y SPVS-IP-DP-SSO 3388/2004 de 06 de octubre de 2004, sin considerar los siguientes extremos:*

a) La ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros mediante nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 de 13 de agosto de 2008 reconoce que Futuro de Bolivia ha procedido a la carga de información correspondiente a los trámites de Retiros Mínimos de la gestión 2007 cuando asevera que …"Mediante la presente y una vez revisada la información de solicitudes cargadas por su AFP en el Sistema de Retiros Mínimos de la SPVS, de enero a Diciembre de 2007, ***se evidencia que la carga de información al indicado Sistema*** *está incompleta" (las negrillas son nuestras). Esta aseveración lleva implícita el cumplimiento por parte de nuestra AFP de otras actividades y obligaciones por ley de acuerdo a lo establecido por el artículo 31 inciso s) de la ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.*

b) La falta de información referida a los pagos de Retiros Mínimos efectuados por los 207 casos detectados por la ex-SPVS, ya fue cargada al Sistema de Retiros Mínimos administrado ahora por la Autoridad de Fiscalización Social y Pensiones (AP) (sic). *Situación con la que se termina de dar cumplimiento a los* (sic) *establecido por la Nota SPVS/IP/DB/-2303/2004. Resaltando el hecho de*

que en su oportunidad se cumplió de manera parcial con el envió (sic) *de las estructuras definidas por normativa.*

c) La falta de la carga de la información de pagos al Sistema de Retiros Mínimos, no puede catalogar la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP dentro de los alcances del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ya que la AP no ha configurado la preterintencionalidad toda vez que no ha demostrado la existencia de un comportamiento doloso por parte de nuestra AFP y menos aún que esta conducta dolosa haya causado un daño mayor al previsto o al que supuestamente hubiéramos querido ocasionar; por lo que el acto administrativo ahora recurrido cuenta (sic) *con la fundamentación necesaria prescrita por el artículo 28 inciso e) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 Ley de Procedimiento Administrativo.*

De lo arriba expresado, se establece que el alcance de la sanción carece de fundamentación adecuada porque la AP no ha configurado ni demostrado la existencia de la preterintencionalidad en nuestra conducta, constituyéndose esta, como un elemento esencial para la aplicación de lo dispuesto por el artículo 286 inciso c) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

Asimismo al haber cargado nuestra AFP las estructuras con la información al Sistema de Retiros Mínimos de la ex-SPVS, ha dado cumplimiento a lo establecido por el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

En congruencia con todos los argumentos hasta ahora vertidos, sostenemos que la sanción aplicada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010 no corresponde, pues la infracción parcial a lo establecido por la Nota SPVS/IP/DB/-2303/2004 fue efectuada sin intencionalidad y ello no ha causado daño a los fondos, a la otra AFP, al mercado en que actúan las AFP, a los Beneficios del SSO, y menos a Afiliado Alguno (sic)*; por lo que en estricta justicia no corresponde sanción alguna.*

No obstante en el supuesto pero no consentido caso, de que su autoridad pese a volver a revisar los descargos y los argumentos expresados en el presente memorial definiera que los argumentos no son suficientes, correspondería aplicar lo determinado por el artículo 286, inciso d), artículo 287 inciso a) (sic) *; y, el artículo 291 inciso d) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los antecedentes del caso, el análisis del cargo y la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones contra Futuro de Bolivia S.A. AFP; y toda vez que no se ha fundamentado la existencia de una conducta preterintencional, vulnerado (sic) *los principios de tipicidad y proporcionalidad que rigen el debido Proceso Administrativo; y, de esta manera*

conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 222-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010 y adecuarla en conformidad a la normativa vigente…"

3. MEMORIAL DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Por memorial de fecha 16 de noviembre de 2010 con la suma "*Aclara Contenido de petitorio de memorial de fecha 10 de noviembre de 2010 (Recurso de Revocatoria contra R.A. AP/DJ/Nº 221-2010*", **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala:

"*…Mediante memorial de fecha 10 de noviembre de 2010, recibido por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) en fecha 11 de noviembre del presente, interpuse recurso de revocatoria en contra de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010, sin embargo por error involuntario en el petitorio de dicho memorial se consignó como número de la Resolución Administrativa recurrida el Nº 222,* ***siendo lo correcto el Nº 221***.

Por lo arriba expuesto, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, solicito a su Autoridad, que a tiempo de emitir pronunciamiento sobre el citado recurso ***tenga en consideración que la Resolución Administrativa recurrida es la AP/DJ/Nº 221-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010***…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 295-2010 DE FECHA 9 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 295-2010 de fecha 9 de diciembre de 2010 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de 27 de septiembre de 2010 (ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), con los siguientes fundamentos:

"…CONSIDERANDO:(…)

…Que con las facultades que franquea la norma, mediante memorial presentado en fecha 11 de noviembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP, interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A. 221-2010, donde expresa los fundamentos y agravios que motivan el petitorio de revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 222-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010.

Que en fecha 16 de noviembre de 2010 Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante memorial aclara contenido del petitorio de memorial de fecha 10 de

noviembre de 2010 (Recurso de Revocatoria contra la R.A. 221-2010), señalando que por error involuntario en el petitorio de dicho memorial se consignó como número de la Resolución Administrativa recurrida el Nº 222, siendo lo correcto el Nº 221 y en consecuencia pide se tenga en consideración que la Resolución Administrativa recurrida es la R.A. 221-2010.

CONSIDERANDO:

Que el Recurso de Revocatoria presentado por la AFP con relación a los cargos sancionados señala que: "la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros mediante nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 de 13 de agosto de 2008 reconoce que Futuro de Bolivia ha procedido a la carga de información correspondiente a los trámites de Retiros Mínimos de la gestión 2007 cuando asevera que …"Mediante la presente y una vez revisada la información de solicitudes cargadas por su AFP en el Sistema de Retiros Mínimos de la SPVS, de enero a Diciembre de 2007, ***se evidencia que la carga de información al indicado Sistema*** *está incompleta", aseveración que lleva implícita el cumplimiento por parte de nuestra AFP de otras actividades y obligaciones por ley de acuerdo a lo establecido por el artículo 31 inciso s) de la ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.".*

Que el Recurso de Revocatoria presentado por la AFP, señala que: "la falta de información referida a los pagos de Retiros Mínimos efectuados por los 207 casos detectados por la ex-SPVS, ya fue cargada al Sistema de Retiros Mínimos administrados ahora por la Autoridad de Fiscalización Social y Pensiones AP. Situación con la que se termina de dar cumplimiento a lo establecido por la Nota SPVS/IP/DB/2303/2004. Resaltando el hecho de que en su oportunidad se cumplió de manera parcial con el envió (sic) *de las estructuras definidas por normativa.".*

Que como último extremo de análisis, en el Recurso de Revocatoria presentado por la AFP se invoca que: "la falta de la carga de la información de pagos al Sistema de Retiros Mínimos, no puede catalogar la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP dentro de los alcances del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ya que la AP no ha configurado la preterintencionalidad toda vez que no ha demostrado la existencia de un comportamiento doloso por parte de nuestra AFP y menos aún que esta conducta dolosa haya causado un daño mayor al previsto o al que supuestamente hubiéramos querido ocasionar; por lo que el acto administrativo ahora recurrido cuenta con la fundamentación necesaria prescrita por el artículo 28 inciso e) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 Ley de Procedimiento Administrativo.".

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, reconoce que no regularizó la carga de la información requerida por la Entidad Reguladora, al amparo de la norma regulatoria contenida en la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 229, emitida el ***04 de marzo de 2008****.*

Que la sanción impuesta a Futuro de Bolivia S.A. AFP, se realizó al evidenciar que ésta omitió la carga completa en las estructuras de información del Sistema de Retiros

*Mínimos **correspondiente a la gestión 2007**, detectándose doscientos siete (207) casos sin la información de pago.*

Que la AFP pretende justificar su incumplimiento al artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de15 de septiembre de 2003, y a las notas SPVS-IP-DB-2303/2004 de 09 de julio de 2004, SPVS-IP-3155/2004 de 21 de septiembre de 2004 y SPVS-IP-DP-SSO 3388/2004 de 06 de octubre de 2004, pretendiendo aplicar en forma retroactiva la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 229 emitida el 04 de marzo de 2008.

Que el reporte generado por el Sistema de Retiros Mínimos, por el que la AFP regularizó un trámite el 16 de junio de 2008 correspondiente a la gestión 2007, sin contar con la información de pago, demuestra que la AFP sí podía efectuar la carga de la información en el Sistema de Retiros Mínimos, pero pese a ello no lo hizo.

Que al existir doscientos siete (207) trámites sin la información del pago, se evidencia el incumplimiento de obligaciones de la AFP a una instrucción emitida por la Autoridad Reguladora competente mediante acto administrativo expreso, legítimo, de carácter obligatorio y exigible a partir del día siguiente hábil de su notificación o publicación.

Que asimismo el Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP también señala argumentos respecto a la calificación de la gravedad de las sanciones; los cuales son objeto de análisis en adelante.

Que es necesario dejar en claro que esta Autoridad al calificar la infracción con gravedad leve, lo hizo dentro de los criterios legales previstos en el artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el cual señala lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 286. (CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD).** Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:…*
>
> *c) Gravedad Leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor…"*

Que de la transcripción del texto y en lo referente al presente caso de autos, se concluye que hubo preterintencionalidad en la conducta de la AFP; dado que se ha constatado que la regulada conociendo la obligación expresada en la imputación de cargos, no realizó la carga de la información en el Sistema de Retiros Mínimos conforme lo establecen las notas SPVS-IP-DB-2303/2004 de 09 de julio de 2004, SPVS-IP-3155/2004 de 21 de septiembre de 2004 y SPVS-IP-DP-SSO 3388/2004 de 06 de octubre de 2004 y que con esta conducta se provocó además que las estructuras de información del Sistema de Retiros Mínimos carezcan de los datos, para su verificación por esta Autoridad. Con relación a que la infracción no causó ningún daño, es importante señalar que la información incompleta en las estructuras de Retiros

Mínimos, afecta directamente a los datos generados por la misma, los cuales son extraídos por la Autoridad Reguladora, para la realización de estadísticas y otras proyecciones que se requieren en el SSO.

Que en cuanto a la falta de preterintencionalidad invocada por la recurrente se señala que, la doctrina es uniforme en su criterio, cuando ubica ***a la preterintencionalidad*** *sistemáticamente entre el dolo y la imprudencia, que genera responsabilidad objetiva, traducida en consecuencias que tal vez no fueron pretendidas por su autor, pero que sí generaron algún tipo de efecto, sea positivo o negativo. La preterintencionalidad significa "más allá de la intención", tomado del término latino praeter, más allá, e intentio-onis, intención, propósito, lo que representa en primer lugar que no debe confundirse o asociarse este término con la figura del dolo propia de los delitos penales y, en segundo lugar, esta aclaración permite determinar cuál fue el espíritu del legislador al momento de incluir el término "preterintencional" en la redacción del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469, siendo en consecuencia, evidente que la AFP al incumplir los mandatos y preceptos de disposiciones jurídicas vigentes, más allá de así quererlo, provocó una infracción de manera preterintencional cuyas consecuencias permiten adecuar su conducta (sea acción u omisión) a la calificación de sanción de gravedad leve.*

Que en lo referente a la calificación de la sanción impuesta por esta Autoridad con gravedad leve, la misma se adecua a la norma sancionatoria vigente, toda vez que se ha comprobado la infracción incurrida por la regulada; asimismo, si hubiese existido daño provocado como consecuencia de las infracciones, habría dado lugar a que esta Autoridad, adopte un análisis distinto al realizado y una calificación diferente a la impuesta, elevando el monto de la sanción a la regulada y en caso de corresponder, la reposición del daño ocasionado.

Que por tanto, la sanción económica impuesta en la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 221-2010, correspondiente al cargo, en el cual no se advirtió daño o perjuicio a los fondos, a la otra AFP, al mercado en el que actúan las AFP, a los Beneficios del SSO o al Afiliado; no impide a esta Autoridad considerar los otros elementos jurídicos que hacen al tipo penal administrativo, los cuales luego de ser comprobados, merecieron la calificación con gravedad leve, decisión que fue plasmada en la citada Resolución Administrativa como acto administrativo, emitido dentro del procedimiento y plazos establecidos en la normativa vigente.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP también expresa como fundamento de derecho, que esta Autoridad no habría regido su actividad administrativa en los Principios de Tipicidad y proporcionalidad que rigen el debido Proceso Administrativo.

Que con el objeto de motivar el presente acto administrativo respecto al argumento de la regulada, corresponde señalar lo siguiente:

> *a) Con relación al Principio de Tipicidad, esta Autoridad ha regido sus actos dentro del marco legal vigente, por lo cual, el presente proceso administrativo*

sancionatorio, se ha desenvuelto conforme al debido proceso determinando sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias vigentes, por lo tanto no se advierte vulneración alguna al principio señalado.

b) Respecto al principio de Proporcionalidad, la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 y los actos emitidos por esta Autoridad en el presente proceso administrativo, consideraron al momento de establecer la sanción pecuniaria recurrida, que ésta servirá como un acto ejemplificador de las consecuencias que devienen del incumplimiento a las obligaciones expresas emitidas por la entidad reguladora.

Que en suma, los principios señalados por la regulada de forma enunciativa y sin mayor fundamento, no han sido vulnerados en absoluto por esta Autoridad, por lo que son insuficientes los argumentos expuestos a tiempo de solicitar la revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221/2010.

Que a mayor fundamento, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 33/2007 de 02 de abril de 2007, establece los criterios y razonamientos aplicables en sanciones respecto al Principio de Proporcionalidad, los cuales fueron adoptados a cabalidad por esta Autoridad, junto a los demás principios a los que hace referencia el regulado, previstos por el procedimiento sancionador.

Que en el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP no se emiten argumentos que justifiquen el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, y a las notas SPVS-IP-DB-2303/2004 de 09 de julio de 2004, SPVS-IP-3155/2004 de 21 de septiembre de 2004 y SPVS-IP-DP-SSO 3388/2004 de 06 de octubre de 2004, por lo que se tiene por notificados en cuanto a su incumplimiento, para los fines consiguientes.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que posibiliten cambiar la "ratio legis" de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, en consecuencia, se confirma el referido acto administrativo, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 27 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 295-2010 de fecha 9 de diciembre de 2010, expresando lo siguiente:

"…***CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.***

El Anexo de Instrucciones Técnicas de la nota de la Ex SPVS con CITE: SPVS-IP-DB 2303/2004 de fecha 9 de julio de 2004, establece una periodicidad mensual del envío de los archivos de pagos actualizada hasta el último día del mes anterior y que debe presentarse a la Intendencia de pensiones (sic) *hasta (3) días hábiles posteriores al último día del mes siguiente al cierre, lo que significa que la infracción fue cometida, al no ser expresamente identificada por la AP en algún momento entre febrero de 2007 y enero de 2008.*

El reporte técnico elaborado por la ex Dirección de Prestaciones Contributivas, lleva fecha de 12 de agosto del año 2008; y, en etapa de diligencia preliminar, se nos notifica con nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 de fecha 13 de agosto de 2008, la misma que es respondida por nuestra AFP dentro del plazo concedido mediante nota FUT SUP RM 1961/2008 de fecha 18 de agosto de 2010.

Transcurridos 2 años, mediante nota AP/DJ/2248/2010 fechada el 09 de Agosto de 2010, la misma que es notificada a nuestra AFP en la persona de su representante legal recién en fecha 30 de Agosto de 2010, tomamos conocimiento de los cargos imputados.

De lo anterior se desprende que de acuerdo a lo establecido por el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años…", para el caso que nos compete, ha operado la prescripción toda vez que han transcurrido más de dos años desde que supuestamente se hubiera cometido la infracción, incluyendo las diligencias preliminares. Al respecto la Superintendencia de Regulación Financiera (SIREFI) ha sentado jurisprudencia mediante la resolución Jerárquica SG-SIREFI-RJ61/2006 al establecer que "En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción"

CARGO N°1:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones después del análisis de los descargos presentados y considerando que Futuro de Bolivia S.A AFP no remitió o presento(sic) *información suficiente que permita desvirtuar la infracción, resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 19 del decreto Supremo* (sic) *N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y a las notas SPVS-IP-DB-2303/2004 de 09 de julio de 2004, SPVS-IP-3155/2004 de 21 de septiembre de 2004 y SPVS-IP-DP-SSO 3388/2004 de 06 de octubre de 2004, sin considerar los siguientes extremos:*

a) La ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros mediante nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 de 13 de agosto de 2008 reconoce que Futuro de Bolivia ha procedido a la carga de información correspondiente a los trámites de Retiros Mínimos de la gestión 2007 cuando asevera que …"Mediante la presente y una vez revisada la información de solicitudes cargadas por su AFP en el Sistema de Retiros Mínimos de la SPVS, de enero a Diciembre de 2007, ***se evidencia que la carga de información al indicado Sistema*** *está incompleta" (las negrillas son nuestras). Esta aseveración lleva implícita el cumplimiento por parte de nuestra AFP de otras actividades y obligaciones por ley de acuerdo a lo establecido por el artículo 31 inciso s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.*

b) La falta de información referida a los pagos de Retiros Mínimos efectuados por los 207 casos detectados por la ex SPVS, ya fue cargada al Sistema de Retiros Mínimos administrado ahora por la Autoridad de Fiscalización Social y Pensiones (sic) *(AP). Situación con la que se termina de dar cumplimiento a los* (sic) *establecido por la Nota SPVS/IP/DB/-2303/2004. Resaltando el hecho de que en su oportunidad se cumplió de manera parcial con el envió* (sic) *de las estructuras definidas por normativa.*

c) En cuanto a la infracción a lo dispuesto por la nota SPVS-IP-DP SSO 3388/2004 de fecha 6 de octubre de 2004, la misma que instruye "…efectuar los envíos de información correspondientes a Masa Hereditaria y Retiros Mínimos empleando la misma página de carga de datos que se emplea para los reportes de Pensión de Invalidez y Muerte". La AP no ha configurado de qué manera no se hubiera utilizado la citada página para los envíos de la información, toda vez que la información que faltaba era la que correspondía a la información de pago, contándose con la demás información de acuerdo a la estructura de información de Retiros Mínimos, por lo que se puede colegir, que nuestra Administradora utilizo (sic) *la página de carga de datos, lo contrario significaría que la Ex SPVS y la AP, no contarían con ninguna información de los 207 casos.*

De lo expresado en la Consideración Preliminar y nuestros alegatos, se desprende el hecho que las infracciones a las que hace referencia la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221/2010 de fecha 27 de Septiembre de 2010 y confirmada Totalmente por la ahora impugnada Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/295/2010 de fecha 09 de diciembre de 2010, por una parte han prescrito; y, por otra que al haber cargado nuestra AFP las estructuras con la información al Sistema de Retiros Mínimos de la ex-SPVS, ha dado cumplimiento a lo establecido por el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

En congruencia con todos los argumentos hasta ahora vertidos, sostenemos que la sanción aplicada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010 y confirmada totalmente por Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/295/2010 de 09 de diciembre de 2010 no corresponde.

PETITORIO.-

Al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efecto y alcances de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 295-2010 de fecha 09 de diciembre de 2010; que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de fecha 27 de Septiembre de 2010…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN.

El Informe Técnico Legal INF/AP/DPC/DJ/134-2010, cursante de fojas 1 a 5, se remite a la nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 de 14 de agosto de 2008, y determina que:

"*...Mediante la presente y una vez revisada la información de solicitudes cargadas por su AFP en el Sistema de Retiros Mínimos de la SPVS, de enero a diciembre de 2007, se evidencia que la carga de información al indicado Sistema está incompleta...*"

Al respecto de tal infracción, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en su memorial de Recurso Jerárquico, señala:

> " *...El Anexo de Instrucciones Técnicas de la nota de la Ex SPVS con CITE: SPVS-IP-DB 2303/2004 de fecha 9 de Julio de 2004, establece una periodicidad mensual del envío de los archivos de pagos actualizada hasta el último día del mes anterior y que debe presentarse a la Intendencia de pensiones* (sic) *hasta (3) días hábiles posteriores al último día del mes siguiente al cierre, lo que significa que la infracción fue cometida, al no ser expresamente identificada por la AP en algún momento entre febrero de 2007 y enero de 2008...*"

Tal periodicidad mensual determina, que las infracciones pudieran cometerse en doce oportunidades correspondientes a los meses de la gestión 2007, de tal manera que cada mes tuvo su término particular de cumplimiento (*hasta (3) días hábiles posteriores al último día del mes siguiente*); cuando se señala genéricamente que las 207 omisiones corresponden a la gestión 2007, resulta que pudieron suceder indistintamente, agrupadas o no, en cualquiera de esas doce oportunidades.

La recurrente ha señalado que *"la infracción fue cometida, al no ser expresamente identificada por la AP en algún momento entre febrero de 2007 y enero de 2008*" y que "*…ha operado la prescripción toda vez que han transcurrido más de dos años desde que supuestamente se hubiera cometido la infracción...*" ; en realidad las infracciones son tantas como los informes en los que se omitieron los datos, sobre lo que no consta un detalle precisamente por ese tratamiento genérico, pudiendo ser de 1 a 12, entre fechas 1° de febrero de 2007 y 4 de enero de 2008. Lo mismo sugiere una dificultad a los efectos de considerar lo señalado por la recurrente, por cuanto la existencia de la prescripción está determinada por el transcurso de un término concreto de tiempo (2 años a partir de sucedidas las infracciones).

Sin embargo, sea que se considere la primera fecha en la que se pudieron cometer las infracciones -1° de febrero de 2007- o la última -4 de enero de 2008- (y obviamente cualquiera que se encuentre en medio de ellas), el término transcurrido hasta la fecha de la nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 que da inicio a las diligencias preliminares del proceso (14 de agosto de 2008): un (1) año, seis (6) meses, once (11) días en el caso de la primera fecha, y siete (7) meses, ocho (8) días de la última fecha; en ambos casos, menos de los dos años a los que se refiere el artículo 79° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo).

Por tanto, no operó prescripción entre las fechas en las que se han cometido las infracciones y en la que se interrumpió la prescripción por efecto de la diligencia preliminar referida por el artículo 81° de la misma Ley.

La recurrente además señala:

> "*...Transcurridos 2 años, mediante nota AP/DJ/2248/2010 fechada el 09 de Agosto de 2010, la misma que es notificada a nuestra AFP en la persona de su representante legal recién en fecha 30 de Agosto de 2010, tomamos conocimiento de los cargos*

imputados...

…para el caso que nos compete, ha operado la prescripción toda vez que han transcurrido más de dos años desde que supuestamente se hubiera cometido la infracción, incluyendo las diligencias preliminares..."

Sin embargo, conforme se ha señalado arriba, se conoce que en fecha 14 de agosto de 2008 se interrumpió el término de la prescripción por efecto de la nota SPVS/IP/DPC/2035/2008, comenzando a correr nuevamente el plazo desde esa fecha hasta el 13 de agosto de 2010, cuando Futuro de Bolivia S.A. AFP recibe la nota AP/DJ/2249/2010 remitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con la referencia "*Citación para notificación con cargos referente al Reporte de Solicitudes de Retiros Mínimos cargados en el Sistema*".

En este sentido, toda vez que al tenor del artículo 79 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, "*Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años…*" en relación con los artículos 20º, Par. I, Inc. c), y 21º, Par. II de la misma norma, debe concluirse en que en esta circunstancia, tampoco operó prescripción alguna como la alegada por la recurrente, por cuanto en fecha 13 de agosto de 2010 se ha producido la actuación válida -arriba referida- que ha determinado su interrupción, no pudiendo para ello tomarse en cuenta la fecha del 30 de agosto de 2010 como mal pretende Futuro de Bolivia S.A. AFP.

2. SOBRE LA OMISIÓN DE CARGA COMPLETA EN LAS ESTRUCTURAS DE INFORMACIÓN DEL SISTEMA DE RETIROS MÍNIMOS CORRESPONDIENTE A LA GESTIÓN 2007.

Conforme lo establecido en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 221-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010, la infracción consiste en **haberse omitido *"la carga completa*** *en las estructuras de información del Sistema de Retiros Mínimos correspondiente a la gestión 2007, detectándose doscientos siete (207) casos sin la información del pago*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** ha señalado, en fundamento de su recurso, que existiría un reconocimiento implícito de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros a la carga de la información, y que la información referida a los pagos de Retiros Mínimos efectuados por los 207 casos ya fue cargada al sistema de Retiros Mínimos administrado por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, entidad que no configura de qué manera no se habría utilizado la página de carga de datos (misma que se emplea para los reportes de Pensión de Invalidez y Muerte) para los envíos de la información.

Corresponde analizar tales fundamentos, conforme sigue a continuación:

2.1. Sobre que existiría un reconocimiento implícito de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, a la carga de la información.

La recurrente señala:

> *"… La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 de 13 de agosto de 2008 reconoce que Futuro de Bolivia ha procedido a la carga de información correspondiente a los trámites de Retiros Mínimos de la gestión 2007 cuando asevera que…"Mediante la presente y una vez revisada la información de solicitudes cargadas por su AFP en el Sistema de Retiros Mínimos de la SPVS, de enero a Diciembre de 2007,* ***se evidencia que la carga de información al indicado Sistema*** *está incompleta" (las negrillas son nuestras). Esta aseveración lleva implícita el cumplimiento por parte de nuestra AFP de otras actividades y obligaciones por ley de acuerdo a lo establecido por el artículo 31 inciso s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones…"*

La recurrente confunde la infracción, toda vez que la misma no consiste en haber omitido la información, sino en haberla presentado incompleta, por lo que contrariamente a lo señalado, la nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 de 14 de agosto de 2008 no es útil para desvirtuar el cargo, cuando la misma coincide en que "*...la carga de información al indicado Sistema* ***está incompleta...***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2. Acerca que la información referida a los pagos de Retiros Mínimos efectuados por los 207 casos, fue cargada al Sistema de Retiros Mínimos administrado por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Conforme a la parte de antecedentes de la nota AP/DJ/2248/2010 de fecha 9 de agosto de 2010 que, como Notificación del cargo que dio origen al proceso sancionatorio:

> *"...En fecha* ***12 de agosto de 2008,*** *mediante Reporte Técnico de la ex Dirección de Prestaciones Contributivas, se informó la existencia de 207 casos de Futuro de Bolivia S.A. AFP correspondientes al periodo de enero a diciembre de 2007, que no contaban con la información del pago dentro de las estructuras de información de Retiros Mínimos de la ex - SPVS ..."*(foja 13; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al respecto, el Recurso Jerárquico señala que:

> "*...La falta de información referida a los pagos de Retiros Mínimos efectuados por los 207 casos detectados por la ex SPVS, ya fue cargada al Sistema de Retiros Mínimos administrado ahora por la Autoridad de Fiscalización Social y Pensiones (AP). Situación con la que se termina de dar cumplimiento a los establecido* (sic) *por la Nota SPVS/IP/DB-2303/2004...*"

Conforme a este fundamento, el objeto de la infracción -que es la carga incompleta de la información- ha sido subsanado entre fechas 14 de agosto de 2008 (correspondiente a la nota SPVS/IP/DPC/2035/2008 sobre inicio de las diligencias preliminares) y 27 de diciembre de 2010 (cuando la misma presentó el Recurso Jerárquico), por lo que el argumento

tampoco resulta útil para desvirtuar el cargo.

2.3. Sobre que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) no ha configurado la no utilización de la página de carga de datos para los envíos de la información.

La recurrente también señala:

> *"...En cuanto a la infracción a lo dispuesto por la nota SPVS-IP-DP SSO 3388/2004 de fecha 6 de octubre de 2004, la misma que instruye "...efectuar los envíos de información correspondientes a Masa Hereditaria y Retiros Mínimos empleando la misma página de carga de datos que se emplea para los reportes de Pensión de Invalidez y Muerte". La AP no ha configurado de qué manera no se hubiera utilizado la citada página para los envíos de la información, toda vez que la información que faltaba era la que correspondía a la información de pago, contándose con la demás información de acuerdo a la estructura de información de Retiros Mínimos, por lo que se puede colegir, que nuestra Administradora utilizó la página de carga de datos, lo contrario significaría que la Ex SPVS y la AP, no contaban con ninguna información de los 207 casos..."*

Tal posición resulta irrelevante, por cuanto la infracción que ha dado lugar al proceso, está referida como se tiene dicho, a la omisión de la carga completa en las estructuras de información del Sistema de Retiros Mínimos correspondiente a la gestión 2007, no así a cómo se hubiera cargado al Sistema correspondiente, por cuanto ello no va a determinar la subsistencia o no de la infracción y del consiguiente cargo.

Se rescata lo referido en la nota AP/DJ/2248/2010 de 9 de agosto de 2010 (fojas 11 a 13) en sentido de que la información deviene de un Reporte Técnico, cuyo contenido no consta que hubiera sido impugnado; antes más bien, encontrándose el trámite en estado de Recurso Jerárquico, ha devenido en ello después de una serie de fases (medidas preliminares, Nota de cargos, Resolución Sancionatoria, Recurso de Revocatoria y Resolución Confirmatoria) por lo que ha quedado claro la comisión de la infracción, resultando intrascendente el cómo se ha determinado ello.

Nuevamente la recurrente confunde el haber presentado la información, con haberla presentado incompleta, siendo esto último, la razón de la infracción.

2.4 Pertinencia de la sanción impuesta.

Se rescata que según el Informe Técnico - Legal INF/AP/DPC/DJ/134-2010, a foja 2 señala:

> *"...La falta de información en las Estructuras de Retiros Mínimos, limita la posibilidad de hacer consultas de manera ágil y oportuna, no permitiendo*
> *a la fecha, alcanzar niveles óptimos de información que el regulador requiere para una rápida atención a los reclamos en casos de Retiros Mínimos que se presentan*

frecuentemente, todo esto ocasionado por el incumplimiento a la normativa vigente por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP..."

Entonces, a efectos de definir las responsabilidades señaladas, es pertinente tener presente la normativa siguiente:

- Ley N° 1732 de Pensiones, de 29 de noviembre de 1996:

"*...ARTICULO 27°.- ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP). La administración y el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del seguro social obligatorio de largo plazo y la administración de los beneficios de la capitalización son responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).*

ARTICULO 31°.- OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP). Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

s) Cumplir con otras actividades y obligaciones establecidas por ley, reglamentos o contratos suscritos con la Superintendencia de Pensiones..."

- Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones N° 1732):

"*... ARTICULO 142.- (CUIDADO EXIGIBLE). A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia...*"

Entonces, queda establecida la responsabilidad de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en la comisión de las infracciones que han dado lugar al cargo y a su sanción, y que tiene que ver con la negligencia de la recurrente y la ausencia de cuidado exigible con el que se viene desenvolviendo.

A este respecto, queda establecida la pertinencia de la normativa mencionada a continuación:

- Capítulo VIII (Sanciones y Recursos), parte I del Régimen de Sanciones, y Parte II del Procedimiento de Recursos, del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones) sobre las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) para la imposición de sanciones.

- Artículos 67°, parágrafo II, y 68° del artículo 47°, parágrafo I, del Reglamento a la

Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sobre la oportunidad de la resolución sancionatoria de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

- Artículos 286°, inciso c), 287° inciso b), 291° inciso c) y 292° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que establecen el grado de gravedad de la infracción, para el caso leve, las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, a ser establecidas en su monto por la Superintendencia (al presente y dada su desaparición, por el ente regulador), la cuantía de la multa pecuniaria, tratándose de leve, hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses, y el procedimiento establecido a efectos de su cobranza.

Habiendo correspondido a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionar y establecer el monto de las sanciones, sujetando al alcance de las normas precitadas, de donde resulta que la cuantía de la multa pecuniaria pudo establecerse en un monto de hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 295-2010 de 9 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 221-2010 de 27 de septiembre de 2010, ambas pronunciadas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DF/Nº 292-2010 DE 08 DE DICIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 026/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2011

La Paz, 06 de mayo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010 de 8 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222-2010 de 27 de septiembre de 2010, ambas pronunciadas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2011 de 9 de marzo de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 039/2011 de fecha 21 de abril de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 27 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP),** representada legalmente por el señor Julio Vargas León conforme consta en el instrumento Nº 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 35, del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpone

Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010 de 8 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222-2010 de 27 de septiembre de 2010, ambas pronunciadas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota AP/DJ/3752/2010 con fecha de recepción 30 de diciembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010 de 8 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222-2010 de 27 de septiembre de 2010, Recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 3 de enero de 2011, notificado en fecha 5 de enero de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA AP/DJ/2281/2010 DE FECHA 11 DE AGOSTO DE 2010, REFERENTE A LA NOTIFICACIÓN CON CARGOS EN RELACIÓN A LAS CAUSALES DE RECHAZO SIN AUTORIZACIÓN.-

Por nota AP/DJ/2281/2010 de fecha 11 de agosto de 2010 dirigida a Futuro de Bolivia S.A. AFP, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) bajo la referencia "Nota de Cargo", le expresa lo siguiente:

> "…*De acuerdo al Informe DF/S/0008 2010 de 15 de abril de 2010, en la verificación del Resultado de la Orden de Notificación de Traspasos (RONT), se observó que Futuro de Bolivia S.A. AFP, aplicó causales no normadas como la Nº 26 y Nº 27 para la anulación del Formulario de Traspaso, sin haber sido comunicadas previamente a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP para su debida autorización, tal como lo establece la normativa referida anteriormente.*
>
> *La nota FUT.AP.TRA.0447/2010 de 17 de marzo de 2010 expresa que: "De acuerdo a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 la instrucción para la creación de una nueva causal generó en el desglose en dos causales Nº 26 que considera para aquellos casos en las que tienen más de dos empleadores pero que uno de los salarios genera exceso y el segundo directamente se acredita como adicional y en Nº 27 por exceso de pago por encima del tope salarial pero que se (sic) genera exceso, se creó ambas con el fin de diferenciar esas dos casuísticas que en el primer caso son muy poco recurrentes".*
>
> *Asimismo, de acuerdo* (sic) *Informe DF/S/0008 2010 de 15 de abril de 2010, si bien las causales de rechazo incorporadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, guardan relación con la causal "**Y**" (Nº 25) implementada mediante Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 de 19 de marzo de 2009, Futuro de Bolivia S.A. AFP, incumplió con el procedimiento establecido en el artículo 10º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967 de 19 de*

noviembre de 2007. Independientemente de la regularidad con la que se apliquen estos códigos, los mismos deben ser consensuados ente ambas AFP y autorizados por la AP, tal como lo establece la parte última del referido artículo al expresar que: ***"Si en el transcurso del tiempo se generaran coyunturalmente otras causales de rechazo, éstas deberán ser de conocimiento de la SPVS (actualmente AP) a través de las Administradoras para que mediante Circular expresa la Intendencia de Pensiones autorice la creación de nuevos códigos".***

En mérito a lo expuesto anteriormente, se puede evidenciar que existen indicios de incumplimiento al artículo 10º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007 por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP, al haber creado y por lo tanto aplicado las causales Nº 26 y Nº 27 sin tomar en cuenta el procedimiento establecido en la referida normativa, relacionada a contar con la debida autorización de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP para la creación de las mismas…"

2. NOTA FUT.AP.TR 1544/2010 DE FECHA 13 DE SEPTIEMBRE DE 2010, REFERENTE A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.-

Mediante nota FUT.AP.TR 1544/2010 de fecha 13 de septiembre de 2010 y que tiene por referencia "AP/DJ/2281/2010 Nota de Cargo", Futuro de Bolivia S.A. AFP señala los extremos siguientes:

"…Posteriormente a la creación de 24 causales de rechazo, instrucción realizada con la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de fecha 19 de noviembre de 2007, se crea la causal 25 en base a la Circular SPVS/IPO/DCF/45/2008 de fecha 29/04/2008, para afilados que tengan retiro temporal pagado, en curso de pago o reversión de devolución por solicitud de devolución de aportes por concepto de trabajadores estacionales.

Para mantener esta secuencia en la numeración de causales, en fecha 19/03//2009 en base a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 se estableció la causal de rechazo Nº 26, que consecuentemente dio origen a la causal Nº 27 resultado de una evaluación y posterior consenso realizado con la otra Administradora, cuyo fin respondía a una correcta validación de la Orden de Notificación de Traspasos…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/Nº 222-2010 DE FECHA 27 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones establece lo siguiente:

"…CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió con el siguiente análisis:

*"…**Cargo Nº 1.***

*Se estableció un Cargo contra Futuro de Bolivia S.A. AFP, por incumplimiento al procedimiento establecido en el párrafo último del artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007, pues habiendo aplicado las causales Nº 26 y Nº 27 no establecidas en la norma para la anulación del Formulario de Traspaso, sin haberse comunicado previamente a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones-AP para su debida autorización, ha incumplido el procedimiento establecido en la referida normativa, la cual establece que: **"Si en el transcurso del tiempo se generaran coyunturalmente otras causales de rechazo, éstas deberán ser de conocimiento de la SPVS a través de las Administradoras para que mediante Circular expresa la Intendencia de Pensiones autorice la creación de nuevos códigos".** (las negrillas son nuestras).*

La Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 de 19 de marzo de 2009, establece que: "En cumplimiento al punto 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967 a continuación se adiciona a la misma la siguiente causal:

> ***y**. El Afiliado presenta excesos en Cuenta Individual, por concepto de un exceso diferente al generado por el pago de contribuciones por más de un empleador, las que consideradas individualmente no exceden los límites legales pero sumadas lo superan".*

La nota FUT.AP.TRA.0047/2010 de 17 de marzo de 2010, presentada por la AFP a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, expresa que: "De acuerdo a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 la instrucción para la creación de una nueva causal generó el desglose en dos causales Nº 26 que considera para aquellos casos en las que tienen más de dos empleadores pero que uno de los salarios genera exceso y el segundo directamente se acredita como adicional y en Nº 27 por exceso de pago por encima del tope salarial pero que se (sic) genera exceso, se creó ambas con el fin de diferenciar esas dos casuísticas que en el primer caso son muy poco recurrentes".

Que en los descargos presentados, Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota FUT.AP.TR 1544/2010 de 13 de septiembre de 2010 señala que: "…se crea la causal 25 en base a la Circular SPVS/IP/DCF/45/2008 de fecha 29/04/2008, para afiliados que tengan retiro temporal pagado, en curso de pago o reversión de devolución por solicitud de devolución de aportes por concepto de trabajadores estacionales". Asimismo expresa que: "Para mantener esta secuencia en la numeración de causales, en fecha 19/03/2009 en base a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 se estableció la causal de rechazo Nº 26, que consecuentemente dio (sic) origen a la causal Nº 27 resultado de una evaluación y posterior consenso realizado con la otra Administradora, cuyo fin correspondía a una correcta validación de la Orden de Notificación de Traspasos".

Que de acuerdo a la referida normativa, la causal Nº 25 no fue creada de acuerdo a la Circular SPVS/IP/DCF/45/2008 de 29 de abril de 2008 sino más bien en base a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 de 19 de marzo de 2009, confirmándose esta aseveración mediante nota remitida por la AFP, FUT.AP.TRA.0447/2010 de 17 de marzo de 2010, la cual expresa que: "De acuerdo a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 la instrucción para la creación de una nueva causal generó en el desglose de dos causales…". Asimismo, el argumento de que se estableció la causal de rechazo Nº 26 que consecuentemente dio origen a la causal N º 27, para mantener una secuencia en la numeración de causales y que además fue resultado de una evaluación y posterior consenso realizado con la otra Administradora, no tiene el fundamento legal suficiente para justificar el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a la normativa establecida en el párrafo último del artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007, referente al procedimiento de creación de nuevas causales.

Que en mérito a todo lo expuesto anteriormente, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, al artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007.

Que para el cumplimiento de estas funciones la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, actualmente Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, emitió la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007 referente al procedimiento de Traspasos en el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, en cuyo artículo 10 párrafo último, establece claramente el procedimiento que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones deberán seguir para la creación de nuevos códigos.

Que el artículo 38 del Decreto Supremo Nº 0071 de 09 de abril de 2009, define las competencias de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, estableciendo en el inciso a) y b) lo siguiente:

> *a) "Normar, fiscalizar y controlar a las entidades que otorgan prestaciones y/o realizan actividades del sistema de pensiones.*
>
> *b) Sancionar a las entidades privadas que otorgan prestaciones y/o realizan actividades de Seguridad Social de Largo Plazo, en los casos previstos en la normativa vigente aplicable".*

En mérito a tales antecedentes, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

> *"…**PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo Nº 1,** con una multa en bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al párrafo último del artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007.*

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT Nº 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de su notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones-AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

TERCERO.- *Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos a partir de su notificación con la presente Resolución Administrativa, deberá solicitar a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, se inicie el proceso de inclusión en la normativa correspondiente, de las causales de rechazo Nº 26 y Nº 27...*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 10 de noviembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 222-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010, bajo los siguientes argumentos:

"…***ANÁLISIS DEL CARGO IMPUTADO Y DE LA SANCIÓN IMPUESTA.-***

Con relación al Cargo Nº 1:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones después del análisis de los descargos presentados resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al párrafo último del artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007. Considerando la infracción en el ámbito de aplicación del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 se evidencia que la AP no consideró los siguientes extremos:

a) *De acuerdo al informe DF/S/0008 2010 de 15 de abril de 2010… "las causales de rechazo incorporadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP guardan relación con la causal "**y**" (Nº 25) implementada mediante circular SPVS/IP/DCF/23/2009 de 19 de marzo de 2009". Por lo que, si bien no se ha desvirtuado el incumplimiento del procedimiento de Autorización dispuesto por la normativa, también es evidente que esta conducta estuvo orientada a imprimir mayor celeridad en los procesos de Traspaso sin el afán de de* (sic) *obtener beneficio alguno o causar daño a los fondos, a la otra AFP y en general a ningún Afiliado. Por lo que al ser la aplicación de las causales de rechazo lógicas, la propia AP establece en la parte resolutiva tercera de la ahora recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 22-2010 que*

Futuro de Bolivia S.A. deberá iniciar el proceso de inclusión en la normativa correspondiente las causales de rechazo Nº 26 y Nº 27.

b) *La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no ha considerado en el análisis del descargo presentado por nuestra Administradora que el establecimiento de las causales de rechazo Nº 26 y Nº 27 fueron evaluadas y consensuadas con Previsión BBVA S.A. AFP a efecto de realizar una correcta validación de la orden de Notificación de Traspaso.*

c) *La conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP no se enmarca dentro de los alcances del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ya que no se ha configurado la conducta preterintencional, toda vez que nunca se ha pretendido causar daño alguno; y, en la creación, consenso y aplicación de las causales de Rechazo Nº 26 y Nº 27, en lugar de pretender obtener beneficio propio o de terceros se ha velado por dar mayor celeridad al proceso de traspaso mediante una correcta validación de la Orden de Notificación de Traspasos en coordinación y consenso directo con Previsión S.A. AFP.*

Del análisis precedente se desprende que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha actuado sin intencionalidad, sin causar daño a los fondos, a los beneficios del SSO y en general a ningún Afiliado; velando por una aplicación más eficiente de los procesos de validación en las Ordenes de Notificación de Traspasos, y considerando además que lo establecido por el numeral 4 de la Circular SPVS/IP/DCF/45/2008 de 29 de abril de 2008 "Los Afiliados que tengan un retiro temporal pagado, en curso de pago o reversión de devolución por solicitud de devolución de aportes por concepto de trabajadores estacionales no son sujetos a traspaso" llevaba implícita la creación de la causal de rechazo Nº 25.

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los antecedentes del caso, el análisis del cargos (sic) *y la sanción impuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones contra Futuro de Bolivia S.A. AFP; y, toda vez que ha sido vulnerado el principio de tipicidad y proporcionalidad que rige el Procedimiento Administrativo; y, conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 222-2010 de fecha 27 de septiembre de 2010 y adecuarla en conformidad a la normativa legal vigente…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/Nº 292-2010 DE FECHA 8 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010 de fecha 8 de diciembre de 2010 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº

222-2010 de 27 de septiembre de 2010, con los siguientes fundamentos:

"***…CONSIDERANDO:***

Que habiéndose notificado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con Nota de Cargo AP/DJ/2281/2010 en 30 de agosto de 2010 y habiendo presentado la misma los descargos correspondientes, se dicta Resolución Administrativa Sancionatoria AP/DJ/DF/Nº 222- 2010 de fecha 27 de septiembre de 2010, la cual se tuvo por notificada en fecha 19 de octubre del mismo año, de acuerdo al artículo 26 del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.

Que el artículo 46 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, otorga la facultad de impugnar las Resoluciones Administrativas mediante Recurso de Revocatoria ante la misma Entidad que la emitió, otorgando el plazo de quince (15) días hábiles administrativas siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada para su interposición, de acuerdo al artículo 48 del mismo cuerpo legal.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante memorial de 10 de noviembre de 2010, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222–2010 de 27 de septiembre de 2010, expresando que si bien no se ha desvirtuado el incumplimiento del procedimiento de autorización dispuesto por la normativa, también es evidente que esta conducta estuvo orientada a imprimir mayor celeridad en los procesos de Traspaso sin el afán de obtener beneficio alguno o causar daño a los fondos, a la otra AFP y en general a ningún Afiliado.

Que asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP, menciona que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, no ha considerado en el análisis del descargo presentado por la misma, que el establecimiento de las causales de rechazo Nº 26 y Nº 27 fueron evaluadas y consensuadas con BBVA Previsión AFP S.A., a efectos de realizar una correcta validación de la Orden de Notificación de Traspaso y que su conducta no se enmarca dentro de los alcances del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ya que no se ha configurado la conducta preterintencional, toda vez que nunca se ha pretendido causar daño alguno y en la creación, consenso y aplicación de las Causales de Rechazo Nº 26 y Nº 27, en lugar de pretender obtener beneficio propio o de terceros, se ha velado por dar mayor celeridad al proceso de traspaso mediante una correcta validación de la Orden de Notificación de Traspasos, por lo que solicitan la revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222–2010 de 27 de septiembre de 2010.

CONSIDERANDO:

Que la preterintencionalidad es concebida como la superación del propósito por los hechos. Futuro de Bolivia S.A. AFP, argumenta que en la implementación

de las causales de rechazo se tuvo el propósito de imprimir celeridad en los Procesos de Traspaso, consensuándose debidamente con la otra Administradora de Fondos de Pensiones, sin haberse configurado de esta manera la conducta preterintencional, toda vez que nunca se ha pretendido causar daño alguno. Sin embargo, de los problemas anteriormente descritos, la Administradora de Fondos de Pensiones, incumplió la normativa establecida a este efecto, lo cual se constituye en la superación del propósito considerado en el establecimiento de las causales de rechazo.

Que el artículo 10 de la Resolución Administrativa Nº (sic) *SPVS/IP Nº 967 de 19 de noviembre de 2007, no establece que la creación de las causales de rechazo deban ser evaluadas y consensuadas entre ambas Entidades Gestoras para considerarlas válidas, sino más bien que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP autorice mediante Circular expresa el establecimiento de las mismas, por lo que no se podría considerar admisible esta justificación, dado que ello implicaría desvirtuar el sentido de la exigencia legal y establecer sin propósito alguno, procedimientos específicos para casos concretos.*

Que se debe considerar que si bien las causales de rechazo incorporadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, guardan relación con la causal "y" implementada mediante Circular SPVS/IP/DCF/23/2009, la Administradora de Fondos de Pensiones incumplió con el procedimiento establecido en el párrafo último del artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967 de 19 de noviembre de 2007, al no solicitar que las mismas sean autorizadas expresamente por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, situación que podría dar lugar a confusión en los Procesos de Traspaso, ocasionando demoras en el procesamiento de este tipo de solicitudes presentadas por los Afiliados.

Que de acuerdo a lo afirmado en su petitorio, no existe vulneración al Principio de Tipicidad que rige el Procedimiento Administrativo, tal como afirma Futuro de Bolivia S.A. AFP, pues el artículo 4 de la ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, referido a los "Principios Generales de la Actividad Administrativa", no establece ningún (sic) *"Principio de Tipicidad", deduciéndose que dicha Administradora de Fondos de Pensiones, se quiso referir al "Principio de Legalidad y Presunción de Legitimidad", por el cual "Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;", por lo cual, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, actuó en pleno sometimiento a las normas que rigen la materia, presumiéndose por lo tanto, su legitimidad.*

Que tampoco existe vulneración al Principio de Proporcionalidad, entendiéndose por éste que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios

adecuados para su cumplimiento". Por el contrario en cumplimiento a ese Principio, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, exigió a Futuro de Bolivia S.A. AFP a través de un acto administrativo como es la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222-2010 de 27 de septiembre de 2010, que en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la misma, solicite a esta Entidad, se inicie el proceso de inclusión en la normativa correspondiente de las causales de rechazo Nº 26 y Nº 27, con el objeto de regularizar el incumplimiento de la Administradora de Fondos de Pensiones, al párrafo último del artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967 de 19 de noviembre de 2007, situación regularizada con nota FUT.AP.TR 1812/2010 de 22 de octubre de 2010.

Que finalmente Futuro de Bolivia S.A. AFP, argumenta en su petitorio que habiendo sido conculcados sus derechos e intereses legítimos, al amparo de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicita la Revocatoria de la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222–2010 de 27 de septiembre de 2010, de conformidad a lo dispuesto por la normativa legal vigente y descrita precedentemente..."

En mérito a tales antecedentes, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

"…***ÚNICO.-*** *Confirmar totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222/2010 de 27 de septiembre de 2020, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 27 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010 de 8 de diciembre de 2010, argumentando lo siguiente:

"…***Cargo Nº 1:***

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, después del análisis de los descargos presentados resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us.1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DEAMERICA) por incumplimiento al párrafo último del artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007. Considerando la infracción en el ámbito de aplicación del inciso c) del artículo 286 del decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, sin considerar los siguientes extremos:

a) *De acuerdo al informe DF/S/0008 2010 de 15 de abril de 2010… "las causales de rechazo incorporadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP guardan relación con la causal "**y**" (Nº 25) implementada mediante circular SPVS/IP/DCF/23/2009 de 19 de marzo de 2009". Asimismo la citada Circular establece en su apartado de*

"Excesos", que los Afiliados que presenten excesos generados por mal pago de contribuciones no podrán traspasarse, señalando asimismo que "…en caso se (sic) *presentarse casos de exceso no podrán traspasarse hasta que la AFP cuente con la nueva estructura".*

b) *La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no ha considerado el descargo presentado por nuestra Administradora en el sentido de que la utilización de las causales de rechazo Nº 26 y Nº 27 fueron evaluadas y consensuadas con Previsión BBVA S.A. AFP* (sic) *a efectos de dar cumplimiento a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009, para no perjudicar los procesos de validación de las Ordenes de Traspaso, y poder identificar el tipo de Exceso generado por el Afiliado en la AFP de origen, situación que debía ser controlada hasta la migración a una nueva estructura.*

c) *Por otro lado, creemos que el accionar de Futuro de Bolivia S.A. AFP, no se enmarca dentro de los alcances del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ya que no se ha configurado la conducta preterintencional, toda vez que nunca se ha pretendido causar daño alguno; y, en la utilización, consenso y aplicación de las causales de Rechazo Nº 26 y Nº 27, en lugar de pretender obtener beneficio propio o de terceros se ha velado por no perjudicar los procesos traspaso* (sic) *mediante una correcta validación de la Orden de Notificación de Traspasos; y, controlando de esta manera la identificación de excesos por el Afiliado en al AFP de origen considerando que el mismo esta* (sic) *asociado a pagos efectuados por uno solo o varios empleadores hasta la migración a una nueva estructura.*

Del análisis precedente se desprende que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no ha actuado de manera unilateral, ya que existe otra institución que participó en la utilización de las causales Nº 26 y Nº 27, por lo que solicitamos que de conformidad al principio establecido por el artículo 4 inciso f) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 Ley de Procedimiento Administrativo "…f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados…", solicitamos a su Autoridad se sirva notificarnos con los argumentos de la otra institución que suponemos se encuentra inmersa en el presente procedimiento o procedimientos similares.

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los antecedentes del caso, y nuestros alegatos esgrimidos; y, toda vez que creemos que ha sido vulnerado el principio de imparcialidad que rige al Procedimiento Administrativo; y, conculcados de esta manera nuestros derechos y legítimos intereses; al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002 solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 292-2010 de fecha 08 de diciembre de 2010 y adecuarla en conformidad a la normativa legal vigente…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. SOBRE LAS CAUSALES INCORPORADAS POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP Y SU RELACIÓN CON LA CIRCULAR SPVS/IP/DCF/23/2009.-

1.1 Antecedentes normativos.-

La Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007, establece el Procedimiento de Traspasos (entre las Administradoras de Fondos de Pensiones) de Afiliados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, teniendo por objeto actualizar los procedimientos de manera uniforme de tales Traspasos. En su artículo 5º, literal i), deja constancia que es parte de tal proceso, el llenado y suscripción del Formulario de Traspaso dispuesto por el artículo 128º del Decreto Supremo Nº 24469 de 22 de enero de 1997, conforme se transcribe a continuación:

> "…*ARTÍCULO 128. (CONCRECIÓN DEL TRASPASO). El Afiliado que desee traspasar su Cuenta Individual a otra AFP, deberá suscribir el formulario de solicitud de registro y traspaso en la AFP de destino ya sea en sus oficinas, agencias o a través de un agente de venta de la AFP de destino inscrito en el registro de promotores de la Superintendencia*…"

Dicho Formulario de Traspasos, al tenor del artículo 10º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967, debe ser anulado si producto de un análisis lógico, se detecta la concurrencia de alguna de las causales determinadas en dicha normativa, estableciendo de manera categórica en su último párrafo que:

> "…*Si en el transcurso del tiempo se generaran coyunturalmente otras causales de rechazo, éstas deberán ser de conocimiento de la SPVS a través de las Administradoras para que mediante Circular expresa la Intendencia de Pensiones autorice la creación de nuevos códigos*…"

Siguiendo dicho procedimiento, mediante Circular SPVS/IP/DCF/23 2009 de 19 de marzo de 2009, se adiciona la causal "y" (la Nº 25), determinando que:

> "…*En cumplimiento del punto 10º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967, a continuación se adiciona a la misma la siguiente causal:*

y. El afiliado presenta excesos en Cuenta Individual, por concepto de un exceso diferente al generado por el pago de Contribuciones por más de un empleador, las que consideradas individualmente no exceden los límites legales pero sumadas lo superan."

1.2 Análisis de la controversia.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante Nota FUT.AP.TRA.0447/2010 de 17 de marzo de 2010, transcrita en la Nota de Cargo AP/DJ/2281/2010 de 11 de agosto de 2010, ha señalado:

"…*De acuerdo a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 la instrucción para la creación de una nueva causal generó en el desglose en dos causales Nº 26 que considera para aquellos casos en las que tienen más de dos empleadores pero que uno de los salarios genera exceso y el segundo directamente se acredita como adicional y el Nº 27 por exceso de pago por encima del tope salarial pero que se (sic) genera exceso, se creó ambas con el fin de diferenciar esas dos casuísticas que en el primer caso son muy poco recurrentes*…"

Resultado de ello y conforme a la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222-2010, que Futuro de Bolivia S.A. AFP en infracción al último párrafo del artículo 10º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967, no comunicó oportunamente a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) la aplicación de las causales Nros. 26 y 27 -sobre anulación de Formulario de Traspasos- para su debida autorización.

Por lo tanto, es imperante que previamente se realice un análisis del caso de autos, conforme se procede a continuación:

- Por Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 de 19 de marzo de 2009, se incorporó como causal "y" (Nº 25) para la anulación del formulario de solicitud de registro y traspaso, el que el afiliado presente: "*excesos en Cuenta Individual, por concepto de un exceso diferente al generado por el pago de Contribuciones por más de un empleador, las que consideradas individualmente no exceden los límites legales pero sumadas lo superan*".

- La Nota de Cargo AP/DJ/2281/2010 de fecha 11 de agosto de 2010 cursante a fojas 7 y 8, hace referencia al Informe DF/S/0008 2010 de fecha 15 de abril de 2010, por el que se observó a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones por haber aplicado las causales no normadas Nº 26 y Nº 27.

- La misma Nota de Cargo se remite a la nota FUT.AP.TRA.0447/2010 de fecha 17 de marzo de 2010, por la que Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones atribuye la existencia de las causales no normadas Nº 26 y Nº 27, en un supuesto desglose de la instrucción contenida en la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009, creándose "*ambas con el fin de diferenciar esas dos casuísticas que en el primer caso son muy recurrentes*".

- Por Nota FUT.AP.TR 1544/2010 de fecha 13 de septiembre de 2010 y cursante a foja 9, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones refiere en calidad de descargo que:

  "…*Posteriormente a la creación de 24 causales de rechazo, instrucción realizada con la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de fecha 19 de noviembre de 2007, se crea la causal 25 en base a la Circular SPVS/IP/DCF/45/2008 de fecha 29/04/2008,* ***para afiliados que tengan retiro temporal pagado****, en curso de pago o reversión de devolución por solicitud de devolución de aportes por concepto de trabajadores estacionales*.

  Para mantener esta secuencia en la numeración de causales, en fecha 19/03/2009 en base a la Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 se estableció la causal de rechazo Nº 26, que consecuentemente dio origen a la causal Nº 27 resultado de una evaluación y posterior consenso realizado con la otra Administradora, cuyo fin respondía a una correcta validación de la Orden de Notificación de Traspasos…"(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- A fojas 42 y en el Informe Técnico – Legal DF/DJ/TL/023-2010 de fecha 7 de diciembre de 2010, se menciona:

  "…*De acuerdo a lo establecido en la causal de rechazo Nº 25, aprobada mediante Circular SPVS/IP/DCF/23/2009 de 19 de marzo de 2009, se observa claramente que ésta no mantiene concordancia con la Circular SPVS/IP/DCF/45/2008 de 29 de abril de 2008, debido a* ***que esta última se refiere a trabajadores estacionales con retiros temporales*** *y no a Afiliados con excesos en sus Cuentas Individuales (causal Nº 25). Por lo que no existe ninguna relación implícita, ni explícita entre las citadas Circulares*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- A tiempo del Recurso Jerárquico, la recurrente señala que "*se ha velado por no perjudicar los procesos traspaso* (sic) *mediante una correcta validación de la orden de Notificación de Traspasos; y, controlando de esta manera la identificación de excesos por el Afiliado en la AFP de origen considerando que el mismo esta* (sic) *asociado a pagos efectuados por uno solo o varios empleadores hasta la migración a una nueva estructura*."

De la revisión del expediente, no se evidencia que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) hubiera confirmado tal finalidad y la necesidad de la misma; de haber existido la comunicación y consiguiente autorización o rechazo -que se

constituyen en la infracción que se conoce dentro del presente proceso-, se conocería cual la necesidad y la finalidad de la aplicación de las causales N° 26 y N° 27, y desde el punto de vista casuístico al que hace mención la recurrente, si incluso pudieron o debieron establecerse otros casos.

Por el contrario, llama la atención el que habiendo sido dispuesta sólo una nueva causal, la N° 25, existan ahora la N° 26 y la N° 27, por cuanto ello determina que bajo el pretexto de desglosar en dos la nueva causal, resulte que ahora existan tres: N° 25, N° 26 y N° 27. La diferente numeración importa que se esté tratando de causales distintas y no de un simple desglose, la coexistencia de las tres refutaría el hecho de que se hubiera desglosado la N° 25 en las Nros. 26 y 27, por cuanto de ser así, se mencionaría solo a la causal N° 25 (en sus divisiones o desgloses 25-A y 25-B, 25-I y 25-II, etc.).

Más allá de la simple numeración, resulta trascendental determinar si, como ha afirmado la recurrente, las causales N° 26 y N° 27 han sido desglosadas de la N° 25, o si contrariamente a ello, las tres causales obedecen a características distintas, para lo que es pertinente definir las mismas; así:

- La **Causal N° 25 ("y")** está referida a "*excesos en Cuenta Individual, por concepto de un exceso diferente al generado por el pago de Contribuciones por más de un empleador, las que consideradas individualmente no exceden los límites legales pero sumadas lo superan.*"

- La **Causal N° 26** "*para aquellos casos en las que tienen más de dos empleadores pero que uno de los salarios genera exceso y el segundo directamente se acredita como adicional*".

- La **Causal N° 27**"*exceso de pago por encima del tope salarial pero que se genera exceso*".

El Informe Técnico – Legal DF/DJ/TL/006 2010 cursante de fojas 1 a 4 del expediente, señala que: "…***las causales de rechazo incorporadas por la AFP -N° 26 y N° 27- guardan relación con la causal "Y" (N° 25)***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica); esa relación está referida a la común concurrencia de excesos en Cuenta Individual diferentes a la generada por el pago de Contribuciones por más de un empleador, requisito dispuesto en la causal N° 25. La coexistencia de las causales N° 26 y N° 27 se expresa en su diferencia: mientras que en el caso de la N° 26 se refiere a la existencia de más de dos empleadores, donde uno de los salarios basta para generar el exceso, en la N° 27 es el monto por encima del tope salarial la que genera el exceso.

Sin embargo, la relación señalada en el precitado Informe Técnico – Legal no es

sustancial y no sirve para confirmar el desglose sugerido de la causal N° 25 en las causales N° 26 y N° 27. Más por el contrario, las determinaciones que la recurrente refiere como desglosadas de la N° 25, no la complementan ni devienen propiamente de ella, sino que cada una de las tres causales que hacen a la controversia, tienen sus propias características; a saber:

- La **causal N° 25 ("y")** refiere a "*un exceso diferente al generado por el pago de Contribuciones de más de un empleador, que consideradas individualmente no exceden los límites legales, pero sumadas lo superan*"

- La **causal N° 26** "*para aquellos casos en las que tienen más de dos empleadores y uno de ellos genera exceso*". Esta causal considera a tres empleadores o más, diferencia con la causal N° 25 que considera a más de un empleador; tomando en cuenta que uno de ellos genera exceso por el tope salarial y el otro se acredita como adicional, sin establecer el destino para el exceso de un tercer empleador, situación contraria a la causal N° 25 que sumadas superan los límites legales.

- La **causal N° 27** no se refiere a ninguna pluralidad de empleadores, sin embargo, hace referencia a un "*exceso por encima del tope salarial*".

Por tanto, las causales Nros. 26 y 27 son distintas de la causal 25, sin embargo las causales Nros. 26 y 27 guardan relación entre sí al referirse a un exceso por encima del tope salarial, no resultando evidente lo manifestado por la recurrente en sentido de que las dos últimas (Nros. 26 y 27) son un desglose de la primera(Nro 25).

Ello, amén del evidente incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10° de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 967, por cuanto, a los fines de la correcta implementación y operación de los criterios que importan las causales N° 26 y N° 27, ineludiblemente debieron ser de conocimiento previo de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

2. FALTA DE CONSIDERACIÓN DEL CONSENSO EFECTUADO CON BBVA PREVISIÓN S.A. AFP EN LA UTILIZACIÓN DE LAS CAUSALES N° 26 Y N° 27.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta el siguiente argumento:

> "…*La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no ha considerado el descargo presentado por nuestra Administradora en el sentido de que la utilización de las causales de rechazo N° 26 y N° 27 fueron evaluadas y consensuadas con Previsión BBVA S.A. AFP* (sic)…
>
> …*Del análisis precedente se desprende que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no ha actuado de manera unilateral, ya que existe otra institución que participó en la utilización de las causales N° 26 y N° 27,*…

…Tomando en cuenta los antecedentes del caso, y nuestros alegatos esgrimidos; y, toda vez que creemos que ha sido vulnerado el principio de imparcialidad que rige al Procedimiento Administrativo…"

A este respecto, la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010 ha señalado:

"*…el artículo 10 de la Resolución Administrativa Nº* (sic) *SPVS/IP Nº 967 de 19 de noviembre de 2007, no establece que la creación de las causales de rechazo deban ser evaluadas y consensuadas entre ambas Entidades Gestoras para considerarlas válidas, sino más bien que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP autorice mediante Circular expresa el establecimiento de las mismas, por lo que no se podría considerar admisible esta justificación, dado que ello implicaría desvirtuar el sentido de la exigencia legal y establecer sin propósito alguno, procedimientos específicos para casos concretos…*"

Entonces, contrariamente a lo señalado por la recurrente, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en su Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010, sí consideró su argumento y lo desestimó en atención a que el sugerido consenso con la otra Administradora de Fondos de Pensiones, cual si fuera parte del procedimiento, desvirtúa el sentido de la exigencia legal que prevé procedimientos específicos para casos concretos; la norma no dispone que la aplicación de nuevas causales de rechazo deban ser evaluadas o consensuadas por ambas Administradoras de Fondos de Pensiones.

En un sentido distinto, el artículo 10º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 19 de noviembre de 2007, establece que cualquier otra causal que se generare, debe ser de conocimiento del ente regulador a efectos de su autorización, procedimiento al que debió apegarse la ahora recurrente, no siendo atendible su justificativo acerca del consenso que hubiere establecido con la otra Administradora de Fondos de Pensiones; al haber procedido de esta última manera, determina que la ahora recurrente sí ha actuado unilateralmente en la utilización de las causales.

Dando razón a la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010, justificar la falta de comunicación a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en el consenso de ambas Administradoras de Fondos de Pensiones, importa desvirtuar el sentido y contenido de la norma.

No obstante, en cuanto a que la aplicación de las causales Nº 26 y Nº 27 implicaría establecer procedimientos sin propósito alguno (conforme ha referido la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones), lo mismo resulta incierto cuando la recurrente ha señalado, a tiempo del anterior Recurso de Revocatoria, que "*esta conducta estuvo orientada a imprimir mayor celeridad en los procesos de Traspaso sin el afán de de* (sic) *obtener beneficio alguno o causar daño a los fondos, a la otra AFP y en general a ningún Afiliado*", extremo que, ante la falta de su oportuna comunicación y consiguiente autorización o rechazo fundamentado, amerita su consideración a tiempo de pronunciarse los cargos que correspondan a efectos de su constatación.

Por tanto, en cuanto a la acusada vulneración del Principio de imparcialidad, hay que remitirse a lo determinado por la propia Ley de Procedimiento Administrativo, que en su artículo 4 determina que:

> "***Artículo 4º (Principios Generales de la Actividad Administrativa)***
>
> *La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:*
>
> *f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;…*"

A los fines de la consideración de este extremo y dada la trascendencia de lo alegado por la recurrente, corresponde remitirse a la nota de cargos AP/DJ/2281/2010 de 11 de agosto de 2010, cursante a fojas 7 y 8 de obrados, donde consta que el extremo no ha sido contemplado, como seguramente por ello, tampoco es tenido en cuenta en la Resolución impugnada.

En definitiva, de la revisión del expediente se concluye en la inexistencia de mayores elementos que permitan colegir la sugerida vulneración del Principio de imparcialidad.

3. FALTA DE CONSIDERACIÓN DE LA CONDUCTA PRETERINTENCIONAL.-

La recurrente ha señalado también que:

> "*…creemos que el accionar de Futuro de Bolivia S.A. AFP, no se enmarca dentro de los alcances del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ya que no se ha configurado la conducta preterintencional, toda vez que nunca se ha pretendido causar daño alguno…*"

La norma referida establece:

> "*…ARTÍCULO 286 (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD). Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:*
>
> *c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor…*"

Sobre la preterintención, Jiménez de Asúa ha señalado que consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido; es una alianza de dolo y culpa, por cuanto el autor del acto doloso provoca una consecuencia más grave de la que el agente pudo prever al menos. Por dolo se entiende la voluntad deliberada de cometer un ilícito a sabiendas de ello, y por culpa, la infracción cometida libremente y sin malicia, por alguna causa que pudo y se debió evitar.

Por su parte, la Resolución Administrativa impugnada establece que "*la preterintencionalidad es concebida como la superación del propósito por los hechos*".

Para el caso, resulta evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no obstante conocer de la vigencia de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 (cuyo artículo 10º le exige que, de generarse nuevas causales de rechazo, las mismas sean de conocimiento del ente regulador para su autorización) ha aplicado las causales Nº 26 y Nº 27 no establecidas en la norma, para la anulación del Formulario de Traspaso, sin haberlo comunicado previamente a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones para su debida autorización, actuación que se presume dolosa por cuanto, precisamente y más allá de su finalidad de "*imprimir mayor celeridad en los procesos de Traspaso*" conforme se menciona a foja 39 Vta., resulta en un incumplimiento deliberado de la norma señalada.

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

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

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

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

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

4. EN CUANTO A QUE LA CONTRAVENCIÓN IMPUTADA CONTRAVIENE AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.-

Conforme se ha establecido, resulta evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP no informó en su debida oportunidad a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, acerca del desglose que realizó de la causal Nº 25 en las causales Nº 26 y Nº 27, además de haber utilizado tales causales sin la autorización del ente regulador, conductas que importan una transgresión al artículo 10º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967:

> "…*Si en el transcurso del tiempo se generaran coyunturalmente otras causales de rechazo, éstas deberán ser de conocimiento de la SPVS a través de las Administradoras para que mediante Circular expresa la Intendencia de Pensiones autorice la creación de nuevos códigos*…"

También se ha establecido que la contravención conocida importa un incumplimiento deliberado de la norma, empero su intencionalidad no perseguía ocasionar daño para los Fondos, para las Administradoras de Fondos de Pensiones, para el mercado donde actúan, para los beneficios del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, y en general para ningún Afiliado, extremos que ameritan ser tomados en cuenta a tiempo de imponerse la sanción administrativa cuya fundamentación al presente se extraña.

En este sentido, la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 292-2010 que confirmó la sanción impuesta por la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222-2010, ha omitido referirse al carácter preterintencional que ha señalado la recurrente a tiempo de su Recurso de Revocatoria, en el inciso c) del memorial de fecha 10 de noviembre de 2010, debiéndose considerar como una infracción de gravedad levísima y no correspondiendo, por ende, la sanción económica de acuerdo a lo determinado en el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en su artículo 287º inciso a), en relación al artículo 291º inciso d); el hecho de que la entonces Autoridad Fiscalización y Control Social de Pensiones no se haya referido a estos aspectos hace que el acto administrativo no cumpla con uno de los elementos esenciales cual es justamente el de motivación y fundamentación.

Que, en cuanto a la motivación de los actos administrativos, la Jurisprudencia Administrativa de la ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, ha señalado:

> *"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.*
>
> *Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía*

para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda.

Que a su vez el artículo 28, incisos b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo al respecto, señala:

> "…*Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (…)…Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo*…"

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

> "…*Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando Resuelvan recursos administrativos*…"

De lo expuesto se tiene que en el presente caso, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 222-2010, ha omitido una parte esencial de la misma en cuanto a la motivación de la gravedad del hecho y la proporcionalidad de la sanción por cuanto a que la Resolución antes referida no tienen el sustento legal adecuado actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, se ha llegado a la conclusión de que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha hecho una incorrecta valoración de la prueba omitiendo a su vez pronunciarse sobre los argumentos del Recurso de Revocatoria presentado por el recurrente, vulnerando así el derecho al debido proceso y principios de congruencia.

CONSIDERANDO:

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sea a defectos de forma, o cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

Que, en este contexto el artículo 36 del precitado precedente, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente por lo que el presente proceso debe anularse conforme lo señalado líneas atrás.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la anulación del procedimiento administrativo hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 222-2010 de 27 de septiembre de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 DE 13 DE DICIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 027/2011 DE 09 DE MAYO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2011

La Paz, 09 de mayo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 235/2010 de 05 de octubre de 2010, ambas emitidas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 001/2011 de 03 de marzo de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 040/2011 de 25 de abril de 2011, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 29 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de

03 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 235/2010 de 05 de octubre de 2010.

Que, mediante nota AP/DJ/3751/2010 con fecha de recepción de 30 de diciembre de 2010, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 04 de enero de 2011, notificado el mismo día de emisión del citado Auto.

CONSIDERANDO:

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

1. CARGOS IMPUESTOS Y DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota de cargos AP/DJ/2345/2010 de 17 de agosto de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, impuso cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP, cuyos antecedentes e imputaciones, son los siguientes:

> "***Cargo Nº 1***
>
> *Se advierte indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP al punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de enero de 2008, respecto a las cartas que no fueron enviadas con periodicidad semestral a todos los Empleadores que generaron rezagos en el semestre reportado, a objeto de levantar registros que se mantienen en Cotizaciones en Rezagos.*
>
> ***Cargo Nº 2***
>
> *Se advierte indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP al punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de enero de 2008, respecto a las cartas que no fueron enviadas a fin de año, en los casos en los cuales no existen respuestas de los Empleadores a las notas remitidas con periodicidad semestral, a objeto de levantar los registros que se mantienen en Cotizaciones en Rezagos.*
>
> ***Cargo Nº 3***
>
> *Se advierten indicios de incumplimiento a la disposición contemplada en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al advertir que Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha procurado el grado de diligencia exigido al no realizar sus actividades con el cuidado exigible de un buen padre de familia."*

Mediante nota de descargos FUT.AP.REC. 1360/2010 de 18 de agosto de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP, presenta los siguientes descargos:

"Con la presente y en respuesta a la notificación de referencia tenemos a bien informar lo siguiente:

CARGO 1

En relación a este cargo es necesario aclarar a su Autoridad que la remisión de cartas con periodicidad semestral es realizada en base a los registros que se encuentren en rezago, para lo cual la base de aportes que se registran contablemente en la cuenta patrimonial de rezagos es dinámica en el tiempo y cambia en la medida que los registros vayan siendo solucionados con el respectivo relacionamiento y acreditación a la cuenta individual correspondiente, ya sea que la cuenta individual se encuentre en nuestra AFP o se proceda al traspaso de los rezagos a otra AFP donde se encuentra el registro.

Sin embargo nuestra Administradora, con el objetivo de obtener información complementaria por parte del Empleador, que permita aclarar y acreditar las cotizaciones en Rezago, emite como parte de sus procesos internos y de forma paralela a las notificaciones semestrales instruidas por parte de su Autoridad, notificaciones a los empleadores en un lapso de tiempo mucho menor al estipulado en la normativa actual vigente.

Asimismo producto de la fiscalización realizada, informamos que nuestra Administradora no conoce de manera formal el detalle de los casos observados que no tienen notificación remitida al empleador de forma semestral ni información del semestre al que correspondería la notificación supuestamente no enviada, por lo que no podemos presentar ningún descargo ni documentación al respecto.

CARGO 2

En relación a este cargo el punto 2.2.1. del artículo 2° de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 13 de fecha 2 de enero de 2009, establece que "En caso de no existir respuesta del Empleador las AFP deberán enviar a fin de cada año una carga informativa cuyo formato necesariamente debe estar consensuado entre las AFP y comunicado a la Intendencia de Pensiones diez (10) días hábiles administrativos previos a su entrega", al respecto comunicamos que de los casos sujetos a control por parte de su Autoridad, el Empleador respondió a las gestiones realizadas mediante cartas semestrales y cartas internas, comunicándose con nuestra Administradora y regularizando los rezagos para los cuales contaba con la correspondiente documentación. Motivo por el cual los casos detallados en la fiscalización no contaban con la remisión de esas notas.

CARGO 3

Nuestra Administradora, de acuerdo a procedimientos internos establecidos y según lo estipulado en el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en busca de la solución de los aportes en rezago de nuestro(sic) Afiliado, superando ampliamente los procesos mínimamente necesarios exigidos en la normativa vigente, no solamente remite de manera semestral las cartas de notificación a los empleadores con cotizaciones en rezago, ya que además y según se informó en los puntos anteriores, remite con una periodicidad menor a la semestral notificaciones a los empleadores que tienen cotizaciones en rezago.

Asimismo, consideramos importante aclarar que producto de una (sic) análisis interno de la evolución y solución de las cotizaciones en rezago, se ha considerado emitir cartas internas de alerta temprana, en las cuales se informa a los Empleadores sus cotizaciones en rezago de manera anterior al envío de las cartas semestrales, hecho que ha tenido un impacto favorable en la solución de los aportes en rezago y la correspondiente acreditación en cuentas individuales. Por lo que consideramos que nuestra Administradora ha ido más allá de las gestiones mínimas obligatorias externas establecidas en normativa en beneficio de nuestros afiliados y del Sistema de Pensiones en Bolivia. Para su constatación remitimos ejemplos de las notas internas remitidas."

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº 235-2010 DE 05 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 235-2010 de 05 de octubre de 2010, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió lo siguiente:

PRIMERO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos:*

a) ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N0 013 de fecha 02 de enero de 2008.*

b) ***Cargo N° 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N0 013 de fecha 02 de enero de 2008.*

c) ***Cargo N° 3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997.*

SEGUNDO.- *Se instruye a la AFP remitir en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, el detalle de todas las gestiones que habría efectuado Futuro de Bolivia S.A. AFP a la fecha, a objeto de lograr el levantamiento de los casos de rezagos señalados en el Anexo I, de la presente Resolución Administrativa."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.

En fecha 18 de noviembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 235-2010 de 05 de octubre de 2010, con los siguientes argumentos:

"ANTECEDENTES.-

Mediante nota AP/DJ/2345/2010 de fecha 17 de agosto de 2010 la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones notifica a Futuro de Bolivia S.A. AFP con

cargos referentes a la revisión de Gestiones Mínimas para levantamiento de Cotizaciones en Rezagos, imputando el siguiente cargo:

Cargo N°1

Se advierte indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP al punto 2.2.1., artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de fecha 02 de enero de 2008, respecto a las cartas que no fueron enviadas con periodicidad semestral a todos los empleadores que generan rezagos en el semestre reportado, a objeto de levantar registros que se mantienen en Cotizaciones en Rezago.

Cargo N° 2

Se advierte indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A AFP al punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de fecha 02 de enero de 2008, respecto a las cartas que no fueron enviadas a fin de año, en los casos en los cuales no existen respuestas de los empleadores a las notas remitidas con periodicidad semestral, a objeto de levantar registros que se mantienen en Cotizaciones en rezagos.

Cargo N° 3

Se advierten indicios de incumplimiento a la disposición contemplada en el artículo 142 del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al advertir que Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha procurado el grado de diligencia exigido al no realizar sus actividades con el cuidado exigible de un buen padre de familia.

Nuestra Administradora en ejercicio de la defensa de sus intereses legítimos presentó sus descargos dentro del plazo establecido por la Nota AP/DJ/2345/2010 de fecha 17 de agosto de 2010, el día 21 de septiembre de 2010 mediante Nota FUT.AP.GC. 1596/2010 de fecha 20 de septiembre de 2010, pese a no contar con el detalle de los casos observados de la muestra solicitada por su Autoridad. Es decir que en esta etapa del proceso administrativo se ha dejado a nuestra AFP en estado de indefensión, viciando claramente el procedimiento.

Posteriormente, su Autoridad consideró nuestros argumentos como insuficientes, razón por la que estableció que corresponde imponernos una sanción.

ANÁLISIS DE LOS CARGOS IMPUTADOS Y DE LAS SANCIONES IMPUESTAS.-

Con relación al Cargo N° 1

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento (sic) infracción a lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de

fecha 02 de enero de 2008, sin considerar nuestros descargos y sin tomar en cuenta lo siguiente:

a) La muestra que solicita la AFP es obtenida de la cuenta de Auxiliares Patrimoniales de FCI que corresponde a los rezagos, la misma que como se sostuvo en nuestra nota de "descargo FUT.AP.GC 1596/2010 es de carácter dinámica en el tiempo, porque la información que contiene va cambiando en la medida que los registros en rezago van siendo levantados mediante el proceso de relacionamiento y acreditación vigente en normativa.

b) La AP mediante nota de cargos AP/DJ/2345/2010 omite el detalle de los casos observados, o los motivos por los que se hubiera incumplido el envió (sic) de nota al empleador, así como también omite el detalle claro y preciso del semestre al que corresponde cada caso observado, produciendo en esta etapa del proceso administrativo un estado de indefensión que afecta nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, al no saber sobre qué casos presentar descargos documentados.

c) Según el cuadro elaborado por la AP en la nota de cargos AP/DJ/2345/2010; 126 casos cuentan con notas; 34 casos corresponden a traspasos efectuados a Previsión AFP S.A. (sic); 13 casos corresponden a Afiliados de Previsión (sic); 20 casos cuentan con los rezagos levantados; 10 casos cuentan con notas que no pudieron ser entregadas; y, 97 casos no tienen notas. Esta información que la propia AP admite, demuestra de manera automática el cumplimiento de lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de fecha 2 de enero de 2008 en el punto 2.2.1 de su artículo 2°, ya que se puede evidenciar que existió un envío de notas de manera conjunta a la entrega masiva de Estados de Cuenta Individual, por lo que la infracción sancionada mediante la ahora recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/N° 235-2010 de fecha 5 de octubre de 2010 carece del elemento esencial de la tipicidad, vulnerando también el debido proceso administrativo.

d) Por último señalar que es inadmisible que la AP argumente (sobre la base de la información de Base de Datos de Rezagos remitida por nuestra AFP mediante nota FUT.AP.REC.1538/2010 de fecha 13 de septiembre de 2010) una aceptación expresa de los cargos imputados al evidenciarse que de los 300 casos solicitados en muestra, 152 aun (sic) permanecen en rezago, olvidándose la AP que el levantamiento de los mismos no es un acto unilateral, sino que en muchos casos está supeditado al concurso necesario del empleador; y, el hecho de que aún se encuentren en rezago no implica necesariamente que esto se origine por no haber remitido la carta semestral, ya que las notas pudieron ser remitidas pero según la característica de cada caso no se haya podido dar una solución, o incluso a pesar de recibir las notificaciones el empleador pudo haber hecho caso omiso de las mismas, ya que no existe en la normativa manera de forzar a dar solución a los aportes en rezagos, prueba clara de esta afirmación es que el número de cotizaciones que permanecen en rezago y cuya causa supuestamente es la falta del envío de la nota semestral, debería ser solamente de 97 casos.

Con relación al Cargo Nº 2

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento (sic) infracción a lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de enero de 2008, sin considerar que esta infracción ya fue sancionada en el cargo 1, y además sin considerar que:

a) La AP mediante nota de cargos AP/DJ/2345/2010 omite el detalle de los casos observados, o por los que se hubiera incumplido el envió (sic) de nota a fin de año al empleador. Asimismo, tampoco queda clara cuál es la percepción que tiene el ente regulador sobre lo que implica una respuesta, ya que la misma podría ser una nota manifestando la imposibilidad de solucionar el rezago, un contacto telefónico o una visita a nuestras oficinas; no significando a nuestro entender, que la respuesta del empleador signifique necesariamente el levantamiento efectivo del rezago, por lo que por la ambigüedad que genera esto, debería ser su Autoridad, la que mediante norma expresa establezca cual es el grado de respuesta que se espera de los empleadores a efectos de aplicar de manera efectiva los alcances del punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de enero de 2008.

b) Al no quedar establecido en norma alguna cual es el grado de respuesta requerido por el ente Regulador a efectos de que las AFP procedan a la emisión de las notas de fin de año, no se podría configurar esta infracción ya que la misma en todo caso carece de tipicidad, además de vulnerar el precepto jurídico del non bis in idem, ya que su Autoridad sanciona a nuestra Administradora dos veces por la supuesta infracción a la misma normativa, sin especificar además a que casos correspondería la aplicación de la sanción.

Con relación al Cargo Nº 3

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones después del análisis de los descargos presentados resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº244469 (sic) de 17 de enero de 1997 sin embargo debe considerarse que:

a) Ratificando lo expuesto en nuestra nota de descargo FUT.AP.GC1596/2010 de fecha 20 de septiembre de 2010, debo señalar que los procesos internos que tenemos implementados con el afán de solucionar y levantar los aportes que figuran en la cuenta de Rezagos, demuestran al contrario de lo que señala su autoridad, un grado de diligencia atribuible al que exige el principio jurídico del buen padre de familia, toda vez que no solo nos limitamos al envió (sic) de notas semestrales, sino que remitimos notas mensuales y de alerta tempana (sic) que nos permiten efectuar los levantamientos de rezago en cooperación de los empleadores de manera más

eficiente. Por lo que nuevamente concluimos que Futuro de Bolivia S.A. AFP realiza dentro de sus actividades mayores gestiones a las mínimas establecidas en normativa vigente en beneficio de nuestros Afiliados y del actual Sistema de Pensiones.

CONCLUSIONES.-

De lo arriba expresado, se establece que el alcance de la sanción carece de fundamentación adecuada porque la AP no ha configurado ni demostrado la existencia de la preterintencionalidad en nuestra conducta, constituyéndose ésta, como un elemento esencial para la aplicación de lo dispuesto por el artículo 286 inciso c) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, por lo que en apego al ordenamiento normativo que rige el procedimiento sancionador en la vía administrativa aun (sic) si su Autoridad no revocase al acto administrativo recurrido, manteniendo una postura sancionatoria, consideramos que bajo ninguna circunstancia estos hechos pueden ser sancionados como infracciones.

Del análisis precedente también se desprende que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha actuado sin intencionalidad, sin causar daño a los fondos o a los beneficiarios del SSO y en general a ningún Afiliado; y en la práctica vela por una aplicación más eficiente de los procesos que permitan el levantamiento y acreditación de las Cotizaciones en Rezago de nuestros Afiliados.

Asimismo cabe concluir que la AP, ha vulnerado nuestro derecho a la defensa, al no especificar cuáles son los casos observados, adjuntando recién con la Resolución Administrativa sancionatoria ahora recurrida, un anexo con 152 casos que aun (sic) mantiene (sic) rezagos. Este accionar por parte del ente regulador, también ha incurrido al tratar de configurar un tipo de infracción, la tipicidad necesaria, ya que hasta ahora no sabemos por que (sic) casos se nos imputa la infracción…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 DE 13 DE DICIEMBRE DE 2010.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010, resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 235-2010 de 05 de octubre de 2010 con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado, cabe emitir el pronunciamiento siguiente.

Al Cargo N° 1.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, para este cargo argumenta con nota FUT.AP.GC. 1596/2010 de 20 de septiembre de 2010, que la información que maneja la Administradora

respecto a las Cotizaciones en Rezagos, es de carácter dinámico en el tiempo, por lo cual la misma es pasible de modificación en la medida que los registros van siendo levantados mediante proceso de relacionamiento y acreditación, de acuerdo a normativa vigente.

Al respecto, corresponde señalar que si bien la Base de Datos de Cotizaciones en Rezagos es dinámica, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP remitió una muestra de trescientos (300) casos, de los cuales se logró evidenciar que la AFP cumplió de manera parcial lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N^{0} 013 de fecha 02 de enero de 2008, evidenciándose casos en los cuales la AFP no realizó ninguna gestión para el levantamiento de las Cotizaciones en Rezagos.

Con respecto al cuadro expresado en los Antecedentes de la Nota de Cargos AP/DJ/2345/2010 de 17 de agosto de 2010, mismo que expresaba lo siguiente:

OBSERVACIONES	***N° Registros***	***%***
Con notas	*126*	*42,00%*
Traspasado a BBVA Previsión AFP S.A.	*34*	*11,33%*
Afiliado de la otra AFP	*13*	*4,33%*
Rezago levantado	*20*	*6,67%*
Notas no entregadas	*10*	*3,33%*
Sin notas	*97*	*32,33%*
TOTAL	***300***	***100,00%***

La AFP en su impugnación con referencia al cuadro anterior expresa que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP estaría admitiendo de manera automática el cumplimiento al punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N^{0} 013 de fecha 02 de enero de 2008, al evidenciar que el regulado, de los trescientos (300) casos remitidos en la muestra, ciento veintiséis (126) cuentan con el respaldo de las notas enviadas al Empleador. En ese sentido, con relación al razonamiento expresado por la AFP corresponde señalar que, si bien la Administradora habría dado cumplimiento de forma parcial; aún existen noventa y siete (97) casos en los cuales no se habría remitido cartas al Empleador como gestión mínima, para el levantamiento de Cotizaciones en Rezago, por lo que corresponde ratificar la sanción, para los casos sin remisión de notas.

La Administradora también argumenta en el inciso d) del Recurso de Revocatoria que el levantamiento de Rezagos no es un acto unilateral y que en varios casos se encuentran supeditados al concurso del Empleador; asimismo, señala que la existencia de algunos Rezagos no se debe necesariamente a la falta de envío de las cartas semestrales al Empleador.

En atención al argumento expresado, se recuerda a la AFP que tiene la obligación de dar cumplimiento a la normativa vigente, considerando que para aquellos casos que

no puedan ser levantados de manera automática, si bien es necesario contar con la respuesta del Empleador, el regulado tiene la obligación de remitir las cartas semestrales a éste, como gestión mínima para el levantamiento de Cotizaciones en Rezago, independientemente de la respuesta del Empleador.

Al Cargo N° 2.

Para el presente cargo Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta que esta Autoridad habría sancionado dos veces al regulado por la misma infracción en el Cargo N° 1, hecho que dista de la realidad fáctica como jurídica, en razón a que el punto 2.2.1, del artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N^{0} 013 de fecha 02 de enero de 2008, dispone en su último parágrafo, lo siguiente: "...En caso de no existir respuesta del empleador, las AFP deberán enviar a fin de cada año una carta informativa cuyo formato necesariamente debe estar consensuado entre las AFP y comunicado a la Intendencia de Pensiones diez (10) días hábiles administrativos previstos a su entrega"

En ese sentido, la normativa antes señalada es clara y concisa, ya que dispone que en el caso en que un Empleador no respondiese a las cartas que la AFP debe enviar obligatoriamente de forma semestral, infracción sancionada en el Cargo N° 1, la AFP debe enviar una carta a fin de cada año, infracción sancionada en el Cargo N° 2, hecho que al momento de la fiscalización realizada por funcionarios de esta Autoridad, no pudo evidenciarse.

Asimismo, el regulado sostiene que no existe un grado mediante el cual se pueda valorar el tipo de respuesta que el Empleador pudiese remitir a la AFP, hecho que no puede considerarse como descargo para el presente caso ya que independientemente del tipo de respuesta que el Empleador pueda dar, la AFP se encuentra obligada por normativa al envío de las notas para el levantamiento de Cotizaciones en Rezago, de forma semestral y en caso de falta de respuesta del Empleador, de forma anual.

Por lo expuesto anteriormente, corresponde ratificar la sanción impuesta al regulado.

Al Cargo N° 3.

Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta en su impugnación que los procesos internos que tiene implementados, como el envío de "otras" notas, son motivados con la finalidad de solucionar y levantar los aportes que figuran en la cuenta de Rezagos.

Al respecto, corresponde indicar que si bien la AFP realiza gestiones y procedimientos internos por iniciativa propia; sin embargo, éstas no consideran la aplicación de la norma vigente para la totalidad de la muestra remitida ya que se pudo evidenciar que el cumplimiento al punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, no fue realizado de forma íntegra, como lo exige la norma.

Por lo tanto, la AFP no actuó con un grado de diligencia similar al de un buen padre de familia, remitiendo las cartas de información, para el levantamiento de Cotizaciones en Rezago, sólo a ciertos Empleadores y no así a su totalidad conforme a norma.

Por lo expuesto anteriormente, corresponde ratificar la sanción impuesta al regulado.

CONSIDERANDO:

Que con respecto a la inexistencia de daño o perjuicio en el presente caso, esta situación ya fue evaluada por esta Autoridad al considerar que el incumplimiento evidentemente no ocasionó daño; sin embargo, se debe entender que para aplicar la sanción se tomó en cuenta los hechos imputados, los descargos presentados y la norma vigente. En ese comprendido, si bien los argumentos presentados permitieron un análisis por esta Autoridad; pero ello no significa que los hechos sancionados y sus consecuencias hayan dejado de existir necesariamente; por lo tanto, a la luz de los Principios Administrativos del Derecho Sancionador, entre ellos el de la Verdad Material, las infracciones se mantienen casi en su totalidad, por lo que corresponde ratificar parcialmente la sanción impuesta.

Que en cuanto a la falta de preterintencionalidad invocada por la recurrente se señala que, la doctrina es uniforme en su criterio, cuando ubica ***a la preterintencionalidad*** *sistemáticamente entre el dolo y la imprudencia, que genera responsabilidad objetiva, traducida en consecuencias que tal vez no fueron pretendidas por su autor, pero que si generaron algún tipo de efecto, sea positivo o negativo. La preterintencionalidad significa "más allá de la intención", tomado del término latino praeter, más allá, e intentio-onis, intención, propósito, lo que representa en primer lugar que no debe confundirse o asociarse este término con la figura del dolo propia de los delitos penales y, en segundo lugar, esta aclaración permite determinar cuál fue el espíritu del legislador al momento de incluir el término "preterintencional" en la redacción del inciso c) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469, siendo en consecuencia, evidente que la AFP al incumplir los mandatos y preceptos de disposiciones jurídicas vigentes imputadas, más allá de así quererlo, provoco una infracción de manera preterintencional cuyas consecuencias permiten adecuar su conducta (sea acción u omisión) a la calificación de sanción de gravedad leve.*

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente ha presentado fundamentos que permiten modificar parcialmente la R.A.235-2010. En consecuencia, debe confirmarse parcialmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Parcial, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la

resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…"."

*"… **RESUELVE:***

***ÚNICO.-** Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 235-2010 de 05 de octubre de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, modificándose el inciso a) de la Disposición Primera, de la siguiente manera:*

*"**PRIMERO.-** Sanciona y desestima sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos:*

*a) **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us700,00 (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de fecha 02 de enero de 2008, con respecto a noventa y siete (97) casos.*

Asimismo, con relación a doscientos tres (203) casos, se desestima la sanción de acuerdo a los fundamentos expuestos en la parte considerativa.

b) ..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 29 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 300-2010 de13 de diciembre de 2010, expresando lo siguiente:

"FUNDAMENTOS

Con relación al Cargo N° 1

a) La muestra que solicita la AFP es obtenida de la cuenta de Auxiliares Patrimoniales del FCI que corresponde a los rezagos, la misma que como se sostuvo en nuestra nota de descargo FUT.AP.GC 1596/2010 es de carácter dinámica en el tiempo, porque la información que contiene va cambiando en la medida que los registros en rezago van siendo levantados mediante el proceso de relacionamiento y acreditación vigente en normativa.
b) La AP mediante nota de cargos AP/DJ/2345/2010 de fecha 17 de agosto de 2010 omite el detalle de los casos observados, o por los que se hubiera incumplido el envió (sic) de nota al empleador, así como también omite el detalle claro y preciso del semestre al que corresponde cada caso observado, produciendo en esta etapa del proceso administrativo un estado de indefensión que afecta nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, al no saber sobre qué casos presentar descargos documentados.

Según el cuadro elaborado por la AP en la nota de cargos AP/DJ/2345/2010; 126 casos cuentan con notas; 34 casos corresponden a traspasos efectuados a Previsión AFP S.A.; 13 casos corresponden a Afiliados de Previsión; 20 casos cuentan con los rezagos levantados; 10 casos cuentan con notas que no pudieron ser entregadas; y, 97 casos no tienen notas. Esta información que la propia AP admite, infiere de manera automática el cumplimiento de lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de fecha 2 de enero de 2008 en el punto 2.2.1 de su artículo 2°, ya que si existió un envío de notas de manera conjunta a la entrega masiva de Estados de Cuenta Individual, por lo que la infracción sancionada mediante la ahora impugnada Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 300-2010 de 13 de diciembre de 2010 desestima el incumplimiento de doscientos tres (203) casos, lo que motiva una reducción en la sanción económica impuesta a nuestra AFP. A pesar de ello su Autoridad debe considerar, que dentro los noventa y siete (97) casos por los cuales se sanciona a nuestra Administradora, existen casos correspondientes a aportes en rezago que fueron pagados por el empleador en mora, de forma posterior a la emisión y envío de la carta de notificación de rezago semestral por parte de nuestra Administradora realizada de manera conjunta con la entrega masiva de Estados de Cuenta Individual, motivo por (sic) aplica el cumplimiento a lo estipulado en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de enero de 2008.

Con relación al Cargo Nº 2

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por incumplimiento (sic) infracción a lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de enero de 2008, sin considerar que esta infracción ya fue sancionada en el cargo 1, y además sin considerar que:

a) *La AP mediante nota de cargos AP/DJ/2345/2010 omite el detalle de los casos observados, o por los que se hubiera incumplido el envió (sic) de nota a fin de año al empleador, omisión que se mantiene hasta la fecha ya que aun (sic) ese detalle no es de nuestro conocimiento, por lo que en ninguna etapa del proceso sancionatorio se han podido presentar los descargo (sic) documentados.*
b) *Sin embargo y tomando en cuenta la disposición única de la parte resolutiva de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010, se tiene una desestimación sobre doscientos tres (203) casos, hecho que necesariamente debe tomarse en consideración para la aplicación de la sanción económica a nuestra AFP, por este cargo.*

Con relación al Cargo Nº 3

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones después del análisis de los descargos presentados resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos

equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 244469 (sic) de 17 de enero de 1997 sin embargo debe considerarse que:

a) *Ratificando lo expuesto en nuestra nota de descargo FUT.AP.GC1596/2010 de fecha 20 de septiembre de 2010, debemos señalar que los procesos internos que tenemos implementados con el afán de solucionar y levantar los aportes que figuran en la cuenta de Rezagos, demuestran al contrario de lo que señala su autoridad, un grado de diligencia atribuible al que exige el principio jurídico del buen padre de familia, toda vez que no solo (sic) nos limitamos al envió (sic) de notas semestrales, sino que remitimos notas mensuales y de alerta temprana que nos permiten efectuar los levantamientos de rezago en cooperación de los empleadores de manera más eficiente, lo que a la fecha ha permitido solucionar el 86% de los aportes en rezago que figuraban en la muestra sujeta a fiscalización, quedando pendientes de solución solamente un 14%, para verificar lo señalado remitimos el detalle en Anexo. Adicionalmente, es pertinente considerar que la solución de rezagos está condicionada a que el Empleador pueda proporcionar a las AFP documentación de respaldo que permita la solución del rezago a partir de la afiliación de su dependiente o del levantamiento del aporte en rezago a través del Formulario de Solicitud de Acreditación de Cotizaciones en Rezago (FOSACRE). Por lo que nuevamente concluimos que Futuro de Bolivia S.A. AFP realiza dentro de sus actividades mayores gestiones a las mínimas establecidas en normativa vigente en beneficio de nuestros Afiliados y del actual Sistema de Pensiones conduciéndose en cuanto a sus actividades con la diligencia exigida a un buen padre de familia.*

CONCLUSIONES.-

Del análisis precedente también se desprende que Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha actuado sin intencionalidad sin causar daño a los fondos, a los beneficios del SSO y en general a ningún Afiliado; y en la práctica vela por una aplicación más eficiente de los procesos que permitan el levantamiento y acreditación de las Cotizaciones en Rezago de nuestros Afiliados.

Asimismo es imperioso poner de relieve que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones AP, ha vulnerado nuestro derecho a la legítima defensa, al no especificar cuáles son los casos observados en su nota de Cargos AP/DJ/2345/2010 de fecha 17 de agosto de 2010, adjuntando recién con la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 235-2010 de 05 de octubre de 2010, un anexo con 152 casos en los que solamente se destaca que aun (sic) mantienen rezagos, por lo que también omite el detalle de sí estos corresponden a casos no notificados, o que fueron notificados y no tienen respuesta del empleador. De esa relación de sucesos se desprende que no existe congruencia con los hechos reales vulnerándose el principio de Verdad Material consagrado en el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Situación confirmada con la desestimación de cargos efectuada mediante la disposición única de la parte resolutiva de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°

300-2010 de 13 de diciembre de 2010, a doscientos tres (203) casos de los trescientos (300) fiscalizados."

CONSIDERANDO:

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

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

1. CON RELACIÓN A LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS PARA CADA IMPUTACIÓN.-

1.1 Con relación al cargo Nº 1.-

Se tiene que en el inciso a) del artículo Primero de la Resolución Administrativa AP/DJ/DCP/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP *con una multa en Bolivianos equivalente a $us700.00 (SETECIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2 , de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de enero de 2008, con respecto a noventa y siete (97) casos. Asimismo, se desestimó sanción con relación a doscientos tres (203) casos.*

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico informó que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones –AP, mediante nota de cargos AP/DJ/2345/2010 de fecha 17 de agosto de 2010 omitió el detalle de los casos observados, o por los que se hubiera incumplido el envío de nota al empleador, así como también omite el detalle claro y preciso del semestre al que corresponde cada caso observado, produciendo un estado de indefensión al no saber sobre qué casos presentar descargos documentados, siendo que la muestra solicitada para la fiscalización es de carácter dinámico en el tiempo y los rezagos van siendo levantados.

Asimismo, la AFP informó que dentro de los noventa y siete (97) casos por los cuales se le sanciona, existen casos correspondientes a aportes en rezago que fueron pagados por el empleador en mora, de forma posterior a la emisión y envío de la carta de notificación de rezago semestral por parte de la Administradora, realizada de manera conjunta con la entrega masiva de Estados de Cuenta Individual.

Lo mencionado por la AFP resulta ser incongruente ya que inicialmente indica que no tiene conocimiento del detalle de los casos sancionados, sin embargo, en forma posterior afirma que dentro de los noventa y siente (97) casos sancionados, algunos fueron pagados en

forma posterior por el empleador en mora, dando a entender que la AFP tiene conocimiento de los casos que fueron sancionados mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010.

Sin embargo, es evidente que ni la nota de cargos AP/DJ/2345/2010 de 17 de agosto de 2010, ni las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, no establecen los casos específicos en los cuales habría existido incumplimiento por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP, si bien en los antecedentes detalla un cuadro general de los resultados obtenidos en la fiscalización, no menciona los casos que no cuentan con notas semestrales, ni el semestre en el que debieron realizar las gestiones.

Asimismo, tal como se establece en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nª 235-2010 de 05 de octubre de 2010, si bien la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, mediante nota AP/DPC/CO/1745/2009 de 14 de diciembre de 2009, instruyó a la AFP otorgar permiso para la fiscalización y remitió el detalle de los trescientos (300) casos mediante correo electrónico a dos funcionarios de la AFP, en dicho detalle la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP establece el total de la muestra y no así los casos observados y sancionados o desestimados, lo cual no da oportunidad a la AFP a remitir descargos documentados respecto a las gestiones realizadas.

1.2. Con relación al cargo Nº 2.-

Mediante el inciso b) del artículo Primero de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 235-2010 de 05 de octubre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000.00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el punto 2.2.1, artículo 2, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de enero de 2008*, la cual fue confirmada por la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010.

Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta en su Recurso Jerárquico que esta infracción ya fue sancionada en el Cargo Nº 1 y considerando que la nota de cargos AP/DJ/2345/2010 omite el detalle de los casos observados, o por los que se hubiera incumplido el envío de nota a fin de año al empleador, omisión que se mantiene hasta la fecha, en ninguna etapa del proceso sancionatorio se han podido presentar los descargos documentados; asimismo, indica que la desestimación de doscientos tres (203) casos mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010, debe tomarse en consideración para la aplicación de la sanción económica para este cargo.

Es evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP en ninguna etapa del proceso estableció ni los casos, ni el periodo por los cuales se habría sancionado en cuanto a la falta de envío de las cartas a los empleadores a fin de año, evitando de esta manera que la AFP pueda presentar los descargos respectivos.

Sin embargo, con relación a que para este cargo deberían considerarse los doscientos tres (203) casos desestimados mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010, dicha aseveración no corresponde, ya que esta desestimación se relaciona al envío de notas semestrales a los empleadores y no así al envío de las notas a fin de cada año, en el evento de no contar con respuesta del empleador, objeto de éste cargo.

1.3. Con relación al cargo Nº 3.-

Se tiene que en el inciso c) del artículo Primero de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 235-2010 de 05 de octubre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP *con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000.00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997*. La cual fue confirmada por la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 300-2010 de 13 de diciembre de 2010.

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP indica en su Recurso Jerárquico que los procesos internos implementados con el afán de solucionar y levantar los aportes que figuran en la cuenta de rezagos, no sólo se limitan al envío de notas semestrales, sino que remiten notas mensuales de alerta temprana que permiten efectuar los levantamientos en rezagos en cooperación con los empleadores de manera más eficiente y que la solución de rezagos, está condicionada a que el Empleador pueda proporcionar a las AFP documentación de respaldo, demostrando que realiza mayores gestiones a las mínimas establecidas en normativa vigente en beneficio de sus Afiliados y el actual Sistema de Pensiones.

Si bien la AFP realiza gestiones adicionales, mínimamente debió cumplir con el envío de las notas semestrales y en caso de no obtener respuesta por parte del Empleador, remitir las notas a fin de cada año, sin embargo, en la fiscalización realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP ha evidenciado que en algunos casos no cumplió con la notificación a los empleadores de manera semestral ni remitió la nota a fin de año.

Con relación a lo mencionado por la AFP respecto a que el levantamiento de rezago se encuentra supeditado a que el empleador proporcione documentación de respaldo, dicha aseveración no es la correcta ya que la AFP tiene la obligación de realizar las gestiones mínimas establecidas en normativa vigente, para la totalidad de los casos que cuentan con estas características, independientemente a la respuesta o no del Empleador.

2. SOBRE EL PRINCIPIO DE SOMETIMIENTO PLENO A LA LEY Y EL ALCANCE JURÍDICO DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.-

Es obligación de la Autoridad Fiscalizadora regirse por los principios del procedimiento administrativo, conforme lo prevé el artículo 4 inciso c) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Asimismo, es obligación de la Autoridad Fiscalizadora, garantizar en todo momento el debido proceso, por el cual el regulado tendrá conocimiento pleno de sus derechos y obligaciones dentro de todo procedimiento administrativo que se le esté iniciando.

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

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

> *"La notificación de cargos es el acto jurídico - administrativo por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas por ésta, con la finalidad que pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa presentando toda la prueba pertinente así como formular las alegaciones correspondientes respecto de los cargos atribuidos.*
>
> *La notificación de cargos, como acto jurídico - administrativo, además de los requisitos de validez y forma que exige la Ley y las normas reglamentarias, necesariamente, debe contener la mención de todas y cada una de las infracciones específicas atribuidas a la persona; puesto que de ello derivará o dependerá la resolución definitiva dictada por la autoridad..".*

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

En el caso de autos, y conforme se evidenció del numeral anterior del presente Considerando, tenemos que tanto la notificación de cargos, como las Resoluciones administrativas sancionatoria y aquella que resuelve el Recurso de Revocatoria, no presentan un detalle de casos, cual en derecho hubiera correspondido.

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

Caso contrario y como sucedió en el presente caso, se está afectando el debido proceso, dando lugar a la indefensión del regulado, por lo que se hace necesario reponer obrados

para restaurar el debido proceso administrativo, que garantice la correcta aplicación del ordenamiento jurídico administrativo y permita el irrestricto derecho a la defensa del regulado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el proceso administrativo hasta la emisión de nota de cargos AP/DJ/2345/2010 de 17 de agosto de 2010 **inclusive**, debiendo emitirse nueva nota de cargo conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

JANETH JIMENA PRADO CRESPO
FELIPE EDGAR ALIAGA MACHICADO
SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN "SERPREC LTDA."

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 1079/2010 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2010
ASFI Nº 1082/2010 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2010

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 028/2011 DE 27 DE MAYO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011

La Paz, 27 de mayo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Janeth Jimena Prado Crespo,** contra la Resolución ASFI Nº 1082/2010 de 24 de diciembre de 2010.

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Felipe Edgar Aliaga Machicado,** contra la Resolución Administrativa ASFI 1079/2010 de 24 de diciembre de 2010.

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao, contra las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 1079/2010 y ASFI Nº 1082/2010 ambas de 24 de diciembre de 2010, todas ellas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 043 de 9 de mayo de 2011, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 007 de 31 de marzo de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 17 de enero de 2011 **Janeth Jimena Prado Crespo,** por sí interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI Nº 1082/2010 de 24 de diciembre de 2010

Que, por memorial presentado el 17 de enero de 2011 **Felipe Edgar Aliaga Machicado,** por sí interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 1079/2010 de 24 de diciembre de 2010,

Que, por memoriales presentados el 18 de enero de 2011 **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 103/2008 de 31 de enero de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera clase Nº 3 del Distrito Judicial de Cochabamba a cargo de la Dr. Ramiro Villarroel, interpone Recursos Jerárquicos contra las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 1079/2010 y ASFI Nº 1082/2010 ambas de 24 de diciembre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión y Acumulación de fecha 24 de enero de 2011, se admitió los Recursos Jerárquicos presentados por **Janeth Jimena Prado Crespo, Felipe Edgar Aliaga Machicado, y Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** mismo que fue notificado a los recurrentes el 26 y 27 de enero de 2011.

Que, el 31 de marzo de 2011, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN LTDA. "SERPREC LTDA.**"

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS Y DESCARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante notas ASFI/DSR I/R-86673/2010 y ASFI/DSR I/R-86675/2010, ambas de fecha de 27 de agosto de 2010 notificó a Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado con los cargos por los supuestos incumplimientos:

- Incumplimiento al Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, porque no habría advertido al Directorio del Banco Económico S.A. en su condición de auditor interno, sobre el incumplimiento a los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio, Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por la entidad a tiempo de cobrar el cheque intransferible Nº 05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico S.A. en fecha 24 de septiembre de 2004.

- Incumplimiento al inciso j) Artículo 7 Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque no habría evaluado el incumplimiento a los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio, Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por la entidad a tiempo de cobrar el cheque intransferible N° 05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico S.A. en fecha 24 de septiembre de 2004.

- Incumplimiento al inciso b), Artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN-083 de 5 de agosto de 2008 y AIN-051 de 15 de mayo de 2009, y no habría observado los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de cobrar el cheque intransferible N° 05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico en fecha 24 de septiembre de 2004.

Para que en un plazo no mayor a 7 días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de recepción, presente sus correspondientes descargos.

En fecha 6 de septiembre de 2010 Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado presentan memoriales de descargo alegando lo siguiente:

Las infracciones de las cuales se nos acusan estarían prescritas de acuerdo a la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 y su auto complementario vulnerando así el principio de legalidad y razonabilidad.

Que, a su vez el ente regulador hubiera cometido una serie de errores en la emisión de las notas ASFI/DSRI/ R-86675/2010, así como ASFI/DSR I /R-866765/2010, ambas de 27 de agosto de 2010 por lo que las mismas deben ser declaradas nulas por haber prescindo total y absolutamente del procedimiento administrativo por lo que se interpone Recurso de Revocatoria contra la Notificación de cargos que a su vez la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero previamente se deberá pronunciar en relación al Incidente de Incompetencia debido a que ésta estaría actuando sin competencia.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°931/2010 DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N°931/2010 de 5 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a Felipe Aliaga Machicado en su condición de Auditor Interno del Banco Económico S.A. con la sanción administrativa de multa de una vez (sic) su remuneración mensual percibida, por los siguientes incumplimientos:*

I. *Incumplimiento al artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), porque no habría advertido al Directorio del Banco Económico S.A. en su condición de auditor interno, sobre el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, incurrido por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico S.A. en fecha 24 de septiembre de 2004.*

II. *Incumplimiento al inciso j) artículo 7 Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque no habría evaluado el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 señalado precedentemente.*

III. *Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, referidos a los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 a favor de la empresa SERPREC Ltda.*

SEGUNDO.- *La multa pecuniaria impuesta deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N°4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en el plazo máximo de 10 días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución, debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión en los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta.*

TERCERO.- *Notificar con la presente Resolución al Representante Legal de la empresa SERPREC Ltda., en calidad de tercer interesado.*

CUARTO.- *En cumplimiento con el artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Económico S.A., en la Primera Sesión a realizarse después de la Notificación con la presente Resolución, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copia de la correspondiente Acta con las determinaciones adoptadas."*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°932/2010 DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N°932/2010 de 5 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"PRIMERO.- *Sancionar a Jimena Prado Crespo en su condición de Auditora Interna (sic) del Banco Económico S.A. con la sanción administrativa de multa de una vez su remuneración mensual percibida, por los siguientes incumplimientos:*

I. *Incumplimiento al artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), porque no habría advertido al Directorio del Banco Económico S.A. en su condición de auditor interno, sobre el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, incurrido por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico S.A. en fecha 24 de septiembre de 2004.*

II. *Incumplimiento al inciso j) artículo 7 Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque no habría evaluado el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 señalado precedentemente.*

III. *Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, referidos a los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 a favor de la empresa SERPREC Ltda.*

SEGUNDO.- *La multa pecuniaria impuesta deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N°4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en el plazo máximo de 10 días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución, debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión en los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta.*

TERCERO.- *Notificar con la presente Resolución al Representante Legal de la empresa SERPREC Ltda., en calidad de tercer interesado.*

CUARTO.- *En cumplimiento con el artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Económico S.A., en la Primera Sesión a realizarse después de la Notificación con la presente Resolución, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copia de la correspondiente Acta con las determinaciones adoptadas."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 21 de diciembre de 2010, **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao presentó dos Recursos de Revocatoria contra las Resoluciones Administrativas ASFI N°931/2010 y ASFI N°932/2010, ambas de 5 de noviembre de 2010, argumentando lo siguiente:

Que, en el presente caso la sanción impuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a los auditores es por demás desproporcionada, debiendo el ente regulador imponer una sanción de inhabilitación permanente a los auditores para desempeñar cualquier función en el Sistema Financiero. Esto debido a la omisión deliberada con la que hubieran actuado los auditores respecto al incumplimiento del Banco Económico S.A de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque.

Que, en fecha 4 de enero de 2011 Felipe Edgar Aliaga Machicado y Janeth Jimena Prado Crespo contestan a los Recursos de Revocatoria presentados por Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA." contra las Resoluciones Administrativas ASFI Nº931/2010, ASFI Nº932/2010 ambas de fecha 5 de noviembre de 2010, argumentando lo siguiente:

En el presente caso al no haber intencionalidad, ni dolo no se debió imponer la sanción de multa de un mes de remuneración debido a que la misma daña el sustento familiar, asimismo refiere que no existiría ningún perjuicio para SERPREC LTDA., en cuanto a la emisión del informe de auditoría por tanto no correspondería aplicar la sanción de inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el Sistema Financiero, por lo que, solicitan rechazar y desestimar los argumentos de Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº1079/2010 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº1079/2010 de 24 de diciembre de 2010 se resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº931/2010 de 5 noviembre de 2010.

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente y el tercer interesado, los antecedentes y las normas legales sectoriales se establece:

1) <u>Respecto al error de Apreciación de los Hechos y en la Valoración de las Pruebas de Descargo</u>, el recurrente alega que: "ASFI no valoró las pruebas ni consideró que en cuanto a la opinión, interpretación, evaluación y cumplimiento de las normas legales los Auditores Internos (por su profesión) se basaron en la opinión técnico-legal del abogado Hugo Romero Espada, por lo que se considera que se habría realizado el trabajo de evaluación de Normas, Contratos de Asociación Accidental y Poderes en base a opiniones legales de expertos (NIA-620-USO DEL TRABAJO DE EXPERTO)".

Que, el artículo 2, Sección 5, Capítulo II: REGLAMENTO DE CONTROL INTERNO Y AUDITORES INTERNOS, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece la siguiente definición ***"a) Auditoría Interna:*** *La auditoría interna* ***es una actividad independiente y objetiva de control eficiente y consulta,*** *concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una entidad de intermediación financiera o de una empresa*

de servicios auxiliares financieros, aportando un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorarla eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno, para cumplir sus objetivos."

Que, el artículo 4, Sección 6, Capítulo II de la norma citada ***(Requisitos para ser auditor interno)*** *determina que: "El auditor interno deberá tener solvencia moral, conocimientos y experiencia apropiados para la función que desarrolla dicha unidad, debiendo reunir los siguientes requisitos mínimos: (…)c)* ***Acreditar conocimiento de leyes, reglamentos, reglamentos emitidos por la SBEF, normas tributarias, Normas Internacionales de Contabilidad (NICs), Normas de Auditoria Generalmente Aceptadas (NAGAs) y Normas Internacionales de Auditoria (NIAs).***

Que, el inciso j) del artículo 7 de la Sección 6, Capítulo II, Título IV, de la norma señalada establece que: "Los auditores de las entidades de intermediación financiera deben evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera, que incluye el cumplimiento de: La Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Normativa y disposiciones vigentes, Disposiciones emitidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Regulación emitida por otros organismos de regulación, supervisión y control y políticas, manuales, procedimientos y demás normas internas".

Que, el Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) señala que: ***"Los auditores internos advertirán al Directorio u Órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales".***

Que, concordante con la norma precedentemente citada, el artículo 6, Sección 6, Capítulo II del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras menciona que, es responsabilidad del Auditor Interno: "informar inmediatamente y directamente al Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia y al Directorio, según corresponda, de manera simultánea, los resultados de su trabajo, en los cuales se hayan encontrado hechos importantes que impliquen o requieran una acción inmediata para su corrección o prevención"

Que, el artículo 2, Sección 8, Capítulo II de la citada norma determina que los Informes de Auditoría deberán contener, por lo menos, la siguiente información:

"a) *Motivo de la realización del informe, indicando según corresponda la referencia a las actividades programadas o no programadas al órgano que lo solicitó, o de ser el caso, referirse a la información de hechos significativos. (...).*

d) Evaluación de la situación de la actividad u operación a la fecha del informe, identificando los riesgos detectados y su impacto en la entidad de intermediación financiera, así como la evaluación de los procedimientos y los controles utilizados.

e) Medidas correctivas recomendadas y/o adoptadas para subsanar los problemas o deficiencias identificadas, según corresponda.(...)"

Que, el punto 2 (Introducción) de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA 620 -Trabajo de un Experto-) prevén que: "Cuando use el trabajo desempeñado por un experto, el Auditor deberá obtener suficiente evidencia apropiada de auditoría de que dicho trabajo es adecuado para los fines de la auditoría."

Que, el numeral 12 de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA 620) determinan que: "Si los resultados del trabajo del experto no proporcionan suficiente evidencia apropiada de auditoría o si los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor debería resolver el asunto"

Que, de la interpretación lógica y sistemática de la normativa transcrita se infiere que si bien las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) prevén la utilización excepcional del trabajo de un experto, cuando el Auditor no tenga pericia en un tema determinado, no debe olvidarse que también esta misma norma obliga al Auditor Interno a obtener suficiente evidencia de que el trabajo del experto es adecuado al fin solicitado y, más aún cuando encuentre que los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor debe resolver el asunto inclusive apartándose de la opinión del experto.

A)** Que, por la razón anotada el Auditor Interno, Felipe Aliaga Machicado, no puede pretender exonerarse de responsabilidad arguyendo haber apoyado la emisión de los Informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 en la opinión legal del abogado Hugo Romero Espada, cuando el propio Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, artículo 2, Sección 5, Capítulo II (Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) establece que para ser auditor interno además de la solvencia moral, conocimientos y experiencia **se debe <u>acreditar conocimiento</u> de leyes, reglamentos emitidos por ASFI, NICs, NAGAs y NIAs.

Que, en consecuencia ningún Auditor Interno puede aludir el desconocimiento de la normativa, y menos aún, cuando parte de sus funciones radica precisamente en advertir al Directorio u Órgano equivalente de la entidad financiera sobre el cumplimiento de las normas y disposiciones legales.

***B)** Que, en este sentido ASFI, contrario sensu lo aseverado por los recurrentes, ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada por el Auditor Interno, como se desprende del Análisis de Descargos contenido en la página 11 a 15 de la Resolución ASFI N°931/2010 de 5 de noviembre de 2010, que arribó a las siguientes conclusiones:*

i) El Informe de Auditoría Interna AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008, emitido a requerimiento de la Gerencia General del Banco Económico S.A., describe el procedimiento operativo seguido para el pago del cheque N° 05079-9, más no evalúa, ni concluye si dicho procedimiento fue correcto o incumplió la normativa contenida en el

Código de Comercio, Ley de Bancos y Reglamento del Cheque, limitándose a mencionar que fue cobrado por el Representante legal y asociado accidental, Jaime Enrique Quiroga; que la pretensión de Guillermo Mayori Machicao no es correcta ni legal por cuanto SERPREC cobró el cheque a través de su apoderado; y finalmente que la cobranza de un cheque intransferible puede realizarse a través de Cámara Electrónica de Compensación. Sin embargo, recomienda que a futuro se elabore una normativa interna específica debido a que el cheque enviado en cobranza a Cámara de Compensación vía cajas, no es usual.

ii) El Informe de Auditoría Interna AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, emitido a requerimiento de ASFI para verificar el cumplimiento de la Normativa y Reglamentación así como el cumplimiento de los procedimientos internos aplicados para el pago del cheque intransferible N°05079-9, no se pronuncia sobre las notorias infracciones a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, contravenidos por el Banco en el procesamiento del cheque, situación que no fue advertida al Directorio del Banco, evidenciándose más bien que sus conclusiones están dirigidas a establecer que el cheque fue correctamente cancelado al haberse aplicado razonablemente procedimientos rutinarios internos.

Lo expuesto demuestra que ASFI valoró en su integridad con racionalidad y sana crítica las pruebas de descargo presentadas por los recurrentes.

2. <u>Con respecto a la Inexistencia de contradicción en los Informes de Auditoría</u> se alega que: "no existe contradicción de criterio entre los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 ya que al tener diferentes ámbitos y alcances, los componentes o conclusiones no pueden ser iguales, y tampoco contradictorios".

Que, respecto a este punto el Informe/ASFI/DSR I/R-130041/2010 de 9 de diciembre de 2010 en función a los descargos y argumentos presentados por los Auditores Internos, ha llegado a las siguientes conclusiones:

a) *Los informes de auditoría Interna del Banco Económico S.A. AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, no observaron el incumplimiento a lo dispuesto por los artículos 603 y 626 del Código de Comercio y por los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N°081/2001 y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, originado en un error operativo del Banco, y por lo tanto, no advirtieron al Directorio que al insertar en el cheque intransferible N°05079-9 un número de cuenta erróneo (3054-091223), para que sea abonado en ésta, se invalidó el título valor por lo que no correspondía su posterior cobranza en Cámara de Compensación.*
b) *La evaluación efectuada en los informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, no reportan los incumplimientos de los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, ni de los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades*

Financieras en el proceso de pago del cheque N°05079-9.

c) *Los funcionarios de la Unidad de Auditoría Interna del Banco Económico S.A., Jimena Prado Crespo y Felipe Aliaga Machicado, emitieron* ***dos informes sobre un mismo hecho*** *con conclusiones y recomendaciones contradictorias, el informe AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008, en la parte de recomendaciones señala que el proceso de cobranza del cheque N°05079-9 (cheque fiscal e intransferible)* ***"no es usual y por tanto se recomienda que a futuro se elabore una normativa interna específica para dicho proceso"*** *en tanto que el informe AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, concluye que: "El Banco Económico* ***aplicó razonablemente procedimientos rutinarios internos*** *que a esa fecha se encontraban establecidos por la organización".*

Por lo tanto, los auditores opinaron contradictoriamente respecto a la razonabilidad de los procesos aplicados por el Banco para el pago del Cheque N°05079-9 (cheque fiscal e intransferible), incumpliendo con lo establecido por el inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en lo relativo a que los auditores de las entidades de intermediación financiera deben evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera.

3. <u>Con respecto al Principio de Presunción de Inocencia</u>, el recurrente arguye que: "el inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que se menciona como incumplido, no determina en ninguna de sus partes que la emisión de criterios contradictorios constituya una infracción, por lo que ASFI al haber incorporado en la Resolución ASFI N°931/2010 un elemento no Tipificado ha vulnerado lo establecido en el artículo 73 de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo "

Que, respecto a este argumento, efectivamente y como el recurrente lo menciona, en ninguna de las partes del inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se determina que la emisión de informes contradictorios constituyan una infracción, porque definitivamente ASFI no aplicó dicha disposición para sancionar la emisión de criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, como puede apreciarse en el numeral III) (página 17) de la Resolución ASFI N°931 de 5 de noviembre de 2010, que textualmente expresa: ***"Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras,*** *porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, referidos a los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 a favor de la empresa SERPREC LTDA". (El resaltado es nuestro).*

Que, el inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por cuyo incumplimiento se impuso la sanción, describe la obligación de los Auditores internos de: "cumplir con sus funciones y objetivos, de modo oportuno, independiente y eficiente, en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el Código de Ética del Auditor, internacionalmente aplicables", situación que el caso de examen no se dio por cuanto se verificó que los informes de auditoría, tantas veces mencionados, fueron emitidos alejados de los criterios rectores.

4. <u>Con respecto al Principio de Presunción de Inocencia</u> alega asimismo que: "Con relación a los tres (3) cargos se tiene que los mismos no se encuentran plenamente demostrados, máxime si la propia ASFI ha dejado establecido en el informe ASFI/DSRI/R-79617/2010, página 18, que: 'Las observaciones efectuados por SERPREC hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de Auditoría presumiblemente con la finalidad de favorecer al Banco <u>cuya intencionalidad no puede ser probada</u>", por lo que al no existir una racional convicción de culpabilidad y menos dolo debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341, porque los Auditores en la emisión de los informes han actuado de buena fe y apoyados en la opinión de profesionales llamados a interpretar las normas, como lo determinan las Normas Generales de Auditoría (NAGAs) y las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs)".

Que, evidentemente, el informe ASFI/DSR I/R-79617/2010 de 10 de agosto de 2010, en la página 20, y no en la 18 citada por el recurrente, concluye que: "Las observaciones efectuadas por parte de SERPREC, hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de Auditoría presumiblemente con la finalidad de favorecer al banco, cuya intencionalidad no puede ser probada"

Que, a este respecto debe considerarse que se trata de dos situaciones diferentes:

- *Una, la denuncia de SERPREC LTDA. referida a la intencionalidad, concebida como la actuación dolosa de los auditores para favorecer al Banco, la que de haberse verificado hubiere dado lugar a la aplicación del artículo 99 in fine de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), que impone a ASFI el deber de remitir antecedentes al Ministerio Público cuando los actos puedan tipificar la comisión de un delito, situación que no aconteció por cuanto no se probó la intencionalidad.*
- *La otra, referida al incumplimiento de la normativa regulatoria del sector denunciada por SERPREC LTDA. por incumplimiento a la imparcialidad y objetividad de Auditoría Interna del Banco Económico S.A., hechos de los que ASFI sí formó plena convicción dando lugar a que se emitan las resoluciones sancionatorias, ahora impugnadas.*

Que, lo expuesto lleva a concluir que al no haber existido duda razonable en sede administrativa en cuanto a infracción de las normas regulatorias, ASFI no podría haber aplicado el principio de presunción de inocencia.

5.- <u>Finalmente y respecto al Principio de Proporcionalidad</u> se argumenta que: "En observancia del principio de proporcionalidad y habiendo ASFI reconocido que no existe reincidencia ni se ha ocasionado perjuicios, no corresponde la drástica sanción de multa pecuniaria de un mes de salario".

Que, con carácter previo conviene referirse a los conceptos que sobre el tema ha elaborado la doctrina (SARMIENTO Ramírez, Daniel, "El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo", Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 198, Bogotá, 2007): "El principio de proporcionalidad es un principio inherente al Estado de Derecho, derivable de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Justamente por razón de su contenido resulta trascendente en el Derecho sancionador administrativo, toda vez que lo normal es que éste regule las sanciones de forma flexible, es decir, otorgando cierto margen de apreciación a la Administración para la graduación de la sanción. Dicho derecho implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. ***El juicio de proporcionalidad -debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual.*** *A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa".*

Que, de igual manera la extinta Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 ha sentado el siguiente precedente: "Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado, y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados, y c) La reincidencia en la comisión".

Que, el artículo 1 de la Sección 9, Capítulo II, Título IV Reglamento de Control Interno y Auditores Internos determina: ***Sanciones.-*** *El incumplimiento de lo dispuesto en el presente reglamento conlleva a sanciones según lo dispuesto en el Capítulo II, Título VIII de la LBEF y Reglamento de Sanciones Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Los auditores internos que en el cumplimiento de sus funciones, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas con relación a la entidad de intermediación financiera, al BCB, a la SBEF, a la SPVS y a la Superintendencia General del SIREFI, serán sancionados conforme se establece en el artículo 100 de la LBEF y el Reglamento de Sanciones Administrativas de la SBEF, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar"

Que, por su parte el artículo 100 del Capítulo II (Contravenciones, Infracciones y Sanciones) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488, Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001, determina que: "Los auditores internos y externos (...) de las entidades de intermediación financiera (...) que en el cumplimiento de sus funciones para las cuales han sido contratados, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas (...) serán sancionados por la Superintendencia respectiva de acuerdo a la presente ley y sus normas reglamentarias, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por Ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar"

Que, aplicando el razonamiento de la doctrina, de la jurisprudencia y el contenido de las normas citadas se tiene que para la imposición y graduación de las sanciones debe atenderse no sólo la gravedad de los hechos cometidos, en razón a posibles riesgos creados, sino también a la ausencia de reincidencia o habitualidad.

Que, en el caso de examen se han aplicado todos los criterios de graduación recogidos del texto del Reglamento de Sanciones Administrativas (artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Título XIII -Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) que textualmente determina: ***"Artículo*** *1º - Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el Superintendente tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años. Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos o infracciones cometidas*".

Que, bajo dichas consideraciones y al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por Felipe Aliaga Machicado, se aplicó la sanción de multa mínima, ***equivalente a una (1) remuneración mensual,*** *de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta,* ***hasta*** ***por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor*** *(...)", con ello ASFI cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina que: "las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, (...) se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", y cumplió también con la exigencia del principio de proporcionalidad, es decir aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad(….)"*

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°1082/2010 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010 se resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°932/2010 de 5 noviembre de 2010.

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por la recurrente y el tercer interesado, los antecedentes y las normas legales sectoriales se establece:

1) <u>Respecto al error de Apreciación de los Hechos y en la Valoración de las Pruebas de Descargo</u>, la recurrente alega que: "ASFI no valoró las pruebas ni consideró que en cuanto a la opinión, interpretación, evaluación y cumplimiento de las normas legales los Auditores Internos (por su profesión) se basaron en la opinión técnico-legal del abogado Hugo Romero Espada, por lo que se considera que se habría realizado el trabajo de evaluación de Normas, Contratos de Asociación Accidental y Poderes en base a opiniones legales de expertos (NIA-620-USO DEL TRABAJO DE EXPERTO)"

Que, el artículo 2, Sección 5, Capítulo II: REGLAMENTO DE CONTROL INTERNO Y AUDITORES INTERNOS, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece la siguiente definición ***"a) Auditoría Interna:*** *La auditoría interna* ***es una actividad independiente y objetiva de control eficiente y consulta,*** *concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una entidad de intermediación financiera o de una empresa de servicios auxiliares financieros, aportando un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno, para cumplir sus objetivos."*

Que, el artículo 4, Sección 6, Capítulo II de la norma citada ***(Requisitos para ser auditor interno)*** *determina que: "El auditor interno deberá tener solvencia moral, conocimientos y experiencia apropiados para la función que desarrolla dicha unidad, debiendo reunir los siguientes requisitos mínimos: (...) c)* ***Acreditar conocimiento de leyes, reglamentos, reglamentos emitidos por la SBEF, normas tributarias, Normas Internacionales de Contabilidad (NICs), Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs) y Normas Internacionales de Auditoría (NIAs).***

Que, el inciso j) del artículo 7 de la Sección 6, Capítulo II, Título IV, de la norma señalada establece que: "Los auditores de las entidades de intermediación financiera deben evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera, que incluye el cumplimiento de: La Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Normativa y disposiciones vigentes, Disposiciones emitidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Regulación emitida por otros organismos de regulación, supervisión y control y políticas, manuales, procedimientos y demás normas internas".

Que, el Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) señala que ***"Los auditores internos advertirán al Directorio u Órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales".***

Que, concordante con la norma precedentemente citada, el artículo 6, Sección 6, Capítulo II del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras menciona que, es responsabilidad del Auditor Interno: "informar inmediatamente y directamente al Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia y al Directorio, según corresponda, de manera simultánea, los resultados de su trabajo, en los cuales se hayan encontrado hechos importantes que impliquen o requieran una acción inmediata para su corrección o prevención".

Qué, el artículo 2, Sección 8, Capítulo II de la citada norma determina que los Informes de Auditoría deberán contener, por lo menos, la siguiente información:

"a) Motivo de la realización del informe, indicando según corresponda la referencia a las actividades programadas o no programadas al órgano que lo solicitó, o de ser el caso, referirse a la información de hechos significativos. (...).

d) (sic) Evaluación de la situación de la actividad u operación a la fecha del informe, identificando los riesgos detectados y su impacto en la entidad de intermediación financiera, así como la evaluación de los procedimientos y los controles utilizados.

e) (sic) Medidas correctivas recomendadas y/o adoptadas para subsanar los problemas o deficiencias identificadas, según corresponda(...)"

Que, el punto 2 (Introducción) de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA 620 -Trabajo de un Experto-) prevén que: "Cuando use el trabajo desempeñado por un experto, el Auditor deberá obtener suficiente evidencia apropiada de auditoría de que dicho trabajo es adecuado para los fines de la auditoría."

Que, el numeral 12 de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA 620) determinan que: "Si los resultados del trabajo del experto no proporcionan suficiente evidencia apropiada de auditoría o si los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor debería resolver el asunto"

Que, de la interpretación lógica y sistemática de la normativa transcrita se infiere que si bien las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) prevén la utilización excepcional del trabajo de un experto, cuando el Auditor no tenga pericia en un tema determinado, no debe olvidarse que también esta misma norma obliga al Auditor Interno a obtener suficiente evidencia de que el trabajo del experto es adecuado al fin solicitado y, más aún cuando encuentre que los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor debe resolver el asunto inclusive apartándose de la opinión del experto.

A) *Que, por la razón anotada la Auditora Interna, Janeth Jimena Prado Crespo, no puede pretender exonerarse de responsabilidad arguyendo haber apoyado la emisión de los Informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 en la opinión legal del abogado Hugo Romero Espada, cuando el propio Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, artículo 2, Sección 5, Capítulo II (Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) establece que para ser auditor interno además de la solvencia moral, conocimientos y experiencia* ***se debe acreditar conocimiento de leyes, reglamentos emitidos por ASFI, NICs, NAGAs y NIAs.***

Que, en consecuencia ningún Auditor Interno puede aludir el desconocimiento de la normativa, y menos aún, cuando parte de sus funciones radica precisamente en advertir al Directorio u Órgano equivalente de la entidad financiera sobre el cumplimiento de las normas y disposiciones legales.

B) *Que, en este sentido ASFI, contrario sensu lo aseverado por la recurrente, ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada por la Auditora Interna, como se desprende del Análisis de Descargos contenido en la página 11 a 15 de la Resolución ASFI N°932/2010 de 5 de noviembre de 2010, que arribó a las siguientes conclusiones:*

i) El Informe de Auditoría Interna AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008, emitido a requerimiento de la Gerencia General del Banco Económico S.A., describe el procedimiento operativo seguido para el pago del cheque N°05079-9, más no evalúa, ni concluye si dicho procedimiento fue correcto o incumplió la normativa contenida en el Código de Comercio, Ley de Bancos y Reglamento del Cheque, limitándose a mencionar que fue cobrado por el Representante legal y asociado accidental, Jaime Enrique Quiroga; que la pretensión de Guillermo Mayori Machicao no es correcta ni legal por cuanto SERPREC cobró el cheque a través de su apoderado; y finalmente que la cobranza de un cheque intransferible puede realizarse a través de Cámara Electrónica de Compensación. Sin embargo, recomienda que a futuro se elabore una normativa interna específica debido a que el cheque enviado en cobranza a Cámara de Compensación vía cajas, no es usual.

ii) El Informe de Auditoría Interna AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, emitido a requerimiento de ASFI para verificar el cumplimiento de la Normativa y Reglamentación así como el cumplimiento de los procedimientos internos aplicados para el pago del cheque intransferible N°05079-9, no se pronuncia sobre las notorias infracciones a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, contravenidos por el Banco en el procesamiento del cheque, situación que no fue advertida al Directorio del Banco, evidenciándose más bien que sus conclusiones están dirigidas a establecer que el cheque fue correctamente cancelado al haberse aplicado razonablemente procedimientos rutinarios internos.

Lo expuesto demuestra que ASFI, al referirse a las evidentes contradicciones entre los informes y a la omisión de pronunciamiento sobre la vulneración de la normativa al Código de

Comercio y a la regulatoria, valoró en su integridad con racionalidad y sana crítica las pruebas de descargo presentadas por la recurrente.

2. <u>Con respecto a la Inexistencia de contradicción en los Informes de Auditoría,</u> se alega que: "no existe contradicción de criterio entre los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 ya que al tener diferentes ámbitos y alcances, los componentes o conclusiones no pueden ser iguales, y tampoco contradictorios".

Que, respecto a este punto el Informe/ASFI/DSR I/R-130041/2010 de 9 de diciembre de 2010 en función a los descargos y argumentos presentados por los Auditores Internos, ha llegado a las siguientes conclusiones:

a) *Los informes de auditoría Interna del Banco Económico S.A. AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, no observaron el incumplimiento a lo dispuesto por los artículos 603 y 626 del Código de Comercio y por los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N°081/2001 y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, originado en un error operativo del Banco, y por lo tanto, no advirtieron al Directorio que al insertar en el cheque intransferible N°05079-9 un número de cuenta erróneo (3054-091223), para que sea abonado en ésta, se invalidó el título valor por lo que no correspondía su posterior cobranza en Cámara de Compensación.*
b) *La evaluación efectuada en los informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, no reportan los incumplimientos de los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, ni de los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en el proceso de pago del cheque N°05079-9.*
c) *Los funcionarios de la Unidad de Auditoría Interna del Banco Económico S.A., Jimena Prado Crespo y Felipe Aliaga Machícado, emitieron **dos informes sobre un mismo hecho** con conclusiones y recomendaciones contradictorias, el informe AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008, en la parte de recomendaciones señala que el proceso de cobranza del cheque N°05079-9 (cheque fiscal e intransferible) **"no es usual y por tanto se recomienda que a futuro se elabore una normativa interna específica para dicho proceso"** en tanto que el informe AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, concluye que: "El Banco Económico **aplicó razonablemente procedimientos rutinarios internos** que a esa fecha se encontraban establecidos por la organización".*

   Por lo tanto, los auditores opinaron contradictoriamente respecto a la razonabilidad de los procesos aplicados por el Banco para el pago del Cheque N°05079-9 (cheque fiscal e intransferible), incumpliendo con lo establecido por el inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en lo relativo a que los auditores de las entidades de intermediación financiera deben evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera.

3. <u>Con respecto al Principio de Presunción de Inocencia</u>, la recurrente arguye que: "el inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que se menciona como incumplido, no determina en ninguna de sus partes que la emisión de criterios contradictorios constituya una infracción, por lo que ASFI al haber incorporado en la Resolución ASFI N°932/2010 un elemento no Tipificado ha vulnerado lo establecido en el artículo 73 de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo"

*Que, respecto a este argumento, efectivamente y como la recurrente lo menciona, en ninguna de las partes del inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se determina que la emisión de informes contradictorios constituyan una infracción, porque definitivamente ASFI no aplicó dicha disposición para sancionar la emisión de criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, como puede apreciarse en el numeral III) (página 17) de la Resolución ASFI N°931 de 5 de noviembre de 2010, que textualmente expresa: **"Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras,** porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, referidos a los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 a favor de la empresa SERPREC LTDA". (El resaltado es nuestro).*

Que, el inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por cuyo incumplimiento se impuso la sanción, describe la obligación de los Auditores internos de: "cumplir con sus funciones y objetivos, de modo oportuno, independiente y eficiente, en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el Código de Ética del Auditor, internacionalmente aplicables", situación que el caso de examen no se dio por cuanto se verificó que los informes de auditoría, tantas veces mencionados, fueron emitidos alejados de los criterios rectores.

4. <u>Con respecto al Principio de Presunción de Inocencia</u> alega asimismo que: "Con relación a los tres (3) cargos se tiene que los mismos no se encuentran plenamente demostrados, máxime si la propia ASFI ha dejado establecido en el informe ASFI/DSRI/R-79617/2010, página 18, que: 'Las observaciones efectuados por SERPREC hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de Auditoría presumiblemente con la finalidad de favorecer al Banco <u>cuya intencionalidad no puede ser probada</u>", por lo que al no existir una racional convicción de culpabilidad y menos dolo debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341, porque los Auditores en la emisión de los informes han actuado de buena fe y apoyados en la opinión de

profesionales llamados a interpretar las normas, como lo determinan las Normas Generales de Auditoría (NAGAs) y las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs)".

Que, evidentemente, el Informe/ASFI/DSR I/R-79617/2010 de 10 de agosto de 2010, en la página 20, y no en la 18 citada por la recurrente, concluye que:

"Las observaciones efectuadas por parte de SERPREC, hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de Auditoría presumiblemente con la finalidad de favorecer al banco, cuya intencionalidad no puede ser probada"

Que, a este respecto debe considerarse que se trata de dos situaciones diferentes:

- *Una, la denuncia de SERPREC LTDA. referida a la intencionalidad, concebida como la actuación dolosa de los auditores para favorecer al Banco, la que de haberse verificado hubiere dado lugar a la aplicación del artículo 99 in fine de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), que impone a ASFI el deber de remitir antecedentes al Ministerio Público cuando los actos puedan tipificar la comisión de un delito, situación que no aconteció por cuanto no se probó la intencionalidad.*
- *La otra, referida al incumplimiento de la normativa regulatoria del sector denunciada por SERPREC LTDA. por incumplimiento a la imparcialidad y objetividad de Auditoría Interna del Banco Económico S.A., hechos de los que ASFI sí formó plena convicción dando lugar a que se emitan las resoluciones sancionatorias, ahora impugnadas.*

Que, lo expuesto lleva a concluir que al no haber existido duda razonable en sede administrativa en cuanto a infracción de las normas regulatorias, ASFI no podría haber aplicado el principio de presunción de inocencia.

5. <u>Finalmente y respecto al Principio de Proporcionalidad</u> se argumenta que: "En observancia del principio de proporcionalidad y habiendo ASFI reconocido que no existe reincidencia ni se ha ocasionado perjuicios, no corresponde la drástica sanción de multa pecuniaria de un mes de salario".

Que, con carácter previo conviene referirse a los conceptos que sobre el tema ha elaborado la doctrina (SARMIENTO Ramírez, Daniel, "El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo", Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 198, Bogotá, 2007): "El principio de proporcionalidad es un principio inherente al Estado de Derecho, derivable de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Justamente por razón de su contenido resulta trascendente en el Derecho sancionador administrativo, toda vez que lo normal es que éste regule las sanciones de forma flexible, es decir, otorgando cierto margen de apreciación a la Administración para la graduación de la sanción. Dicho Derecho implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el

grado de culpabilidad del regulado o administrado. ***El juicio de proporcionalidad -debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual.*** *A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa*".

Que de igual manera la extinta Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 ha sentado el siguiente precedente: "Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado, y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados, y c) La reincidencia en la comisión".

Que, el artículo 1 de la Sección 9, Capítulo II, Título IV Reglamento de Control Interno y Auditores Internos determina: ***"Sanciones.-*** *El incumplimiento de lo dispuesto en el presente reglamento conlleva a sanciones según lo dispuesto en el Capítulo II, Titulo VIII de la LBEF y Reglamento de Sanciones Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Los auditores internos que en el cumplimiento de sus funciones, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas con relación a la entidad de intermediación financiera, al BCB, a la SBEF, a la SPVS y a la Superintendencia General del SIREFI, serán sancionados conforme se establece en el artículo 100 de la LBEF y el Reglamento de Sanciones Administrativas de la SBEF, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar."

Que, por su parte el artículo 100 del Capítulo II (Contravenciones, Infracciones y Sanciones) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488, Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001, determina que: "Los auditores internos y externos (...) de las entidades de intermediación financiera (...) que en el cumplimiento de sus funciones para las cuales han sido contratados, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas (...) serán sancionados por la Superintendencia respectiva de acuerdo a la presente ley y sus normas reglamentarias, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por Ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar."

Que, aplicando el razonamiento de la doctrina, de la jurisprudencia y el contenido de las normas citadas se tiene que para la imposición y graduación de las sanciones debe atenderse no sólo la gravedad de los hechos cometidos, en razón a posibles riesgos creados, sino también a la ausencia de reincidencia o habitualidad.

Que, en el caso de examen se han aplicado todos los criterios de graduación recogidos del texto del Reglamento de Sanciones Administrativas (artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Título XIII -Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) que textualmente determina: ***"Artículo 1°*** *Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el Superintendente tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años. Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos o infracciones cometidas".*

Que, bajo dichas consideraciones y al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por Janeth Jimena Prado, se aplicó la sanción de multa mínima, ***equivalente a una (1) remuneración mensual,*** *de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta,* ***hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor (...)",*** *con ello ASFI cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina que: "las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, (...) se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", y cumplió también con la exigencia del principio de proporcionalidad, es decir aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad(….)"*

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 17 de enero de 2011 **Felipe Edgar Aliaga Machicado** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010, argumentado lo siguiente:

"I.- RESOLUCIÓN ASFI N°1079/2010.-

He sido notificado con la Resolución ASFI N°1079/2010 de fecha 24 de Diciembre de 2010 que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por mi persona, decisión que contiene cinco puntos de consideración en los cuales subsiste error en la apreciación y compulsa de los hechos y de las pruebas y culminando con la formación total de la Resolución ASFI N°932/2010, ratificando de esta manera la imposición de la severa e injusta sanción de multa de una vez mi remuneración mensual.

Siendo lesiva a mis derechos la referida resolución confirmatoria, tengo a bien imponer Recurso Jerárquico, siempre respetuosamente, y haciendo notar la infracción a normas administrativas y sustantivas que paso a exponer.

II. SUBSISTENCIA DE ERROR EN EL ANÁLISIS DE LOS HECHOS, LAS PRUEBAS Y LA APLICACIÓN DE SANCIÓN.-

El primer punto considerado por su autoridad se refiere a la valoración de las pruebas de descargos aportadas por mi persona, relativas a la consulta que se hizo a abogados respecto a la interpretación de las normas contenidas en los Arts. 603 y 626 del Código de Comercio y Arts. 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central; diligencia que realicé precisamente para poder cumplir con los parámetros de objetividad definidos por el Artículo 2. Sección 5, Capítulo 2 del Reglamento de Control Interno y Auditores internos previstos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; puesto que mi persona de profesión Economista, si bien tiene conocimiento sobre las leyes y reglamentos emitidos en la actividad bancaria, conforme a lo exigido por el artículo 4 de dicho cuerpo legal; no es menos cierto que la actividad bancaria contemporánea requiere de informes legales para emitir dictámenes de auditoría sobre diversas cuestiones jurídicas.

En este sentido Sr. Director de la ASFI, es común y frecuente acudir a la opinión de abogados que indiquen -por ejemplo antes de la otorgación de un crédito hipotecario, si los títulos de propiedad se hallan completos y en orden-, siendo determinante el dictamen del letrado o abogado, el mismo que constituye una pericia de la cual excepcionalmente un auditor puede apartarse.

Este comportamiento constante, de consultar y respetar la opinión del experto, es considerado como una costumbre administrativa de carácter uniforme en la Banca y también en el Ente de Supervisión Financiera, como se puede advertir en la misma Resolución ASFI N°1079/2010 que a su vez se basa en un ***INFORME TÉCNICO ASFI/DSRI/R-130041/2010*** *y otro* ***INFORME LEGAL ASFI/DAJ/R-13529/2010*** *para sustentar su decisión.*

Dentro de ese contexto de razonabilidad, tenemos que los informes de auditoría efectuados por mi persona, efectivamente tienen el respaldo de Informes Legales emitidos por profesionales facultado para interpretar las normas en el ejercicio de su profesión y, por lo tanto, lo que en forma específica reprocha la AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ver penúltimo párrafo de la Pág. 7 de la Resolución ASFI N°1079/2010) es el hecho de que mi persona como auditor interno del Banco Económico, no se hubiese apartado del informe legal, conforme permitiría el numeral doce (12) las normas internacionales de auditoría (NIA 620) que determina lo siguiente:

"Si los resultados del trabajo del experto no proporcionaran suficientes evidencias apropiadas de auditoría o si los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría el auditor deberá resolver el asunto".

En consecuencia la sanción impuesta por su autoridad, en realidad, no se debe a la ***falta*** *objetividad e imparcialidad motivo de la denuncia de SERPREC, sino que se basa en haber respaldado mi informe respetando la interpretación jurídica del abogado externo del Banco Económico de reconocida experiencia en el sistema financiero; dado que su misma autoridad reconoce -en la parte considerativa de su Resolución- que mi persona ha descrito el procedimiento operativo seguido para el pago del cheque N°****05079-9,*** *pero sin evaluar ni concluir, si dicho procedimiento fue correcto o cumplió con la norma del Código de Comercio y, según su autoridad, sólo me habría limitado a opinar que fue cobrado por el Representante Legal y asociado accidental de SERPREC, el señor Jaime Enrique Quiroga.*

Con relación al segundo y tercer punto de consideración (ver Pág. 10 de la Resolución ASFI N°1079/2010) su autoridad reconoció que efectivamente en ninguna parte del inc. J) del Art 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control de Auditores Internos de la Recopilación de Normas Bancos y Entidades Financieras, se determina que la emisión de criterios contradictorios constituyan infracción.

Luego, en el punto 4, su digna autoridad llegó a la conclusión de que mi persona no actuó con intencionalidad maliciosa o dolosa, razón por la que no se remitió antecedentes al Ministerio Público no existir actos que se puedan tipificar como delito, criterio que resulta bastante acertado.

Teniendo en cuenta los cuatro puntos considerados, en el marco de la legalidad y proporcionalidad, su respetable autoridad, dentro los límites de discrecionalidad señalados, debió sanción de absolución, pero de ninguna manera sanción de multa de un mes de remuneración, máxime si en sus consideraciones llego a la conclusión de que no está tipificado como infracción el haber emitido informes de auditoría supuestamente contradictorios.

De ahí que su autoridad, al culminar su análisis (ver punto 5 de la Resolución ASFI N°1079) no actuó con los criterios de sanción mínima y proporcionalidad que se profesan en la Resolución impugnada, ya que dentro de esas coordenadas a lo mucho tenía cabida la sanción de amonestación, dada la ausencia de reincidencia y perjuicio; pero de ninguna manera la severa pena de multa de un mes mi remuneración que no solo tiene incidencia en mi persona, sino que llega penalizar a mi familia afectando el sustento de mi grupo familiar que desde ya ha sufrido agravio y menoscabo.

III. PETICIÓN.-

En mérito a los fundamentos expuestos, con cita de expresión de agravios y especificación de las vulneraciones a mis garantías fundamentales apoyada en el Art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 que viabiliza el presente recurso contra la Resolución ASFI N°1079/2010 que contiene la sanción de multa de un mes mi remuneración, lesionando mis derechos subjetivos y los de mi familia, interpongo RECURSO JERAQUICO contra la Resolución ASFI N°1079/2010 dentro del plazo legal que señala el Art. 53 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003 pidiendo se deje sin efecto la SANCIÓN DE

MULTA DE UN MES (sic) MI REMUNERACIÓN en base a todos los fundamentos expuestos y resolviendo en el fondo me absuelva de culpa y sanción..''

Mediante memorial presentado el 17 de enero de 2011 **Janeth Jimena Prado** Crespo interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010, argumentado lo siguiente:

"I.- RESOLUCIÓN ASFI N°1082/2010.-

He sido notificada con la Resolución ASFI N°1082/2010 de fecha 24 de

Diciembre de 2010 que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por mi persona, decisión que contiene cinco puntos de consideración en los cuales subsiste error en la apreciación y compulsa de los hechos y de las pruebas y culminando con la formación total de la Resolución ASFI N°932/2010, ratificando de esta manera la imposición de la severa e injusta sanción de multa de una vez mi remuneración mensual.

Siendo lesiva a mis derechos la referida resolución confirmatoria, tengo a bien imponer Recurso Jerárquico, siempre respetuosamente, y haciendo notar la infracción a normas administrativas y sustantivas que pasó a exponer:

II. SUBSISTENCIA DE ERROR EN EL ANÁLISIS DE LOS HECHOS, LAS PRUEBAS Y LA APLICACIÓN DE SANCIÓN.-

El primer punto considerado por su autoridad se refiere a la valoración de las pruebas de descargos aportadas por mi persona, relativas a la consulta que se hizo a abogados respecto a la interpretación de las normas contenidas en los Arts. 603 y 626 del Código de Comercio y Arts. 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central; diligencia que realicé precisamente para poder cumplir con los parámetros de objetividad definidos por el Artículo 2, Sección 5, Capítulo 2 del Reglamento de Control Interno y Auditores internos previstos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; puesto que mi persona de profesión Administradora de Empresas, si bien tiene conocimiento sobre las leyes y reglamentos emitidos en la actividad bancaria, conforme a lo exigido por el artículo 4 de dicho cuerpo legal; no es menos cierto que la actividad bancaria contemporánea requiere de informes legales para emitir dictámenes de auditoría sobre diversas cuestiones jurídicas.

En este sentido Sr. Director de la ASFI, es común y frecuente acudir a la opinión de abogados que indiquen -por ejemplo antes de la otorgación de un crédito hipotecario, si los títulos de propiedad se hallan completos y en orden, siendo determinante el dictamen del letrado o abogado, el mismo que constituye una pericia de la cual excepcionalmente un auditor puede apartarse.

Este comportamiento constante, de consultar y respetar la opinión del experto, es considerado como una costumbre administrativa de carácter uniforme en la Banca y

también en el Ente de Supervisión Financiera, como se puede advertir en la misma Resolución ASFI N°1082/2010 que a su vez se basa en un ***INFORME TÉCNICO ASFI/DSR I/R-130041/2010*** *y otro* ***INFORME LEGAL ASFI/DAJ/R-13529/2010*** *para sustentar su decisión.*

Dentro de ese contexto de razonabilidad, tenemos que los informes de auditoría efectuados por mi persona, efectivamente tienen el respaldo de Informes Legales emitidos por profesionales facultados para interpretar las normas en el ejercicio de su profesión y, por lo tanto, lo que en forma específica me reprocha la AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ver penúltimo párrafo de la Pág. 7 de la Resolución ASFI N°1082/2010) es el hecho de que mi persona como auditora interna del Banco Económico, no se hubiese apartado del informe legal, conforme permitiría el numeral doce (12) de las normas internacionales de auditoría (NIA 620) que determina lo siguiente:

"Si los resultados del trabajo del experto no proporcionaran suficientes evidencias apropiadas de auditoría o si los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría el auditor deberá resolver el asunto".

*En consecuencia la sanción impuesta por su autoridad, en realidad, no se debe a la falta de objetividad e imparcialidad motivo de la denuncia de SERPREC, sino que se basa en haber respaldado mi informe respetando la interpretación jurídica del abogado externo del Banco Económico de reconocida experiencia en el sistema financiero; dado que su misma autoridad reconoce -en la parte considerativa de su Resolución- que mi persona ha descrito el procedimiento operativo seguido para el pago del cheque N°**05079-9,** pero sin evaluar ni concluir, si dicho procedimiento fue correcto o cumplió con la normativa del Código de Comercio y, según su autoridad, solo me habría limitado a opinar que fue cobrado por el Representante Legal y asociado accidental de SERPREC, el señor Jaime Enrique Quiroga.*

Con relación al segundo y tercer punto de consideración (ver Pág. 10 de la Resolución ASFI N°1082/2010) su autoridad reconoció que efectivamente en ninguna parte del inc. J) del Art 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control de Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se determina que la emisión de criterios contradictorios constituyan una infracción.

Luego, en el punto 4, su digna autoridad llegó a la conclusión de que mi persona no actuó con intencionalidad maliciosa o dolosa, razón por la que no se remitió antecedentes al Ministerio Público por no existir actos que se puedan tipificar como delito, criterio que resulta bastante acertado.

Teniendo en cuenta los cuatro puntos considerados, en el marco de la legalidad y proporcionalidad, su respetable autoridad, dentro los límites de discrecionalidad señalados, debió emitir sanción de absolución, pero de ninguna manera sanción de multa de un mes de remuneración, máxime si en sus consideraciones llegó a la conclusión de que no está tipificado como infracción el haber emitido informes de auditoría supuestamente contradictorios

De ahí que su autoridad, al culminar su análisis (ver punto 5 de la Resolución ASFI N°1082) no actuó con los criterios de sanción mínima y proporcionalidad que se profesan en la Resolución impugnada, ya que dentro de esas coordenadas a lo mucho tenía cabida la sanción de amonestación, dada la ausencia de reincidencia y perjuicio; pero de ninguna manera la severa pena de multa de un mes mi remuneración que no solo tiene incidencia en mi persona, sino que llega penalizar a mi familia afectando el sustento de mi grupo familiar que desde ya ha sufrido agravio y menoscabo.

III. PETICION.-

En mérito a los fundamentos expuestos, con cita de expresión de agravios y especificación de las vulneraciones a mis garantías fundamentales apoyada en el Art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 que viabiliza el presente recurso contra la Resolución ASFI N°1082/2010 que contiene la sanción de multa de un mes mi remuneración, lesionando mis derechos subjetivos y los de mi familia, interpongo RECURSO JERAQUICO contra la Resolución ASFI N°1082/2010 dentro del plazo legal que señala el Art. 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 pidiendo se deje sin efecto la SANCIÓN DE MULTA DE UN MES MI REMUNERACIÓN en base a todos los fundamentos expuestos y resolviendo en el fondo me absuelva de culpa y sanción. (…)"

A través del memorial presentado el 18 de enero de 2011 **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao presentó el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010, argumentando lo siguiente:

"I. ANTECEDENTES

En fecha 17 de enero de 2011 he sido notificado con la Resolución ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010 que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por Felipe Edgar Aliaga Machicado contra la Resolución ASFI N°931 de 5 de noviembre de 2010. La Resolución ASFI N°1079/2010, resolvió la confirmación total de la Resolución recurrida.

Si bien la Resolución ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010 hace una relación jurídica y legal clara, puntual, y debidamente respaldada sobre los argumentos expuestos por la recurrente para su correspondiente desestimación, sustentando su determinación de confirmar la resolución recurrida, sin embargo en la citada relación observamos ciertas incongruencias de los hechos con los criterios concernientes a la existencia de intencionalidad y a la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción mínima impuesta por la ASFI al Auditor, que fueron expuestos en nuestro recurso de revocatoria y que la ASFI no ha considerado de ninguna manera a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°931 de 5 de noviembre de 2010, lo cual nos causa extrañeza de sobremanera puesto que ni siquiera hace referencia de nuestro recurso en los antecedentes de la Resolución ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010.

II. LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS

II.1 *La ASFI en la Resolución ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010 indica en uno de sus considerandos lo siguiente:*

"Que, a este respecto debe considerarse que se trata de dos situaciones diferentes:

• Una, la denuncia de SERPREC LTDA. referida a la intencionalidad, concebida como la actuación dolosa de los auditores para favorecer al Banco, la que de haberse verificado hubiere dado lugar a la aplicación del artículo 99 in fine de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), que impone a ASFI el deber de remitir antecedentes al Ministerio Público cuando los actos puedan tipificar la comisión de un delito, ***situación que no aconteció por cuanto no se probó la intencionalidad."*** *el resaltado con negrillas es nuestro.*

Consideramos que en tal aseveración la ASFI se equivoca, puesto que contradice totalmente los hechos que ella mismo observó y que sirvieron de base y fundamento para determinar los incumplimientos por parte del auditor. La intencionalidad, en la medida que se constituye en una conducta subjetiva, muchas veces puede ser difícil de comprobar, sin embargo los elementos objetivos inequívocos son los que sirven para tal propósito, en este caso es evidente que el Auditor hizo un informe a medida del requerimiento, puesto que como la misma ASFI lo afirma, ***nunca*** *se pronunció respecto del incumplimiento de los Artículos los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, sin embargo, la ASFI no tomó en cuenta que el auditor SÍ se pronunció indicando que el reclamo de SERPREC no era correcto ni legal, para que posteriormente sobre la base de dicho informe el Directorio resuelva iniciar acciones legales penales en contra de mi persona. Entonces es totalmente evidente la intencionalidad, puesto que el Auditor no incurrió simplemente en una omisión, toda vez que el propósito del Banco fue iniciar una demanda penal y para ello requerían de un Informe de Auditoría que concluya en que el reclamo del Ing. Mayori no era correcto ni legal. Asimismo, la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras instruyó al Banco Económico S.A. a través de la nota SB/IDC / D-23522 /2009 de fecha 28 de abril de 2009, que esa entidad financiera remita un Informe de Auditoría Interna Especial con opinión sobre el cumplimiento de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, instrucción que el auditor eludió referirse al incumplimiento de tales disposiciones e inclusive concluye dicho informe indicando: "Por lo expuesto líneas arriba y de acuerdo a lo sustentado, a juicio de Auditoría Interna el Banco Económico aplicó razonablemente procedimientos rutinarios internos que a esa fecha se encontraban establecidos por la organización, así como la normativa y reglamentación aplicable a la fecha en cuestión."*

Este incumplimiento a disposiciones expresas del ente fiscalizador es una prueba plena de parcialización deliberada por parte del auditor y por consiguiente de INTENCIONALIDAD por parte de ésta, de no informar sobre los incumplimientos del Banco Económico S.A. respecto del pago del cheque intransferible 05079-9. Desde ya tales extremos no podrían ser prueba de una simple omisión ya que el auditor llega al extremo de no responder a la solicitud expresa del ente regulador respecto de informar sobre el cumplimiento de los

Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque por parte del Banco Económico S.A. En este sentido la ASFI deja de lado un elemento fundamental para la graduación de la sanción que debe ser tomado en cuenta considerando que los actos del auditor de ninguna manera encajan en una simple omisión.

Es necesario acudir a la doctrina para obtener cierto soporte concerniente a la prueba del dolo o intencionalidad. EL dolo, elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo, ***requiere el conocimiento de los componentes que integran el tipo objetivo y presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado prohibido.*** *Para arribar a esta afirmación debe existir -a través de elementos de prueba, serios, atendibles y concluyentes, válidamente incorporados al proceso - la plena certeza de la culpabilidad del individuo.* ***Por lo tanto, la prueba del dolo, como lo repiten los buenos autores, se encuentra en los hechos desplegados por el sujeto, en las circunstancias mismas del delito, y en su propia vida personal***

En virtud de lo señalado, siguiendo lo establecido por la doctrina, se tiene claramente por todos los hechos señalados y que se encuentran debidamente demostrados que la Intencionalidad está por demás demostrada y por lo tanto corresponde que se incluya en el análisis de la graduación de la sanción a fin de que se establezca la sanción que corresponda sin perjuicio de que se remitan obrados al ministerio público para los fines que corresponden.

II.2 Por otra parte, la ASFI en uno de sus considerandos señala lo siguiente:
"Que, bajo dichas consideraciones y ***al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por Felipe Aliaga Machicado****, se aplicó la sanción de multa mínima,* ***equivalente a una (1) remuneración mensual,*** *de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos. miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta,* ***hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor*** *(...)", con ello ASFI cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina que: "las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, (...)* ***se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse",*** *y cumplió también con la exigencia del principio de proporcionalidad, es decir aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad."*

Aquí también se equivoca la ASFI en lo concerniente a que no se ha evidenciado perjuicio ocasionado por las infracciones incurridas por el auditor, puesto que está demostrado que el Informe de Auditoría en el que los auditores eluden deliberadamente hacer referencia al incumplimiento del Banco Económico S.A. y establece que el reclamo de SERPREC es ilegal, conclusión que dio lugar a que el Directorio decida que se inicie una acción penal en contra mía y que se llegue al extremo de disponer una imputación formal lo cual a su vez derivó en una denuncia hecha contra el Fiscal Irving Avendaño,

quien fue sentenciado a ser expulsado de la Fiscalía por haber dispuesto una imputación sin ningún sustento legal.

La ASFI en ninguna parte de su resolución sustenta el hecho de que las infracciones cometidas por el auditor no hayan ocasionado perjuicio, sino simplemente lo establece alegremente y de manera irresponsable y sin ningún respaldo jurídico ni legal. Es tan evidente el perjuicio ocasionado a SERPREC Ltda. y a mi persona, que es totalmente extraña la postura de la ASFI, puesto que gracias al Informe de Auditoría dolosamente elaborado, desencadenó un proceso penal en mi contra totalmente ilegal, tal como se ha demostrado a través de los diferentes documentos presentados a la ASFI, quedando afectada la imagen de la empresa, mi imagen personal, profesional y la de mi propia familia, habiendo inclusive ocasionado serios perjuicios económicos, debido a que entre otros gastos inherentes al proceso he tenido que contratar abogados y asesores a fin de defender mis derechos pisoteados por el Banco Económico S.A. y por el fiscal Avendaño, y también he perdido oportunidades de trabajo. ¿No es todo esto un perjuicio?, ¿qué más prueba que no se le haya presentado requiere la ASFI para fallar en derecho?, ¿por qué no ha considerado nuestro recurso de revocatoria?. Como puede advertirse de los extremos señalados, es por demás evidente que la ASFI no aplicó para nada el principio de Proporcionalidad, puesto que ha sancionado al Auditor Interno con una sanción de multa equivalente a una vez su remuneración mensual, sin considerar las circunstancias de las infracciones donde está demostrada la intencionalidad y además el perjuicio ocasionado por el Auditor con sus infracciones, tal como ha quedado debidamente demostrado. Como lo ha determinado de manera categórica las resoluciones jerárquicas que la misma ASFI menciona en su resolución, (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005), ***"El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer.*** *Se debe tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inminente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas, infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y;* ***c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes*** *a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida actuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a)* ***la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados*** *y; c) la reincidencia en la comisión."*

Como puede observarse, la ASFI consideró erróneamente que no se probó la existencia de intencionalidad y que las infracciones cometidas por el Auditor no ocasionaron perjuicios, lo cual se encuentra debidamente desvirtuado en nuestro recurso de revocatoria así como en el presente recurso jerárquico y en la documentación que hemos presentado y que forma parte de los antecedentes del Proceso Administrativo. Estos son argumentos que la ASFI no puede pasar por alto de ninguna manera, puesto que al hacerlo, incurre en la imposición de una sanción a toda vista desproporcionada

respecto de la falta cometida, puesto que existió intencionalidad y dolo toda vez que el Auditor Interno eludió referirse al incumplimiento del Banco Económico S.A. inclusive cuando el ente regulador le requirió de manera expresa y en forma escrita que se pronunciara sobre tales incumplimientos y procedió en plena sujeción a los intereses del Directorio del Banco para la disposición por parte de éste del inicio de acciones legales en mi contra, generándome una serie de perjuicios.

Como ha podido observarse de todo lo mencionado, la Resolución ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010 lesiona mis intereses legítimos y mis derechos subjetivos, toda vez que el actuar deliberado y mal intencionado del Auditor Interno, tal como se tiene evidenciado de sus informes e inclusive de los descargos presentados por éste, me han generado serios perjuicios y la ASFI no ha aplicado el principio de proporcionalidad en su verdadera dimensión al imponer la sanción al Auditor Interno, puesto que un mes de remuneración para nada es proporcional al mal pago de un cheque de Bs.7.478.092,24 y un proceso penal en mi contra lo cual además del daño a mi imagen personal y profesional, me ha generado un cuantioso perjuicio económico.

En virtud de lo mencionado corresponde la aplicación del numeral 7 del Art. 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras en el sentido de imponer como sanción contra el Auditor Interno la Inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el sistema financiero, puesto que su actuar fue doloso y la ASFI tiene la obligación de mantener un mercado financiero sano, seguro y transparente. La omisión de una sanción ejemplarizadora a los Auditores Internos vulnera mis derechos subjetivos y mis intereses legítimos toda vez que al aplicar sanciones desproporcionadas con las circunstancias agravantes y los efectos causados se estaría procediendo en contra de los objetivos que la ASFI debe cumplir de mantener un mercado financiero sano, seguro y transparente y de hacer cumplir las disposiciones que rigen a las entidades financieras y los funcionarios del sistema financiero y por consiguiente a sancionar a sus infractores conforme lo manda la Ley y la Constitución Política del Estado.

IV. PETITORIO

En mérito a todo lo expuesto, siendo por demás evidente la violación y vulneración de los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC Ltda., por las disposiciones y omisiones de la Resolución ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010, en virtud a todos los fundamentos jurídicos y legales expuestos, dentro el plazo previsto por el Artículo 53 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N°1079/2010 de 24 de diciembre de 2010 emitida por el Lic. Reynaldo Yujra, Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pidiendo se cumpla con lo dispuesto en el Artículo 55 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y que el Superior Jerárquico una vez admitido el presente recurso lo resuelva revocando parcialmente la citada Resolución disponiendo la:

1. *La imposición de una sanción al Auditor Interno Felipe Edgar Aliaga Machicado de inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el sistema*

financiero.

2. *Se remitan obrados al Ministerio Público a fin de que se determine lo que corresponde por Ley…."*

A través del memorial presentado el 18 de enero de 2011 **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010, argumentando lo siguiente:

"I. ANTECEDENTES

En fecha 4 de enero de 2011 he sido notificado con la Resolución ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010 que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por Janeth Jimena Prado Crespo contra la Resolución ASFI N°932/2010 de 5 de noviembre de 2010. La Resolución ASFI N°1082/2010, resolvió la confirmación total de la Resolución recurrida.

Si bien la Resolución ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010 hace una relación jurídica y legal clara, puntual, y debidamente respaldada sobre los argumentos expuestos por la recurrente para su correspondiente desestimación, sustentando su determinación de confirmar la resolución recurrida, sin embargo en la citada relación observamos ciertas incongruencias de los hechos con los criterios concernientes a la existencia de intencionalidad y a la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción mínima impuesta por la ASFI a la auditora, que fueron expuestos en nuestro recurso de revocatoria y que la ASFI no ha considerado de ninguna manera a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°932 de 5 de noviembre de 2010, lo cual nos causa extrañeza de sobremanera puesto que ni siquiera hace referencia de nuestro recurso en los antecedentes de la Resolución ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010.

II. LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS

II.1 La ASFI en la Resolución ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010 indica en uno de sus considerandos lo siguiente:

"Que, a este respecto debe considerarse que se trata de dos situaciones diferentes:

• Una, la denuncia de SERPREC LTDA. referida a la intencionalidad, concebida como la actuación dolosa de los auditores para favorecer al Banco, la que de haberse verificado hubiere dado lugar a la aplicación del artículo 99 in fine de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), que impone a ASFI el deber de remitir antecedentes al Ministerio Público cuando los actos puedan tipificar la comisión de un delito, ***situación que no aconteció por cuanto no se probó la intencionalidad."*** *el resaltado con negrillas es nuestro.*

Consideramos que en tal aseveración la ASFI se equivoca, puesto que contradice totalmente los hechos que ella mismo observó y que sirvieron de base y fundamento para

determinar los incumplimientos por parte de la auditora. La intencionalidad, en la medida que se constituye en una conducta subjetiva, muchas veces puede ser difícil de comprobar, sin embargo los elementos objetivos inequívocos son los que sirven para tal propósito, en este caso es evidente que la Auditora hizo un informe a medida del requerimiento, puesto que como la misma ASFI lo afirma, ***nunca*** *se pronunció respecto del incumplimiento de los Artículos los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, sin embargo, la ASFI no tomó en cuenta que la auditora SÍ se pronunció indicando que el reclamo de SERPREC no era correcto ni legal, para que posteriormente sobre la base de dicho informe el Directorio resuelva iniciar acciones legales penales en contra de mi persona.*

Entonces es totalmente evidente la intencionalidad, puesto que el Auditor no incurrió simplemente en una omisión, toda vez que el propósito del Banco fue iniciar una demanda penal y para ello requerían de un Informe de Auditoría que concluya en que el reclamo del Ing. Mayori no era correcto ni legal. Asimismo, la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras instruyó al Banco Económico S.A. a través de la nota SB/IDC/ D-23522 /2009 de fecha 28 de abril de 2009, que esa entidad financiera remita un Informe de Auditoría Interna Especial con opinión sobre el cumplimiento de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, instrucción que la auditora eludió referirse al incumplimiento de tales disposiciones e inclusive concluye dicho informe indicando: "Por lo expuesto líneas arriba y de acuerdo a lo sustentado, a juicio de Auditoría Interna el Banco Económico aplicó razonablemente procedimientos rutinarios internos que a esa fecha se encontraban establecidos por la organización, así como la normativa y reglamentación aplicable a la fecha en cuestión."

Este incumplimiento a disposiciones expresas del ente fiscalizador es una prueba plena de parcialización deliberada por parte de la auditora y por consiguiente de INTENCIONALIDAD por parte de ésta, de no informar sobre los incumplimientos del Banco Económico S.A. respecto del pago del cheque intransferible 05079-9. Desde ya tales extremos no podrían ser prueba de una simple omisión ya que la auditora llega al extremo de no responder a la solicitud expresa del ente regulador respecto de informar sobre el cumplimiento de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque por parte del Banco Económico S.A. En este sentido la ASFI deja de lado un elemento fundamental para la graduación de la sanción que debe ser tomado en cuenta considerando que los actos de la auditora de ninguna manera encajan en una simple omisión.

Es necesario acudir a la doctrina para obtener cierto soporte concerniente a la prueba del dolo o intencionalidad. EL dolo, elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo, ***requiere el conocimiento de los componentes que integran el tipo objetivo y presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado prohibido.*** *Para arribar a esta afirmación debe existir -a través de elementos de prueba, serios, atendibles y concluyentes, válidamente incorporados al proceso - la plena certeza de la culpabilidad del individuo.* ***Por lo tanto, la prueba del dolo, como lo repiten los buenos autores, se encuentra en los hechos desplegados por el sujeto, en las circunstancias mismas del delito, y en su propia vida personal***

En virtud de lo señalado, siguiendo lo establecido por la doctrina, se tiene claramente por todos los hechos señalados y que se encuentran debidamente demostrados que la Intencionalidad está por demás demostrada y por lo tanto corresponde que se incluya en el análisis de la graduación de la sanción a fin de que se establezca la sanción que corresponda sin perjuicio de que se remitan obrados al ministerio público para los fines que corresponden.

***II.2** Por otra parte, la ASFI en uno de sus considerandos señala lo siguiente:*
*"Que, bajo dichas consideraciones y **al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por Janeth Jimena Prado**, se aplicó la sanción de multa mínima, **equivalente a una (1) remuneración mensual,** de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, **hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor** (...)", con ello ASFI cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina que: "las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, (...) **se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse",** y cumplió también con la exigencia del principio de proporcionalidad, es decir aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad."*

Aquí también se equivoca la ASFI en lo concerniente a que no se ha evidenciado perjuicio ocasionado por las infracciones incurridas por la auditora, puesto que está demostrado que el Informe de Auditoría en el que los auditores eluden deliberadamente hacer referencia al incumplimiento del Banco Económico S.A., y establece que el reclamo de SERPREC es ilegal, conclusión que dio lugar a que el Directorio decida que se inicie una acción penal en contra mía y que se llegue al extremo de disponer una imputación formal lo cual a su vez derivó en una denuncia hecha contra el Fiscal Irving Avendaño, quien fue sentenciado a ser expulsado de la Fiscalía por haber dispuesto una imputación sin ningún sustentom legal.

La ASFI en ninguna parte de su resolución sustenta el hecho de que las infracciones cometidas por la auditora no hayan ocasionado perjuicio, sino simplemente lo establece alegremente y de manera irresponsable y sin ningún respaldo jurídico ni legal. Es tan evidente el perjuicio ocasionado a SERPREC Ltda. y a mi persona, que es totalmente extraña la postura de la ASFI, puesto que gracias al Informe de Auditoría dolosamente elaborado, desencadenó un proceso penal en mi contra totalmente ilegal, tal como se ha demostrado a través de los diferentes documentos presentados a la ASFI, quedando afectada la imagen de la empresa, mi imagen personal, profesional y la de mi propia familia, habiendo inclusive ocasionado serios perjuicios económicos, debido a que entre otros gastos inherentes al proceso he tenido que contratar abogados y asesores a fin de defender mis derechos pisoteados por el Banco Económico S.A. y por el fiscal Avendaño, y también he perdido oportunidades de trabajo. ¿No es todo esto un perjuicio?, ¿qué más prueba que no se le haya presentado requiere la ASFI para fallar en derecho?, por qué no

ha considerado nuestro recurso de revocatoria? Como puede advertirse de los extremos señalados, es por demás evidente que la ASFI no aplicó para nada el principio de Proporcionalidad puesto que ha sancionado a la Auditora Interna con una sanción de multa equivalente a una vez su remuneración mensual, sin considerar las circunstancias de las infracciones donde está demostrada la intencionalidad y además el perjuicio ocasionado por la Auditora con sus infracciones, tal como ha quedado debidamente demostrado, pues como lo ha determinado de manera categórica las resoluciones jerárquicas que la misma ASFI menciona en su resolución, (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005), ***"El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer.*** *Se debe tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inminente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas, infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y;* ***c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a*** *objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida actuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a)* ***la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados*** *y; c) la reincidencia en la comisión." Como puede observarse, la ASFI consideró erróneamente que no se probó la existencia de intencionalidad y que las infracciones cometidas por la Auditora no ocasionaron perjuicios, lo cual se encuentra debidamente desvirtuado en nuestro recurso de revocatoria así como en el presente recurso jerárquico y en la documentación que hemos presentado y que forma parte de los antecedentes del Proceso Administrativo. Estos son argumentos que la ASFI no puede pasar por alto de ninguna manera, puesto que al hacerlo incurre en la imposición de una sanción a toda vista desproporcionada respecto de la falta cometida, puesto que existió intencionalidad y dolo toda vez que el Auditor Interno eludió referirse al incumplimiento del Banco Económico S.A. inclusive cuando el ente regulador le requirió de manera expresa y en forma escrita que se pronunciara sobre tales incumplimientos y procedió en plena sujeción a los intereses del Directorio del Banco para la disposición por parte de éste del inicio de acciones legales en mi contra, generándome una serie de perjuicios.*

Como ha podido observarse de todo lo mencionado, la Resolución ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010 lesiona mis intereses legítimos y mis derechos subjetivos, toda vez que el actuar deliberado y mal intencionado de la Auditora Interna, tal como se tiene evidenciado de sus informes e inclusive de los descargos presentados por ésta, me han generado serios perjuicios y la ASFI no ha aplicado el principio de proporcionalidad en su verdadera dimensión al imponer la sanción a la Auditora Interna, puesto que un mes de remuneración para nada es proporcional al mal pago de un cheque de Bs.7.478.092,24 y un proceso penal en mi contra lo cual además del daño a mi imagen personal y profesional, me ha generado un cuantioso perjuicio económico.

En virtud de lo mencionado corresponde la aplicación del numeral 7 del Art. 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras en el sentido de imponer como sanción contra la Auditora Interna la Inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el sistema financiero, puesto que su actuar fue doloso y la ASFI tiene la obligación de mantener un mercado financiero sano, seguro y transparente. La omisión de una sanción ejemplarizadora a los Auditores Internos vulnera mis derechos subjetivos y mis intereses legítimos toda vez que al aplicar sanciones desproporcionadas con las circunstancias agravantes y los efectos causados se estaría procediendo en contra de los objetivos que la ASFI debe cumplir de mantener un mercado financiero sano, seguro y transparente y de hacer cumplir las disposiciones que rigen a las entidades financieras y los funcionarios del sistema financiero y por consiguiente a sancionar a sus infractores conforme lo manda la Ley y la Constitución Política del Estado.

IV. PETITORIO

En mérito a todo lo expuesto, siendo por demás evidente la violación y vulneración de los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC Ltda., por las disposiciones y omisiones de la Resolución ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010, en virtud a todos los fundamentos jurídicos y legales expuestos, dentro el plazo previsto por el Artículo 53 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N°1082/2010 de 24 de diciembre de 2010 emitida por el Lic. Reynaldo Yujra, Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pidiendo se cumpla con lo dispuesto en el Artículo 55 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y que el Superior Jerárquico una vez admitido el presente recurso lo resuelva revocando parcialmente la citada Resolución disponiendo la:

1. *La imposición de una sanción a la Auditora Interna Janeth Jimena Prado Crespo de inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el sistema financiero.*
2. *Se remitan obrados al Ministerio Público a fin de que se determine lo que corresponde por Ley…"*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación:

1. ANALISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1 Los recurrentes Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado señalan que existiría error en el análisis de los hechos y de las pruebas.-

Como parte del análisis es importante considerar a continuación, cada uno de los incumplimientos determinados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a saber:

Cargo 1: Por el incumplimiento al artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (LBEF), sobre el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento de Cheque emitido por el BCB y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

En base a lo establecido en el artículo 98 de la LBEF, los auditores internos tienen un rol trascendental en la gestión de cualquier entidad regulada, debido a que se convierten en fiscalizadores del Directorio u órgano equivalente, en temas de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros; funciones que no deben circunscribirse a aspectos contables, sino al mismo tiempo vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la normativa emitida por los entes reguladores.

En relación al tema del caso en análisis jerárquico, se tiene que un cheque de cuenta corriente fiscal, debe ser nominativo y llevará la inscripción preimpresa de "*cheque de cuenta corriente fiscal – intransferible*". Estos cheques podrán ser endosados para abono en la cuenta del beneficiario abierta en cualquier entidad financiera, y ser procesados a través de la Cámara Electrónica de Compensación (CEC).

Aspecto normativo que debió y debe ser de conocimiento de todos los funcionarios a cargo de estas funciones, además que el Reglamento de Cheque fue aprobado el 14 de agosto de 2001 (RD 081/2001) y la única modificación a este reglamento fue aprobada por el Directorio del Banco Central de Bolivia en fecha 21 de julio de 2004 y solamente al artículo 5 que no viene al caso (RD 105/2004). Estas normas entraron en vigencia mucho antes del hecho suscitado, que fue en el mes septiembre de 2004, por lo que, los auditores internos tuvieron todo el tiempo para su difusión y comunicación a la entidad financiera, y no como sucedió en el caso de autos de recomendar que se elabore una normativa interna específica para este proceso, ex – post al hecho.

Cargo 2: Incumplimiento al inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, no habría evaluado el incumplimiento a los artículos 606 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento de Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

Dentro de las funciones de los auditores internos se encuentra, el de evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera, para lo cual, debieron considerar, que el tenedor puede impedir el pago del cheque en efectivo insertando en el texto la expresión "*para abono en cuenta*" u otra

equivalente. En este caso, el Banco sólo abonará el importe del cheque en la cuenta que lleve o abra el tenedor.

Justificando técnicamente con mayor precisión, de acuerdo a la circular GNFO-1458/2004 de fecha 9 de agosto de 2004, suscrita por el Gerente General y Gerente Nacional de Finanzas y Operaciones, con copia a Auditoría Interna y OyM, en el punto 2 establece de forma textual: "*Los cheques INTRANSFERIBLES deben ser pagados o abonados en la cuenta corriente o de ahorro únicamente del beneficiario o titular del cheque (no puede ser endosado a favor de otra persona)*".

Por lo expuesto, demuestra que los auditores internos no han evaluado las disposiciones normativas vigentes y normativas internas.

Cargo 3: Incumplimiento al inciso b) artículo 1 Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, emitió criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009.

Todos los informes de auditoría interna, tanto los planificados como los solicitados, deben cumplir los requisitos básicos, de que sean oportunos, independientes y eficientes, en concordancia a todas las normas nacionales e internacionales en materia de auditoría, además que la unidad de auditoría interna debe tener acceso irrestricto a toda la información generada en las distintas áreas operativas y administrativas de la entidad financiera.

En tal sentido, el tener contradicciones en informes de auditoría interna, demuestra el desconocimiento tanto de la normativa interna (Circular GNFO-1458/2004 del 9 de agosto de 2004) como la normativa de los entes reguladores en el Sistema Financiero.

Asimismo todos los informes de auditoría interna tanto los planificados como los solicitados, deben cumplir los requisitos básicos, cual es que sean oportunos, independientes y eficientes, en concordancia a todas las normas nacionales e internacionales en materia de auditoría.

Importa además precisar -como ya se asevero *ut supra*-, que antes del hecho del cobro del cheque de SERPREC (septiembre/2004), ya se contaba con circulares internas BEC, reglamentos del BCB y de la SBEF (Ahora ASFI), para proceder de manera eficiente en la atención de servicio al cliente.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por los auditores internos, de que los informes de auditoría emitidos se hubieran basado en el informe legal conforme a lo establecido en el numeral doce (12) de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA 620) que determina lo siguiente: "*Si los resultados del Trabajo del experto no proporcionarán suficiente evidencia apropiadas de auditoría o si los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor deberá resolver el asunto*". Por lo que no existiría contravención a la norma se tiene:

Que, compulsado el expediente, se tiene que de la revisión de los informes de auditoría interna AIN-083 de 05 de agosto de 2008 y AIN-051/09 de 15 de mayo de 2009, efectivamente el informe AIN-83, hace referencia al informe legal sobre el alcance de los poderes y el informe AIN- 51 hace mención al informe del asesor legal del Banco Económico S.A.

Sin embargo, independientemente de que los auditores hayan aplicado el numeral doce (12) de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA 620), se tiene que este hecho, no los exime de responsabilidad, debido a que los auditores internos tienen la obligación de conocer la normativa jurídica, en la que respaldaron su pronunciamiento, misma que para el caso de autos se circunscribe a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero conforme lo establecido en el artículo 4, Sección 6, Capítulo II del Reglamento de Control Interno y Auditores de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de manera específica establece que:

> **"***Artículo 4° - Requisitos para ser auditor interno.- El auditor interno deberá tener solvencia moral, conocimientos y experiencia apropiados para la función que desarrolla dicha unidad, debiendo reunir los siguientes requisitos mínimos:*
>
> *a) Tener título profesional en ramas afines a la actividad financiera.*
> *b) Acreditar una experiencia no menor a tres (3) años en actividades de Auditoría Interna o Externa en entidades de intermediación financiera*
> *c)* ***Acredite conocimiento de leyes, reglamentos, reglamentos emitidos por la SBEF, normas tributarias****, Normas Internacionales de Contabilidad (NICs), Normas de Auditoria Generalmente Aceptadas (NAGAs) y Normas Internacionales de Auditoria (NIAs).*
> *d) Acredite documentadamente la capacitación recibida en los últimos doce meses, con relación a principios y prácticas de auditoría, contabilidad y gestión de riesgos.*
> *e) Dedicación exclusiva al cargo dentro de la entidad de intermediación financiera o empresa de servicios auxiliares financieros…."*
>
> *Que, a su vez el inciso j) del artículo 7 de la Sección 6, Capítulo II, Título IV, de la norma señalada, establece como obligación del auditor evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera, que incluye el cumplimiento de:*
>
> *i. LBEF*
> *ii. Normativa y disposiciones vigentes*
> *iii. Disposiciones emitidas por la SBEF*
> *iv. Regulación emitida por otros organismos de regulación, supervisión y control*
> *v. Políticas, manuales, procedimientos y demás normas internas*

De lo transcrito, se tiene que si bien se pueden aplicar las Normas Internacionales de Auditoría estas son de carácter supletorio, cuando no exista norma expresa, cual no ocurre en el caso de autos.

En el presente caso los auditores no pueden eximirse de responsabilidad, amparándose en haber actuado de acuerdo al informe legal, debido a que los auditores internos tienen la obligación de conocer la normativa legal y bancaria aplicable y en base a la misma, emitir sus informes.

1.2. Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado señalan que la emisión de informes contradictorios no constituye una infracción por lo que no pueden ser sancionados.

Respecto a este punto se debe dejar claro que efectivamente la emisión de informes contradictorios no constituye una infracción, esto debido a que justamente esta conducta no se encuentra tipificada como tal, sin embargo los recurrentes deben considerar que en el presente caso no se los está sancionando por haber emitido informes contradictorios, como ya lo expuso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sino la sanción corresponde al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que determina:

> "*Cumplir con sus funciones y objetivos, de modo oportuno, independiente y eficiente, en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el Código de Ética del Auditor, internacionalmente aplicables", situación que el caso de examen no se dio por cuanto se verificó que los informes de auditoría, tantas veces mencionados, fueron emitidos alejados de los criterios rectores.*"

Por lo que, queda claro, que el argumento presentado por Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado, no puede ser tomado en cuenta, al no encontrarse respaldado legalmente, más por el contrario no se ajusta a la verdad histórico de los hechos.

1.3. En cuanto a que la Resolución Administrativa ASFI N°1079/2010 y Resolución Administrativa N°1082/2010 ambas de 24 de diciembre de 2010, lesionan intereses legítimos y derechos subjetivos de SERPREC Ltda., toda vez que el actuar deliberado y mal intencionado de los Auditores Internos derivó en serios perjuicios como el mal pago del cheque.-

Dentro del análisis de este punto es importante precisar que el presente proceso recursivo se inició por el incumplimiento al Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, incumplimiento al inciso j) Artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; incumplimiento al inciso b), Artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y no así por otro tipo de infracciones alegadas que no fueron objeto de este proceso.

Entonces, los perjuicios alegados por Serprec Ltda., debieran devenir de las infracciones cometidas por los auditores, por emergencia de los informes de auditoría AIN-083 de 05 de agosto de 2008 y AIN-051/09 de 15 de mayo de 2009, que habrían emitido.

Compulsado el expediente, se observa la inexistencia documental que evidencie que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero haya probado los perjuicios alegados por el tercero interesado, sino simplemente se limita a un proceso sancionatorio por incumplimiento a la normativa del sector por parte de los Auditores Internos del Banco Económico S.A.

Que, no puede dejarse de lado, que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no tiene competencia para determinar posibles daños y/o perjuicios, debiendo en consecuencia el Tercero Interesado, acudir previamente ante autoridad competente para probar y dilucidar los hechos denunciados.

1.4. En cuanto a que se habría vulnerado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción a los auditores internos.-

Los Auditores internos, alegan que la sanción impuesta de un mes de remuneración, fuera excesiva al no haber existido, dolo ni intencionalidad.

Por su parte SERPREC señala que la sanción debió haber sido **de inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el sistema financiero.**

Sobre dicha argumentaciones, corresponde referirnos al principio de proporcionalidad, por lo que se revisará la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, que se pronunciado de la siguiente manera:

> *"el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (....)*
>
> *(...)En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser **a)** Que lo hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado, y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida*

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b****) naturaleza de los perjuicios causados,* ***c)*** *la reincidencia en la comisión."*

En base a lo transcrito y subsumiendo al caso de autos, tenemos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó ya en sus Resoluciones Administrativas ASFI N°1082/2010 y ASFI N°1079/2010, ambas de fecha 24 de diciembre de 2010, sancionar a: "Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado, por los siguientes incumplimientos: I. Incumplimiento al artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), II. Incumplimiento al inciso j) artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, III. Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

En cuanto a la gravedad del hecho la Autoridad del Sistema Financiero determinó:

…"Haber aplicado todos los criterios de graduación recogidos del texto del Reglamento de Sanciones Administrativas (artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Título XIII Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) que textualmente determina: ***"Artículo 1*** *Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el Superintendente tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años. Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos o infracciones cometidas".*

Que, bajo dichas consideraciones y al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por Janeth Jimena Prado y Felipe Edgar Aliaga Machicado *se aplicó la sanción de multa mínima,* ***equivalente a una (1) remuneración mensual,*** *de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta,* ***hasta*** ***por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor (...)",*** *con ello la ASFI cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina que: "las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, (...) se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", y cumplió también con la exigencia del principio de proporcionalidad, es decir aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad(….)".*

De lo transcrito, se tiene que el ente regulador no presenta una debida fundamentación, como establece el procedimiento administrativo, que permita determinar a ciencia cierta el cumplimiento del principio de proporcionalidad, delimitando su accionar a comprobar solamente:

- El hecho imputado se encuentre previamente calificado como infracción.
- El hecho sancionado se encuentra plenamente probado y que pudo evitarse.
- Que no hubo reincidencia.

Sin embargo, no ha compulsado o en su caso fundamentado sus Resoluciones, respecto a los demás elementos fundamentales que hacen la aplicación de cualquier sanción, cual es, la existencia de negligencia en el accionar del infractor, la intencionalidad, el dolo, culpa, imprudencia, el grado de la misma, su repercusión, la naturaleza de los perjuicios causados, debiendo la Autoridad Fiscalizadora realizar una real compulsa de los antecedentes históricos, para que de esta manera se pueda determinar la gravedad de la infracción cometida y establecer la sanción que corresponda, tomando en cuenta todos los hechos suscitados y conductas negligentes que se habrían producido.

La debida fundamentación, es un derecho que tiene tanto el regulado como el propio tercero interesado, que permite conocer a ciencia cierta cuáles son los fundamentos que cuenta la Autoridad, para determinar la cuantía de la sanción.

El realizar una simple enunciación de la norma no permite a los regulados ejercer su irrestricto derecho a la defensa.

Sobre el particular, este Ministerio, ya ha emitido pronunciamiento a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010, cuyo precedente señala:

> *"…La ASFI, no toma en cuenta que conforme determina el Artículo 28 de la Ley No. 2341 de 23 de Abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, la fundamentación o motivación, es un elemento esencial del acto administrativo, e implica que el mismo debe expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, así como los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y finalmente el derecho aplicable.*
>
> *Este elemento esencial del acto administrativo, expresado en la parte considerativa o bien denominada expositiva, permite que la Autoridad que emite el acto, establezca de manera clara, precisa y concreta las razones de hecho y derecho en los que funda su determinación. La ausencia de la motivación o la exposición general y no específica, no permite al administrado contar con los elementos mínimos necesarios para ejercer su derecho a la defensa, denotando que la Autoridad Fiscalizadora no de cumplimiento al elemento objetivo a tiempo de la emisión del acto administrativo, cual es la motivación.*
>
> *Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo*

realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con la aplicación de dicho elemento esencial del acto administrativo, en cuanto se refiere a la imposición del monto de sanción."

Por lo que, en el presente caso, al no existir debida fundamentación y consiguientemente generado indefensión tanto a los recurrentes como al tercero interesado, debe regularizarse el proceso administrativo hasta el vicio más antiguo.

1.5. En cuanto a que existió intencionalidad y dolo por parte de los auditores internos del Banco Económico S.A, en la emisión de sus informes de auditoría, debiendo remitirse obrados al Ministerio Público para que se determine lo que corresponda en ley.-

Sobre el particular, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se ha referido (no argumentado) en sentido que ha existido errores, negligencia, omisión por parte de los auditores en la emisión de los informes de auditoría, sin embargo de los antecedentes cursantes en el expediente administrativo, ninguno de estos hechos demostraron o evidenciaron la comisión de algún delito.

Que el Artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras en su último parágrafo señala: "…*Los actos que puedan tipificar la comisión de delito, serán debidamente documentados para su remisión, con informe al Ministerio Público , a efectos de que promueva la acción penal conforme a lo previsto en el Artículo 124 de la Constitución Política del Estado* "

Que en el presente caso el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras hace justamente referencia a la remisión de antecedentes al Ministerio Público **cuando existan conductas que puedan tipificarse como delito**.

En tal sentido al no evidenciarse la comisión de delitos, no corresponde remitir antecedentes al Ministerio Público conforme ya se ha pronunciado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Salvando el derecho de SERPREC LTDA., de recurrir a la autoridad que corresponda para denunciar supuestas conductas delictivas, no siendo la vía administrativa la idónea para denunciarlos y probarlos, toda vez y como ya se dejó en claro, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no cuenta con competencia para investigar o determinar la comisión de delitos.

CONSIDERANDO:

Que, al haberse emitido la resolución impugnada sin la debida fundamentación jurídica, se ha omitido una parte esencial que debe contener todo acto administrativo y que tiene que ver con el principio del debido proceso, a objeto de que los recurrentes e inclusive el

tercero interesado, puedan conocer con certeza todos los fundamentos que lo motivaron, y de esta manera ejerza de forma irrestricta su derecho a la defensa.

La doctrina uniformemente ha establecido que la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a defectos de forma, cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

En este contexto el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales, careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o **de lugar a la indefensión de los interesados.**

CONSIDERANDO:

Que, en base a lo ampliamente expuesto en el Considerando anterior, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no hace mayor análisis y entra a los demás temas de fondo, toda vez que se ha podido evidenciar que en el presente caso no se ha seguido el debido proceso, afectando la seguridad jurídica.

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta las Resoluciones Administrativas ASFI N°1079/2010 y ASFI N°1082/2010 inclusive, ambas de 24 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmaron las Resoluciones Administrativas ASFI N°931/2010 y ASFI N°932/2010 emitidas el 5 de noviembre de 2010, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "EL CHOROLQUE" LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 097/2011 DE 09 DE FEBRERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 029/2011 DE 27 DE MAYO DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2011

La Paz, 27 de mayo de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda.,** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº097/2011 de 9 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº1076/2010 de 23 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 044 de 13 de mayo de 2011 y el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 008 de 06 de abril de 2011, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de febrero de 2011 la **Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda.,** por su representante legal Orlando Ocampo Martínez tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº584/2010 de 27 de octubre de 2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº01 del Distrito Judicial de Tupiza-Provincia Sud Chichas Potosí a cargo del Dr. Julio M. Molina Vargas Brown, presentó Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa ASFI Nº097/2011 de 9 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº1076/2010 de 23 de diciembre de 2010.

Que, en fecha 4 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por Orlando Ocampo Martínez representante legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., contra la Resolución Administrativa ASFI Nº097/2011 de 9 de febrero de 2011.

Que, en fecha 10 de marzo de 2011, se notificó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con el proveído de fecha 10 de marzo de 2011, mediante el cual se solicitó las constancias de notificación, así como el poder legal de Orlando Ocampo Martínez, correspondientes al Recurso Jerárquico interpuesto por Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda.

Que, en fecha 11 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remite nota ASFI/DAJ/R-27840/2011 de 11 de marzo de 2011 mediante la cual adjunta constancia de notificación de la Resolución ASFI Nº1076/2010 de 23 de diciembre de 2010, sin embargo de ello no adjunta constancia notificación correspondiente a la Resolución Administrativa ASFI Nº097/2011 de 9 de febrero de 2011.

Que, el día lunes 14 de marzo de 2011, se notificó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con el proveído de fecha 14 de marzo de 2011, mediante el cual se conmina, a la remisión de la constancia de notificación correspondiente a la Resolución Administrativa ASFI Nº097/2011 de 9 de febrero de 2011.

Que, en fecha 16 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remite nota ASFI/DAJ/R-28723/2011 de 15 de marzo de 2011, mediante la cual se adjunta constancia de notificación de la Resolución Administrativa ASFI Nº097/2011 de 9 de febrero de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 16 de marzo de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda.**

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS Y DESCARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSR II//R-123303/2010 de fecha 23 de noviembre de 2010 notificó a la **Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda.,** con los cargos por el supuesto incumplimiento al artículo 9, Sección 1, Capítulo XIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y

Entidades Financieras, para que, en un plazo no mayor a 7 días hábiles administrativos puedan presentar sus correspondientes descargos.

En fecha 7 de diciembre de 2010, la **Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda.**, mediante Cite C.ADM N°289/12/2010 presenta sus descargos alegando lo siguiente:

> *"En la reunión Ordinaria Gerencia General hizo llegar su nota con cite G.G N°1091/10/2010 con el rótulo de PROPUESTA PLANIFICACIÓN REUNIÓN DE TRABAJO, para lo cual se considero (sic) dos propuestas y fue aprobada la primera propuesta, habiendo realizado la actividad en fecha sábado 23 de octubre de 2010 desde horas 8:00 a horas 11:30, con la participación de todos los consejeros, funcionarios de oficina central y Agencias.*
> *Una vez terminada la reunión trabajo y contando la presencia de todos los funcionarios de la Cooperativa se hizo una reunión de confraternidad por la tarde en realidad única en toda la gestión conmemorando que el día jueves 21 de octubre de 2010 era el "Día Internacional del Cooperativismo" y para no perjudicar al socio-cliente se pospuso dicha actividad en un día que resulta menos perjudicial.*
> *Cabe hacer notar que los días sábados se atiende a los clientes de hrs 9:00 a 11:30 (dos horas y media) siendo que en otras instituciones de intermediación financiera ya no se trabaja los días sábados. Es verdad que ante la solicitud del Sr. Gerente General, para ésta reunión procedió a autorizar la misma, como un aliciente y reconocimiento al trabajo y la labor esforzada de los funcionarios.*
> *Constatamos que el Sr. Gerente General había comunicado a la ASFI la suspensión de actividades para fecha (23 de octubre) de acuerdo al Cite G.G. N°1167/10/1010. No teniendo por respuesta aceptación o negación de la ASFI al Fax que tiene valor legal Art. 4 del Reglamento por tanto el Consejo de Administración al autorizar la realización de la indicada reunión trabajo por la mañana y de confraternidad por la tarde, no ha infringido ninguna normativa, máxime si el Sr. Gerente no ha previsto comunicar como reza el artículo 9 BNBEF (sic) siendo una función netamente operativa "*

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°1076/2010 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N°1076/2010 de 23 de diciembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> **"*PRIMERO.-*** *Sancionar a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "EL CHOROLQUE" LTDA.,*** *con una multa de DEG1,000.00 (UN MIL 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO) por el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9, Sección 1, Capítulo XIII, Título X del Reglamento para el Tiempo de Atención a Clientes y Usuarios en las Entidades Supervisadas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por la suspensión de la atención a sus socios y clientes el día sábado 23 de octubre de 2010.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *La multa impuesta deberá depositarse dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, en la cuenta N°4010695761 (Autoridad de*

Supervisión del Sistema Financiero – Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.

***TERCERO.-** Poner en conocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "EL CHOROLQUE" LTDA.,** de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas de efectuado el acto".*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 12 de enero de 2011, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta **"EL CHOROLQUE" LTDA.,** presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°1076/2010 de 23 de diciembre de 2010, conforme los siguientes fundamentos:

"…II. Se asumió conocimiento respecto de la Resolución Sancionatoria ASFI N°107/2010 de fecha 23 de diciembre de 2010, por lo que, en término hábil administrativo me permito interponer el Recurso de Revocatoria, mismo que es nugatorio (sic) a los intereses é imagen de la entidad a la que represento de acuerdo con los argumentos de contenido jurídico-administrativo siguientes:

RELACION CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS QUE MOTIVAN NUESTRO DESCARGO ADMINISTRATIVO.-

Mediante carta ASFI/DSR II/R-123303/2010 de fecha 23 de noviembre de 2010, hemos sido notificados con la vinculación al Título X, Capítulo XIII, Sección 1, artículo 9. de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, descargo que se remitió en fecha 07 de diciembre de 2010 según cite C.ADM. N°289/12/2010, bajo el argumento de que: el día 21 de octubre se conmemoraba el Día Internacional del Cooperativismo y para no perjudicar al socio-cliente se pospuso dicha actividad en un día que resulte menos perjudicial; haciendo notar además que los días sábados se atiende a los clientes de hrs. 9.00 a 11.30; si bien es cierto y evidente que no podemos demostrar materialmente el DESCARGO a través de la autorización expresa de ASFI., es cierto que por principio de buena fe y con la finalidad de proteger los intereses de los socios se pospuso para la fecha indicada, pretendiendo que la mencionada determinación no fuese tan perjudicial para nuestra entidad y nuestros socios.

MARCO SANCIONATORIO Y DISPOSICION LEGAL APLICABLE POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO.

La Resolución Sancionatoria emitida por la máxima Autoridad Ejecutiva de ASFI, en su parte más importante invoca los Arts. 99 de la Ley 1488 en su numeral 2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo, así mismo hace mención al artículo 102 del mismo cuerpo legal que establece lo siguiente: "las multas

establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, ***serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica****, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera cualesquiera forma; serán aplicados a los directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados según el grado de su responsabilidad.* ***La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse"****.*

Siendo evidente que la suspensión de atención al público por nuestra parte no se subsume a las excepciones previstas en el Art. 9, Título X, Capítulo XIII referido al Reglamento para Atención a Clientes y Usuarios contemplado en nuestro marco normativo regulatorio, además de la existencia de los elementos concurrentes como son: a) que los hechos imputados se encuentran previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable, b) que el hecho sancionado se encuentra plenamente probado y c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; sin embargo corresponde desvirtuar la CUANTIFICACION y la PARTE RESOLUTIVA de acuerdo con los antecedentes siguientes:

DISPOSICION RESOLUTIVA CONTRADICTORIA A DISPOSICION LEGAL LO QUE SUSCITA LA ANULABIUDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Respecto a la ***CUANTIFICACION****, la Resolución ASFI/N°1076/2010 de fecha 23 de diciembre de 2010 determina en su parte pertinente:* ***Y TENIENDO EN CUENTA QUE LA ENTIDAD DE INTERMEDIACION FINANCIERA NO BANCARIA NO HA SIDO SANCIONADA CON ANTERIORIDAD POR CAUSAS SIMILARES****, en consideración a éste antecedente determinativo corresponde puntualizar los aspectos siguientes:*

EL ARTICULO 61, TITULO XIII, CAPITULO II, SECCION 2 DE LA RECOPILACION DE NORMAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS ORDENA LO SIGUIENTE: "CUALQUIER INFRACCION O INCUMPUMIENTO A DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS, NORMATIVAS U ORDENES ESPECIFICA (sic) IMPARTIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA Y EN SU CASO, POR EL BANCO CENTRAL DE BOLIVIA NO CONTEMPLADAS EN EL PRESENTE DOCUMENTO, EN QUE PUDIERAN INCURRIR LOS BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS Y DE SERVICIOS, SERAN ANALIZADAS, EVALUADAS Y DE SER EL CASO SANCIONADAS POR EL SUPERINTENDENTE, ***DENTRO DEL MARCO DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS,*** *EN CADA OPORTUNIDAD EN QUE PUDIERAN PRESENTARSE".*

El Artículo 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras dice: ***LA AMONESTACION SERA ESCRITA……. y en su parte final indica: LA REINCIDENCIA EN LA INFRACCION SERA SANCIONADA CON MULTA.***

Señor Director Ejecutivo, su Autoridad se encuentra investida de un poder absoluto para la aplicación de sanciones cuando las disposiciones aplicables sean vulneradas, pero también deberá cuidar que su aplicación de las normas sean observadas en su estricto cumplimiento conforme rezan las mismas; como es el caso que nos ocupa, si bien

admitimos no haber observado el fiel cumplimiento de la normativa, también es cierto que es ésta la primera vez ***no siendo reincidentes,*** *correspondiendo la aplicación del* ***Art. 99 numeral 1. AMONESTACION****.*

PETITORIO.- *Por los antecedentes descritos siendo aplicable el principio de congruencia y verdad material contemplados en la Ley 2341, cuidando de que no se vulnere la garantía al debido proceso consagrado en el Art. 115 num. II y Art. 120 de la C.P.E. y en aplicación del Art. 36 num. I. de la Ley 2341 invoco la* ***ANULABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO****, instando a su proba ilustración* ***REVOCAR*** *LA SANCION IMPUESTA DE MULTA EQUIVALENTE A 1.000. DEGS., correspondiendo la* ***aplicación del Artículo 99 numeral I*** *de la Ley de Bancos y Entidades Financieras*".

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°097/2011 DE 9 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°097/2011 de 9 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar totalmente la Resolución ASFI N°1076/2010 de 23 de diciembre de 2010, conforme los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los argumentos expuestos, se concluye:

1. ***Respecto a lo alegado por el recurrente que: "la suspensión de atención al público no se subsume a las previsiones del artículo 9, Título X, Capítulo XIII del Reglamento para el Tiempo de Atención a Clientes y Usuarios en las Entidades Supervisadas, ni se han presentado los elementos concurrentes para la aplicación de la sanción pecuniaria"***
   El artículo 9, Titulo X, Capítulo XIII del Reglamento para el Tiempo de Atención a Clientes y Usuarios en las Entidades Supervisadas al establecer que ***"La entidad sólo puede suspender la atención en las siguientes situaciones (...)" delimita los*** *casos o situaciones especiales que autorizan a las entidades de intermediación financiera (bancarias y no bancarias) a suspender la atención al público, por lo que cualquier suspensión de actividades fuera de los casos expresamente establecidos es una acción no permitida y por tanto constituye una infracción a la norma.*

2. ***La entidad recurrente también arguye que: "Si bien admitimos no haber observado fielmente el cumplimiento de la normativa, también es cierto que ésta es la primera vez, así lo reconoce la ASFI al mencionar que: 'la entidad de intermediación financiera no bancaria no ha sido sancionada con anterioridad por causas similares' y al no ser reincidentes corresponde la aplicación del artículo 99, numeral 1) AMONESTACIÓN en concordancia con lo establecido en el artículo 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras".***

   La infracción, al haber merecido reconocimiento expreso de la Cooperativa, no se encuentra en duda por lo que corresponde abocarse únicamente a la pretensión o

argumento principal, contenido en el recurso de revocatoria, consistente en la transmutación de la multa a amonestación.

El artículo 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) invocado por el recurrente, establece que: "La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, ***incurridas por negligencia o imprudencia NO IMPUTABLES A LOS REPRESENTANTES LEGALES, apoderados y empleados de la entidad, QUE NO CAUSEN DAÑO O PERJUICIO ECONÓMICO A LA ENTIDAD NI A SUS CLIENTES y se enmienden o regularicen.*** *La reincidencia en la infracción será sancionada con multa". (Las mayúsculas y resaltado son nuestros).*

La norma transcrita establece una serie de requisitos que la conducta debe contener para que se materialice la amonestación, faltando una de ellas no corresponde su aplicación, por lo que desagregando el tipo normativo se tiene:

3. ***La amonestación recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones <u>leves</u> a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de ASFI.-***
   Se evidenció que la Cooperativa incumplió disposiciones específicas del Reglamento para el Tiempo de Atención a Clientes y Usuarios en las Entidades Supervisadas, causando con dicha conducta perjuicios a la entidad y a los clientes que no pueden ser considerada como una falta leve. Por tanto este primer elemento no concurre para la imposición de la sanción de amonestación.

4. ***Incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad.-***
   La decisión de suspender la atención al público el sábado 23 de octubre de 2010 es el resultado de la reunión ordinaria del Consejo de Administración, así como la inacción del Consejo de Vigilancia en cuanto a la observancia y cumplimiento de la normativa regulatoria vigente. Por tanto, este segundo elemento tampoco concurre para la imposición de la sanción de amonestación porque la infracción es imputable a los representantes de la entidad.

5. ***Que no causen daño o perjuicio económico a la entidad ni a sus clientes y se enmienden o regularicen.****-*
   Lógicamente la suspensión de actividades de la Cooperativa el día sábado 23 de octubre de 2010, ocasionó perjuicio a los socios y clientes y por ende a la entidad ya que durante esa jornada no se realizó ninguna transacción financiera. Por tanto, este tercer elemento tampoco concurre para la imposición de la sanción de amonestación.

Que, la infracción cometida por la Cooperativa se circunscribe a la disposición contenida en el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), considerando lo dispuesto en su último párrafo cuando señala "La sanción se aplicará ***por***

actos y hechos cometidos por negligencia o *imprudencia* ***IMPUTABLES AL FUNCIONARIO Y QUE PUDIERON O DEBIERON EVITARSE.***

CONSIDERANDO:

Que, por lo expuesto se concluye que el criterio de proporcionalidad aplicado se circunscribió a lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, que determina: "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas", en tal sentido se aplicó la sanción de 1,000.00 D.G.E's en función a las circunstancias de la conducta y al perjuicio generado, por lo que en la exigencia de que exista equilibrio entre la infracción y la finalidad perseguida y considerando que no hubo reincidencia de la infracción es que ASFI cumplió con el principio de proporcionalidad; es decir, aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de la cooperativa recurrente ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

Que, los argumentos expuestos por la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "El Chorolque" LTDA., no han sido suficientes para enervar el contenido de la Resolución ASFI N°1076 de 23 de diciembre de 2010 correspondiendo su confirmación total…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 de febrero de 2010, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°097/2011 de 9 de febrero de 2011, argumentado lo siguiente:

"ANTECEDENTES QUE SUSCITAN EL PRESENTE RECURSO:- *La parte resolutiva ASFI. N°097/2011 de fecha 9 de febrero de 2011, es atentatorio y violatorio a los intereses de la Entidad a la cual representó, de acuerdo con los argumentos de contenido jurídico – administrativo siguiente:*

El fundamento principal de la sanción impuesta a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda. refiere sobre LA TRANSMUTACIÓN DE LA MULTA EN AMONESTACIÓN; Sin embargo no existe norma expresa que se encuentre contemplada en la Ley de Bancos y Entidades Financieras u otra disposición legal similar que lo hubiese modificado a los Arts. 99 núm. 1. y 101 parte principal y final del texto siendo que previamente para emitir la presente resolución debió circunscribirse a lo contemplado en el Art. 72 de la Ley N°2341 que ordena lo siguiente: (PRINCIPIO DE LEGALIDAD) las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas ***por norma expresa****, conforme al procedimiento establecido en la presente ley y disposiciones reglamentarias aplicables", entendiéndose el mismo como fundamental, especialmente para el derecho público; pues mediante este principio, es que el ejercicio del poder público, se somete a la Constitución Política del Estado y a las leyes; es decir al imperio de a (sic) ley, encontrando en ellas su límite. Ningún poder público puede estar excluido del respeto y sometimiento a la Constitución y las leyes. Este principio de*

legalidad, es cimiento de la seguridad jurídica, por ello su importancia encontrándose su asidero constitucional en el art. 410 de la C.P.E.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD en la actividad administrativa está garantizado, en cuanto a la formación de sus decisiones, por el permanente respeto a los procedimientos legalmente establecidos. Este importante principio obedece a que a la Administración le es connatural el bienestar general y el interés de la comunidad, dejando presente que la observancia de la forma constituye la regla general, no solamente como garantía para evitar la arbitrariedad con relación al respeto de los derechos de los administrados. Es por ello que la omisión de los requisitos formales no subsanables está consagrado corno CAUSAL DE NULIDAD en la Ley de Procedimiento Administrativo, asegurando sus actos con sometimiento inexcusable a la Ley y garantizando ***EL DEBIDO PROCESO*** *a los administrados; es así que uno de los deberes fundamentales de la Administración Pública radica principalmente en velar que todo procedimiento administrativo se ajuste al mandato de las normas que se aplican VELANDO POR QUE EL MISMO SE DESARROLLE SIN VICIOS INVALIDANTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO.*

RECURSO JERÁRQUICO: Así establecidos los antecedentes que suscitan el presente medio impugnatorio que es contrarío a los intereses de la Entidad a la cual represento, toda vez que en nuestro Recurso Revocatorio hemos solicitado una resolución acorde a la disposición contemplada en el Art. 99 numeral I. y Art. 101 en su primera parte y no así la última parte del mismo artículo por NO SER REINCIDENTES, en consecuencia no corresponde la multa SINO LA AMONESTACIÓN, instando la aplicación del artículo 43 inc. B) es decir Revocatorio Parcial, Resolución que se mantuvo firme; planteo RECURSO JERÁRQUICO, en aplicación a los Artículos 109 y 115 II. de la C.P.E; 66 de la Ley 2341 y 52 siguientes del D.S. 27175…"

Mediante memorial presentado el 30 de marzo de 2011, Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "EL CHOROLQUE" LTDA., presenta los siguientes argumentos:

"…..II.- *Se asumió conocimiento respecto del Auto Interlocutorio por el que su proba rectitud admite el Recurso Jerárquico interpuesto por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., de la ciudad de Tupiza, Provincia Sud Chichas del Dpto. de Potosí, en tal virtud y en término hábil me permito establecer los argumentos de contenido jurídico-administrativos a ser considerados al momento de dictar Resolución:*

ANTECEDENTES QUE SUSCITAN EL RECURSO JERARQUICO: *Me permito reiterar el memorial de impugnación en sede administrativa, debido a que en primera instancia (sic) los argumentos de nuestro Recurso de Revocatoria no fueron valorados conforme a disposiciones legales enunciadas en su momento, permitiéndome indicar que, la Resolución Sancionatoria emitida por la máxima Autoridad Ejecutiva de (sic) ASFI. Vulnera el Artículo 115 núm. II de la C.PE., la ley 2341 Art. 4 inc. c), d), f) y la Ley 1488 art 99 núm. 1 y 101, la referida vulneración se encuentra amparada en la misma resolución sancionatoria ASFI/N°1076/2010 de fecha 23 de diciembre de 2010 que en su parte pertinente dice "****Y TENIENDO EN CUENTA QUE LA ENTIDAD DE INTERMEDIACIÓN***

FINANCIERA NO BANCARIA <u>NO HA SIDO SANCIONADA CON ANTERIORIDAD POR CAUSAS SIMILARES</u>.

*Así mismo se vulneró: EL ARTICULO 61, TITULO XIII, CAPITULO II, SECCIÓN 2 DE LA RECOPILACIÓN DE NORMAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS ORDENA LO SIGUIENTE "CUALQUIER INFRACCIÓN O INCUMPLIMIENTO A DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS, NORMATIVAS U ORDENES ESPECIFICA IMPARTIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA Y EN SU CASO, POR EL BANCO CENTRAL DE BOLIVIA NO CONTEMPLADAS EN EL PRESENTE DOCUMENTO, EN QUE PUDIERAN INCURRIR LOS BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS Y DE SERVICIOS, SERAN ANALIZADAS, EVALUADAS Y DE SER EL CASO SANCIONADAS POR EL SUPERINTENDENTENTE, <u>**DENTRO DEL MARCO DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS,**</u> EN CADA OPORTUNIDAD EN QUE PUDIERAN PRESENTARSE"*

*El Artículo 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras dice **LA AMONESTACIÓN SERA ESCRITA…..y en su parte final indica: LA REINCIDENCIA EN LA INFRACCIÓN SERA SANCIONADA CON MULTA; es decir, no menciona disposición alguna que haya modificado los artículos mencionados.***

*En tal virtud, deberá verificarse que su aplicación de las normas sean observadas en su estricto cumplimiento conforme rezan las mismas; **como es el caso que nos ocupa; si bien admitimos no haber observado el fiel cumplimiento de la normativa** también es cierto que es ésta la primera vez <u>**no siendo reincidentes**</u>, correspondiendo la aplicación del <u>**Art. 99 numeral 1. AMONESTACIÓN de la Ley de Bancos y Entidades Financieras**</u>; así mismo su Autoridad podrá evidenciar que por Auto de fecha 28 de enero de 2011 y notificada a nuestra entidad en fecha 07 de febrero de 2011 a horas 11.20, en su parte resolutiva nos rechazan la suspensión de la ejecución de la sanción instruyendo realizar el depósito dentro de tercer día hábil de la notificación con el presente Auto, caso contrario se declarará la improcedencia del Recurso de Revocatoria; sin embargo por el memorial adjunto se evidencia el incumplimiento en el plazo que nos otorgan, resolviendo un día antes de su cumplimiento el Recurso de Revocatoria (ver memorial adjunto con cargo de recepción), en virtud a los antecedentes descritos, se evidencia con absoluta contundencia la vulneración además de las normas enunciadas líneas arriba, vulneración al debido proceso contemplado en el Art. 115 núm. II. y Art. 14 núm. II, III y V. de la C.P.E.; en tal virtud solicito a su ecuánime imparcialidad REVOCAR la Resolución Sancionatoria, dejando sin efecto el acto administrativo impugnado".*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la

conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. SOBRE LA SANCIÓN.-

El recurrente señala que la sanción a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., debió ser amonestación y no multa de acuerdo a lo establecido en el artículo 99 numeral 1) y artículo 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras vulnerando el principio de legalidad.

En primer término corresponderá verificar la norma, es así que se tiene, que la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en los artículos pertinentes al presente caso establece:

> "***Artículo 99.-*** *Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:*
> ***1.*** *Amonestación.*
> ***2.*** *Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo.*
> ***3.*** *Prohibición temporal para realizar determinadas operaciones u operar determinadas secciones.*
> ***4.*** *Cancelación de la autorización de funcionamiento, conforme a lo prescrito en esta Ley.*
> ***5.*** *Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de directores, síndicos y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente que sólo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada.*
> ***6.*** *Suspensión de las actividades de directores, síndicos, gerentes, administradores y apoderados generales. La suspensión puede ser temporal o permanente. En el primer caso deberá estar respaldada por resolución expresa de la Superintendencia debidamente fundamentada. En el segundo caso, se aplicará cuando exista resolución o auto judicial ejecutoriado; el o los sancionados permanecerán suspendidos de sus actividades, durante la sustanciación de los recursos que les franquea la Ley contra el fallo de suspensión.*
> ***7.*** *Inhabilitación temporal o permanente de directores, síndicos, gerentes, administradores, apoderados generales y empleados para desempeñar cualquier función en el sistema financiero.*
> ***8.*** *Inhabilitación temporal o permanente de accionistas que hubieran contribuido al deterioro de la entidad de intermediación financiera para desempeñar cualquier función en el sistema financiero".*
>
> ***"Artículo 101.-*** *La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas instrucciones y*

circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa."

***"Artículo 102.-** Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse".*

En base a lo anterior, si bien el artículo 99 transcrito supra, establece cuales son los tipos de sanciones administrativas que son pasibles las Entidades Financieras, los artículos 101 y 102 determinan los términos, condiciones y alcance, para su aplicación.

Al respecto, ya el artículo 101 establece, que se aplicará sanción de amonestación cuando la omisión o la **infracción sea considerada leve,** que la misma se deba a actos **no imputables a los representantes legales** y que las infracciones u omisiones **no causen daño a la entidad ni a sus clientes**.

Que el artículo 102 establece, que las multas serán aplicables a la Institución Financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera o la sanción será aplicada **por actos o hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse**.

En el presente caso, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó aplicar una sanción pecuniaria a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., por lo que, corresponde a esta Autoridad analizar y verificar que criterios fueron utilizados para la imposición de la sanción y si se cumplió con los principios de legalidad y debido proceso.

En tal sentido, se tiene ya la Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, criterios confirmados por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que establece:

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

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la ***debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada****, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) naturaleza de los perjuicios causados, c) la reincidencia en la comisión".***

Consecuentemente, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó sancionar a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., con una multa de DEG 1,000.00 (UN MIL 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO) por **el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9, Sección 1, Capítulo XIII, Título X del Reglamento para el Tiempo de Atención a Clientes y Usuarios en las Entidades Supervisadas**, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por la suspensión de la atención a sus socios y clientes el día sábado 23 de octubre de 2010.

Hecho que, se encontraría plenamente probado y que se puede constatar tanto de la documentación adjunta como de la confesión hecha por el recurrente en su Recurso de Revocatoria presentado el 12 de enero de 2011, del cual se extrae el siguiente texto in extenso: "*... si bien admitimos no haber observado el fiel cumplimiento de la normativa, también es cierto que es ésta la primera vez no siendo reincidentes correspondiendo la aplicación del artículo 99 numeral 1 AMONESTACION...*".

Por lo anterior, se puede inferir en primer término, una manifestación expresa al incumplimiento a la normativa, producto del cual, habría emergido la sanción administrativa que ha impuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Asimismo, el ente regulador determinó que en el caso de autos, el hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, que la normativa incumplida se encuentra identificada en el artículo 9, Sección 1, Capítulo XIII, Título X del Reglamento para el Tiempo de Atención a Clientes y Usuarios en las Entidades Supervisadas que señala:

"…*Suspensión de atención a clientes y usuarios en situaciones especiales.- La entidad sólo puede suspender la atención en las siguientes situaciones:*

- ***a)*** *Feriados establecidos oficialmente a nivel nacional y departamental.*
- ***b)*** *Feriados bancarios dispuestos legalmente.*
- ***c)*** *Instrucción de la administración del Órgano Ejecutivo o las Prefecturas de Departamento que dispongan excepcionalmente la suspensión de todas las actividades públicas y privadas.*
- ***d)*** *Instrucción de la gerencia de la entidad ante casos de desastres naturales, manifestaciones violentas, ocupaciones indebidas de instalaciones, actos de terrorismo, amenazas y falta de garantías en la seguridad y funcionamiento en sus instalaciones y operaciones, con objeto de precautelar la seguridad del personal, clientes, usuarios y activos.*

Estas situaciones deben ser oportunamente comunicadas a sus clientes y usuarios e informadas a ASFI".

En los descargos presentados por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., ponen de manifiesto haber realizado una reunión de trabajo con la participación de los Consejeros y todos los funcionarios de la oficina central y agencias, el 23 de octubre de 2010, en el horario de atención al cliente de la Entidad Financiera. Hecho que contrastado con la normativa para suspensión, no corresponde a ninguno de los incisos del artículo arriba transcrito, además que tampoco existe evidencia que se hubiese comunicado a los clientes sobre esta actividad.

Ahora, en cuanto a la proporcionalidad y a la gravedad del hecho, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó lo siguiente:

"(…)

- *Que correspondía imponer una **multa pecuniaria** debido a que se incumplió disposiciones especificas al Reglamento para el Tiempo de Atención a Clientes y Usuarios causando dicha **conducta perjuicios a la entidad así como los clientes** de dicha Cooperativa que no pudieron hacer uso del sistema financiero ni realizar ninguna transacción por lo que la misma no puede ser considerada como **infracción leve**.*

  *Por otra parte, observa la inacción tanto del **Consejo de Administración** como del **Consejo de Vigilancia**, en la observación y cumplimiento de la normativa vigente, y finalmente, se puede argüir el perjuicio causado a sus clientes por qué no han sido informados oportunamente.*

- *Que en el presente caso, se ha evidenciado una **conducta negligente por parte de la entidad que generó el incumplimiento** al haber autorizado la suspensión de atención al público el sábado 23 de octubre de 2010, por lo que, la infracción es imputable a los representantes de la entidad.*

- *Que si bien en el presente caso, no se ha identificado una **conducta reincidente** por parte de la Cooperativa, sin embargo, este hecho no cambia la tipificación de la sanción en virtud a que existieron otros elementos constitutivos del artículo 102, como el grave perjuicio ocasionado a los clientes, así como a la propia entidad, y que este hecho pudo ser evitado ya que el mismo se debió a la conducta negligente de los representantes de la Cooperativa, por lo que, la sanción se ha dado conforme a lo establecido en el artículo 102".*

Es así que en el presente caso se puede evidenciar, que la sanción aplicada no corresponde a la arbitrariedad del ente regulador, como sugiere el recurrente, sino que las sanciones se han dado atendiendo a las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, aspectos que fueron objeto de análisis en el punto 1.1, determinando así una multa de DEG1,000.00 (UN MIL 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO).

Por lo que, se tiene que en el caso de autos se ha seguido de conformidad con el procedimiento establecido en la norma y de acuerdo al principio de legalidad, mismo que conforme precisan los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, supone lo siguiente:

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

De lo expuesto, no cabe duda que el presente proceso ha cumplido con el principio de legalidad, principio de tipicidad, debido proceso, ya que el órgano regulador ha sancionado una conducta típica y antijurídica establecida en la norma, y ha sancionado al recurrente con multa de acuerdo al criterio de proporcionalidad referido con anterioridad, no pudiendo pretender el recurrente alegar una vulneración a sus derechos, por no haber recibido una sanción de amonestación.

2. PLAZO PARA RESOLVER EL RECURSO DE REVOCATORIA.-

En cuanto al argumento presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., que el Recurso de Revocatoria fue resuelto un día antes del cumplimiento del plazo dado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para el cumplimiento de la sanción, se tiene que:

El artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" aprobado mediante Decreto Supremo N°27175 de 15 de Septiembre de 2003, determina en su parágrafo I lo siguiente:

"Los Recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, ***debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".* (Negrillas y subrayado son nuestros).

De lo transcrito, queda claro que para la admisión y posterior resolución del mismo, previamente **se debe** demostrar el cumplimiento de la obligación y/o sanción.

Sin embargo en el presente caso, se tiene que en fecha 12 de enero de 2011, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., interpone el Recurso de Revocatoria.

Que en fecha 31 de enero de 2011, recién la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., solicita a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la suspensión del acto impugnado, solicitud que fue rechazada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

De lo transcrito, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no dio estricto cumplimiento a la normativa, al no comprobar a tiempo de la interposición del Recurso de Revocatoria el cumplimiento de la obligación como manda el citado y transcrito artículo 47 del Reglamento.

Que, la solicitud de suspensión del acto impugnado fue posterior a la presentación del Recurso de Revocatoria, cuando el recurso pudo ser rechazado por el ente regulador en fecha anterior, sin embargo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no procedió con el rechazo y le permitió a la recurrente la cancelación de la sanción hasta la emisión de la resolución.

Por lo que, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., recién en **fecha 8 de febrero de 2011**, realiza el depósito de la multa en cumplimiento a lo determinado en la Resolución Administrativa ASFI N°1076/2010 de 23 de diciembre de 2010.

Hecho que demuestra que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el presente caso, actuó en beneficio de la recurrente dándole la oportunidad de cumplir con la sanción, antes de la emisión de la resolución que resolvería el recurso de revocatoria planteado.

De igual modo, el recurrente debe tomar en consideración que la Resolución Administrativa ASFI N°097/2011 de 9 de febrero de 2011, que resuelve el Recurso de Revocatoria de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "El Chorolque" Ltda., fue posterior al cumplimiento de la sanción establecida en la Resolución Administrativa ASFI N°1076/2010 de 23 de diciembre de 2010.

Por lo expuesto, si bien queda claro que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pudo haber rechazado el recurso, sin embargo actúo en beneficio de la recurrente, permitiéndole su regularización, antes del vencimiento del plazo para emitir la Resolución, por lo que ambas partes convalidaron la omisión, situación que significa, que no existe una vulneración al debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta valoración de la prueba, y ha aplicado correctamente la norma administrativa, dando lugar a que se confirme totalmente la Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo Nº27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR TOTALMENTE** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº097/2011 de 9 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº1076/2010 de 23 de diciembre de 2010.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA
ASFI Nº 007/2011 DE 07 DE ENERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 030/2011 DE 09 DE JUNIO DE 2011

FALLO
ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2011

La Paz, 9 de junio de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.,** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 007/2011 de 07 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 051/2011 de 06 de junio de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de enero de 2011, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.,** representada legalmente por el señor José Gonzalo Trigo Valdivia acreditado mediante Testimonio de Poder No. 367/2006 de 24 de julio de 2006 otorgado por ante Notario de Fe Pública de Primera Clase Nº 86 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Martha Patricia Velarde Plaza, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 007/2011 de 07 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-12645/2011 de fecha de recepción de 02 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 007/2011 de 07 de enero de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 18 de febrero de 2011, notificado en fecha 23 de febrero.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA ASFI/DDC/R-122595/2010 DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Mediante Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero manifestó lo siguiente:

"Señor Trigo:

Me refiero al memorial presentado el 13 de octubre de 2010, mediante el cual solicita se instruya al Banco Los Andes ProCredit S.A. la rectificación de los datos del titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo (CDPF) N° 0038332, así como el pago del mismo.

Al respecto, del resultado de la evaluación efectuada a su reclamo por la Dirección de Supervisión de Valores de esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) contenida en la Comunicación ASFI/DSV/R-111979/2010 de 26 de octubre del presente año, corresponde señalar lo siguiente:

- *El artículo 9 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, Título VIII, Capitulo II Sección 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece de manera expresa e inequívoca que las entidades financieras son las encargadas de llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPF, y que las sucesivas transferencias de un CDPF deben inscribirse en el registro de depósitos de la entidad,* ***siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido*** *o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados.*

- *Asimismo, la citada disposición legal señala que el registro de depósitos deberá consignar todos los gravámenes, anotaciones preventivas secuestros, embargos y otras medidas precautorias que limiten su negociabilidad.*

Por lo anteriormente expuesto de conformidad a los antecedentes planteados de manera precedente, la entidad que usted representa, no habría procedido con el registro

oportuno de CDPF referido ante la entidad financiera bancaria en el marco de la normativa enunciada, para acreditar la titularidad de éste.

En ese sentido y por la existencia de órdenes de retención de fondos emitidos por autoridades jurisdiccionales, el Banco se vería impedido de cumplir con su solicitud, por lo que se recomienda acudir a dichas instancias a efectos de levantar las medidas precautorias adoptadas y hacer valer sus derechos.

No obstante lo anterior, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, manifiesta su predisposición en coadyuvar con la información requerida dentro del marco de sus competencias…"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 10 de diciembre de 2010, **SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, fundamentando lo siguiente:

"… FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO. El Art. 491 del Código de Comercio señala ***'(CONCEPTO). Titulo valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónoma consignado en el mismo.'*** *La papeleta de operaciones N° 229714 de 22 de mayo de 2007 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (FS. 6) y CITE BBV-DM N° 740/2010 de fecha 14 de mayo de 2010 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. evidencian la transferencia del Certificado de DPF N° 0038332 de fecha 22 de mayo de 2007 en operación de ruedo de la Bolsa Boliviana de Valores por BISA S.A AGENCIA DE BOLSA en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., y que conforme el Art. 501 del Código Comercio* ***'(EFECTO JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN). La transmisión de un título implica no sólo el del derecho principal consignado, sino también de los derechos accesorios.'*** *la transmisión se ha materializado con el endoso y entrega del título valor en fecha 22 de mayo de 2007 conforme el Art. 22 literal e) de la Ley de Mercado de Valores* ***Por cada transacción efectuada en favor de sus comitentes, las agencias de bolsa están obligadas a entregar un comprobante en el que conste*** *dicha operación.* ***Este documento hará plena fe de la realización de la Operación;"*** *y art. 36 y 39 del DS. N° 25022 y bajo las previsiones del Art. 1289 del Código Civil* ***"(FUERZA PROBATORIA) III. Con referencia a terceros, el documento público hace fe en cuanto al hecho que ha motivado otorgamiento y a su fecha."*** *quedando plenamente demostrada la TRANSFERENCIA del Título Valor, certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. mediante operación efectuada en fecha 22 de mayo de 2007, conforme se comprueba del documento público* ***CITE BBV- DM N° 740/2010 de fecha 14/05/2010 de la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A. de Compra-Venta del DPF N° 0038332 entre SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. en su calidad de COMPRADOR y BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA en su calidad de VENDEDOR operación registrada en la papeleta de operaciones N° 229714 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.*** *Por lo*

que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. es TITULAR DEL certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007 y poseedora legítima del referido título valor DPF N° 0038332 y conforme el Art. 514 del Código de Comercio ***'(TENEDOR LEGITIMO). Se considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a la norma de su circulación.',*** *estando el título valor debidamente endosado a favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. desde 22 de mayo de 2007 y en poder de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. Por lo que,* ***siendo SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. el TITULAR del Certificados de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007,*** *que es de conocimiento del Banco los Andes Pro Credit, y se niega realizar la RECTIFICACIÓN en los DATOS SOBRE EL TITULAR DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332, amparándose en el Art. 87 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Cartas Circulares SB/2806/2008 de fecha 19 de noviembre de 2008, ASFI/306/2009 de 04 de junio de 2009, ASFI/1332/2009 de 10 de septiembre de 2009, de FECHAS POSTERIORES A LA TRANSFERECNAI DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 POR SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA, violentando a todas luces nuestro derecho constitucional previsto en el Art. 130.I de la Constitución Política del Estado, violentándose nuestro derecho a la propiedad señalado en el Art. 56 de la CPE, SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. como propietaria, Titular del DPF referido está siendo ilegal e indebidamente impedida de rectificar los datos registrados sobre la TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 EN EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, asimismo, impedida de realizar el respectivo cobro.*

Por otra parte, la ASFI en conocimiento de esta negativa de rectificar los datos del TITULAR del certificado de depósito a plazo fijo N° 0038332, agrava la lesión con su negativa de instruir al Banco Los Andes Pro Credit la correspondiente rectificación de datos, con lo que se lesiona nuestro derecho a la rectificación, consagrado en el Art. 130 de la Constitución Política del Estado…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 007/2011 DE 07 DE ENERO DE 2011.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N°. 007/2011 de 07 de enero de 2011, resuelve confirmar en todas sus partes lo manifestado en la Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, de acuerdo a la siguiente fundamentación:

"…CONSIDERANDO

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, determina en el artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del

Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores y seguros.

Que, en ese marco, el Artículo 153° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es el órgano rector del sistema de control de toda la captación de recursos del público y de intermediación financiera del país; la misma que tiene como uno de sus objetivos, mantener un sistema financiero sano y eficiente.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema No. 02861 de 16 de abril de 2010, el señor Presidente del Estado Plurinacional, designó al Lic. Reynaldo Yujra Segales, como Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO

Que, el 10 de diciembre de 2010, SUDAVAL Agencia de Bolsa S.A., interpone Recurso de Revocatoria contra la decisión expuesta en la Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, bajo los siguientes argumentos:

- *La papeleta de operaciones N° 229714 de 22 de mayo de 2007 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. y CITE BBV-DM N° 740/2010 de fecha 14 de mayo de 2010 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. evidenciarían la transferencia del Certificado de DPF N° 0038332 de 22 de mayo de 2007 en operación de ruedo de la Bolsa Boliviana de Valores por BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA a favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., y que conforme al artículo 501 de Código de Comercio la transmisión se ha materializado con el endoso y entrega del título valor en fecha 22 de mayo de 2007.*

- *Conforme el artículo 22, literal e) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, por cada transacción efectuada a favor de sus comitentes, las agencias de bolsa están obligadas a entregar un comprobante en el que conste dicha operación, este documento hará plena fe de la realización de la operación, quedando plenamente demostrada la transferencia del Título Valor a favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA, conforme se demuestra en el documento público CITE BBV-DM N° 740/2010 de 14 de mayo de 2010 de la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.*

- *En este sentido BANCO LOS ANDES PROCREDIT, se negaría a realizar la RECTIFICACIÓN en los DATOS SOBRE EL TITULAR DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 amparados en el artículo 87 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, violentando su derecho constitucional.*

- *ASFI en conocimiento de esta negativa de rectificar los datos del titular, agrava la lesión con su negativa de instruir al Banco Los Andes PRO CREDIT S.A. la correspondiente rectificación de datos, lesionando nuestro derecho a rectificación.*

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 491 del Código de Comercio, establece que el título valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo consignado en el mismo.

Que, el artículo 501 del Código de Comercio determina que la transmisión de un título implica no sólo el del derecho principal consignado sino también de los derechos accesorios.

Que, a su vez, el artículo 9 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece de manera expresa e inequívoca que las entidades financieras son las encargadas de llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPF, y que las sucesivas transferencias de un CDPF deben inscribirse en el registro de depósitos de la entidad, siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados.

Que, asimismo, la citada disposición legal señala que el registro de depósitos deberá consignar todos los gravámenes, anotaciones preventivas secuestros, embargos y otras medidas precautorias que limiten su negociabilidad.

CONSIDERANDO:

Que, con relación a la tramitación del presente Recurso de Revocatoria, interpuesto contra la Nota ASFI/DDC/R-12295/2010 de 22 de noviembre de 2010, es necesario realizar algunas precisiones.

Que, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175, Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI de 15 de septiembre de 2003, señala que los actos de la Administrativos de menor jerarquía o de

orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.

Que, el parágrafo I, del artículo 20 del señalado Decreto, determina que para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución debidamente fundada y motivada.

Que, de acuerdo a lo señalado por los artículos precedentemente citados, el Órgano Regulador solamente podría resolver Recursos de Revocatoria interpuestos contra Resoluciones y no así contra actos de 'mero trámite' como se les denomina en la doctrina, o de 'menor jerarquía' como se los llama por el Decreto Supremo 27175, (Cartas, Circulares, Comunicaciones), en tal sentido a continuación corresponde hacer un análisis de la situación planteada.

Que, el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2314 (sic) de 23 de abril de 2002, señala que la Ley tiene por objeto: b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública; y c) Regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados.

Que, de lo señalado en la referida Ley, se puede apreciar que el objeto de la misma es hacer efectivo el derecho de petición del recurrente, en tal sentido, al resolver un Recurso de Revocatoria en contra de un acto de "mero trámite", se está cumpliendo con tal precepto; así mismo con relación a la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos, en el presente caso SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA, considera que se le ha vulnerado sus derechos, por lo que necesita una respuesta fundamentada a su solicitud, plasmada como una Resolución que resuelva su Recurso.

Que, siguiendo con el análisis de la Ley de Procedimiento Administrativo, corresponde hacer referencia a los principios consagrados en el artículo 4 de este cuerpo legal, entre los cuales se mencionan el Principio de Eficacia, por el cual todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas; y el Principio de Economía, simplicidad y celeridad que debe ser aplicado a todo procedimientos administrativo.

Que, por lo señalado, y recordando el carácter principista del procedimiento Administrativo, queda suficientemente claro que el procedimiento tramitado, debe ser cumplido evitando cualquier dilación al recurrente, por lo que no es necesario realizar un procedimiento previo a manifestar una posición clara respecto a una controversia que le afecta al recurrente en sus derechos, se debe ser simple y practicar la economía procesal en el procedimiento administrativo, más aún cuando se está

logrando llegar a la finalidad requerida, dar una respuesta fundamentada a una pretensión.

Que, para arribar a una primera conclusión, corresponde recurrir a la Jerarquización Normativa, en virtud de la cual la Ley se encuentra por encima de lo preceptuado en un Decreto Supremo, por lo que en ese sentido corresponde la tramitación del presente Recurso de Revocatoria en contra de la Nota ASFI/DDC/R-12295/2010 de 22 de noviembre de 2010.

Que, siguiendo con el análisis de la cuestión planteada, es necesario mencionar a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 14 de diciembre de 2005, en la cual y con respecto a lo analizado se señala: ..'La previsión normativa descrita, (al referirse al párrafo I, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175), constituye una garantía a favor del administrado para poder ejercer su irrestricto derecho a la defensa permitiéndole la facultad de impugnar actos administrativos, que si bien no están plasmados en una Resolución Administrativa, ***pueden tener una naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos, aspecto que al no estar consignado en un acto administrativo propiamente dicho (Resolución Administrativa) de ninguna manera puede imposibilitar que el administrado pueda presentar impugnaciones correspondientes en la vía administrativa'***

Que, el precedente administrativo señalado corrobora el análisis realizado anteriormente, por lo que en aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 y de lo manifestado por la ex - Superintendencia general (sic) del Sistema de Regulación Financiera, es procedente la tramitación de un Recurso de Revocatoria contra un acto de menor jerarquía.

CONSIDERANDO

Que, previamente a entrar en el análisis de las consideraciones expuestas por el recurrente, corresponde realizar las siguientes precisiones:

El artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, señala que son títulos valores los normados por el Código de Comercio, el cual a su vez en su artículo 1383 determina que el depósito de dinero a plazo fijo es restituible una vez transcurrido el plazo convenido, con la sola presentación del certificado de depósito.

Que, consecuentemente el artículo 250 Código de Comercio señala que las sociedades anónimas llevarán un registro de acciones con las formalidades de los libros de contabilidad, de libre consulta para los accionistas, especificando además el detalle del contenido de cada título valor, entre los cuales se encuentran los datos generales y particulares del titular, aspecto que refleja la obligatoriedad de un registro en el caso del DPF N° 0038332, analizado en el presente caso.

Que, por su parte el artículo 251 del ya señalado Código de Comercio, señala que la sociedad, en el caso analizado el Banco Los Andes ProCredit S.A., considera como dueño de las acciones nominativas a quien aparezca inscrito como tal en el título y en el registro de las acciones, en el caso del DPF N° 0038332, aparece como titular el señor Javier Calvo Kirigin, por lo que la retención instruida recayó sobre el titular, de acuerdo a lo señalado en la normativa.

Que, el artículo 9, sección 2, del Capítulo II, del título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, con referencia al registro del depósito señala que Las (sic) entidades financieras deberán llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPFs expedidos, detallando las características de los mismos.

Las sucesivas transferencias de un CDPF deberán inscribirse en el registro de depósitos de la entidad, siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. ***La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados.***

Este registro de depósitos de la entidad es el único válido para todos los efectos derivados de la retención de depósitos o del pago de sus intereses, así como para la inscripción de anotaciones preventivas. *Si a la fecha de vencimiento de un CDPF el endosatario no figurase en dicho registro como titular, se procederá con la actualización del registro antes de su redención, previa verificación de la validez y autenticidad del CDPF, o según el procedimiento establecido en el artículo 16 de la referida sección para CDPFs desmaterializados. Toda inscripción de medidas precautorias que realice una entidad financiera sobre un depósito cuyo CDPF se encuentre representado mediante anotación en cuenta, deberá ser comunicada simultáneamente a la Entidad de Depósito de Valores, con el propósito de limitar la negociabilidad del citado CDPF. Cuando por alguna situación excepcional, la Entidad de Depósito de Valores hubiera efectuado la inscripción de gravámenes o medidas precautorias por instrucción directa de juez competente, dicha entidad está obligada a informar en forma simultánea a la entidad emisora del CDPF, con el objeto que se actualicen los registros de ésta; de no ser así, la Entidad de Depósito de Valores asumirá plena responsabilidad sobre esos gravámenes o medidas precautorias y sobre las acciones judiciales que se podrían derivar de tal omisión.*

Que, de acuerdo a lo claramente señalado por la normativa del sector y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el registro del título valor tiene un efecto directo sobre las transacciones que con este se pudieran realizar, tanto para las señaladas transacciones como para las retenciones que pudieren realizarse, siendo los responsables de realizar el registro el nuevo titular o la Entidad de Depósito de Valores.

Que, por las consideraciones expuestas, y siendo aplicadas al caso particular, se debe señalar que entre las obligaciones de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA, estaba la de realizar el cambio de la titularidad del DPF N° 0038332, aspecto que al no ser cumplido, causo un (sic) Retención Judicial diferente a la deseada, por lo que a la fecha no corresponde que la Entidad Financiera realice el cambio de nombre del DPF, siendo este un aspecto de orden judicial.

Que, en cuanto a la obligación que tenía la Agencia de Bolsa, se debe señalar que el Organismo de Supervisión, está iniciando las investigaciones necesarias con relación al incumplimiento de su obligación de realizar el reporte del DPF N° 0038332.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a los argumentos expuestos por el recurrente en el Recurso de Revocatoria, corresponde realizar el siguiente análisis:

- *Es evidente que existe una papeleta de operaciones emitida por la Bolsa Boliviana de valores S:A:, (sic) no obstante por tratarse de un título valor que está sujeto a un registro es estrictamente necesario que este sea registrado cada vez que cambia el Titular del Certificado, en ese sentido la papeleta de operaciones no acredita el cambio de la titularidad.*

- *De acuerdo al artículo 9 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo dispone de manera expresa e inequívoca que las entidades financieras son las encargadas de llevar un registro cronológico y correlativo de los CDPFs, y que las sucesivas transferencias de un CDPF deben inscribirse en el registro de depósitos de la entidad,* ***siendo el nuevo titular el obligado a cumplir con este cometido*** *o la Entidad de Depósito de Valores para el caso en que éste hubiera sido representado mediante anotación en cuenta en su sistema de registro. La entidad financiera sólo reconocerá como titular o legítimo tenedor de un CDPF al último propietario, acreedor o mandatario que figure en sus propios registros, sin asumir responsabilidad ulterior por actos de disposición no comunicados, por lo señalado el Banco Los Andes ProCredit, simplemente aplicó la normativa señalada, siendo obligación del titular y de la Entidad de Depósito de Valores, realizar el cambio del titular.*

- *A la fecha existe una retención judicial, sobre el DFP N° 0038332, ordenado por la Dra. Carolina Terrazas Siles, Juez 7mo. de Sentencia de La Paz, que fue efectivizado por instrucción de la Carta Circular /SB/2806/2008 de 19 de noviembre de 2008, aspecto que imposibilita el cambio del nombre del titular del DPF señalado.*

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo al análisis realizado en la presente resolución, y toda vez que los argumentos esbozados por el recurrente no desvirtuaron lo señalado por la Nota

ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, corresponde confirmar en todas sus partes la referida nota.

Que, Informe ASFI/DDC/R-136398/2010 de 24 de diciembre de 2010, ha concluido señalando que los argumentos expuestos por el recurrente no son razonables para dejar sin efecto la Nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 28 de enero de 2011 SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A**.,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 007/2011 de 07 de enero de 2011, fundamentado lo siguiente:

"…FUNDAMENTOS DE DERECHO.

*La TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO. El Art. 491 del Código de Comercio señala '**(CONCEPTO). Título valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónoma consignado en el mismo.'** La papeleta de operaciones N° 229714 de 22 de mayo de 2007 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (FS. 6) y CITE BBV-DM N° 740/2010 de fecha 14 de mayo de 2010 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. evidencian la transferencia del Certificado de DPF N° 0038332 de fecha 22 de mayo de 2007 en operación de ruedo de la Bolsa Boliviana de Valores por BISA S.A AGENCIA DE BOLSA en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A., y que conforme el Art. 501 del Código Comercio **'(EFECTO JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN). La transmisión de un título implica no sólo el del derecho principal consignado, sino también de los derechos accesorios.'** la transmisión se ha materializado con el endoso y entrega del título valor en fecha 22 de mayo de 2007 conforme el Art. 22 literal e) de la Ley de Mercado de Valores **'Por cada transacción efectuada en favor de sus comitentes, las agencias de bolsa están obligadas a entregar un comprobante en el que conste dicha operación. Este documento hará plena fe de la realización de la Operación;'** y art. 36 y 39 del DS. N0 25022 y bajo las previsiones del Art. 1289 del Código Civil '**(FUERZA PROBATORIA) III. Con referencia a terceros, el documento público hace fe en cuanto al hecho que ha motivado otorgamiento y a su fecha.'** quedando plenamente demostrada la TRANSFERENCIA del Título Valor, certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 en favor de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. mediante operación efectuada en fecha 22 de mayo de 2007, conforme se comprueba del **documento público CITE BBV- DM N° 740/2010 de fecha 14/05/2010 de la BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A. de Compra-Venta del DPF N° 0038332 entre SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. en su calidad de COMPRADOR y BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA en su calidad de VENDEDOR operación registrada en la papeleta de operaciones N° 229714 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores** S.A. Por lo que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., es TITULAR DEL certificado de DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007 y poseedora legítima del referido título valor DPF N° 0038332 y conforme el Art. 514 del Código de Comercio **'(TENEDOR LEGÍTIMO). Se considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a la norma de su circulación.'**, estando el título valor debidamente endosado a favor de*

SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. desde 22 de mayo de 2007 y en poder de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. Por lo que, ***siendo SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. el TITULAR del Certificados de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007,*** *que es de conocimiento del Banco los Andes Pro Credit, y se niega realizar la RECTIFICACIÓN en los DATOS SOBRE EL TITULAR DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332, amparándose en el Art. 87 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Cartas Circulares SB/2806/2008 de fecha 19 de noviembre de 2008, ASFI/306/2009 de 04 de junio de 2009, ASFI/1332/2009 de 10 de septiembre de 2009, de FECHAS POSTERIORES A LA TRANSFERENCIA DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332, violentando a todas luces nuestro derecho constitucional previsto en el Art. 130.I de la Constitución Política del Estado, violentándose nuestro derecho a la propiedad señalado en el Art. 56 de la CPE, violentándose nuestro derecho al trabajo señalados en el Art. 46 y 47.1 de la constitución política del Estado, SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. como propietaria, Titular del DPF referido está siendo ilegal e indebidamente impedida de rectificar los datos registrados sobre la TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 EN EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, asimismo, impedida de realizar el respectivo cobro, violentando lo dispuesto por el Art. 410 de la Constitución Política del Estado.*

VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

La ASFI habiendo constatado documentalmente que SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. es titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 desde el 22 de mayo de 2007 por las pruebas aparejadas al Recurso de revocatoria, y la fecha de vencimiento 10 de mayo de 2010, corresponde la rectificación en los datos del titular, violenta nuestro derecho a la propiedad privada, al derecho al trabajo y nuestro derecho a la rectificados (sic) de datos del titular en el Certificado de Depósito a Plazo Fijo por ante el Banco Los Andes Pro Credit.

1. *El derecho a la* ***PROPIEDAD PRIVADA,*** *sea esta individual o colectiva, se encuentra consagrada en los términos del art. 56 de la Constitución Política del Estado, asimismo el* ***DERECHO AL TRABAJO*** *se encuentra protegido conforme lo señalado por loa (sic) Arts. 46 y 47.1 de la Constitución Política del Estado, y derecho a estar correctamente registrado en los bancos de datos. Además, los derechos reconocidos por la constitución son inviolables, universales, indivisibles y progresivos que el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos conforme lo establecido en el Art. 13.I de la CPE. En el presente caso el Dirección Ejecutiva de la ASFI, sin considerar el derecho propietario, el de trabajo, el derecho a la rectificación de los datos de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. rechaza nuestra petición de RECTIFICACIÓN EN LOS DATOS DE TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 A NOMBRE DE SU TITULAR SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. POR ANTE EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, violentando con esta decisión nuestro derecho constitucional a la propiedad privada, al trabajo y la rectificación de los datos del titular. A fin de garantizar mis derechos violentados su autoridad revoque la decisión del a quo e instruya rectificación en los datos del titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 a nombre de su titular Sudaval Agencia de Bolsa SA., y su correspondiente pago. 1. Por otra parte, la Dirección*

Ejecutiva de la ASFI, al emitir la Resolución ahora impugnada, se ampara en el Art. 9 del Reglamento de Depósito a Plazo Fijo, Título VIII, Capítulo II, Sección 2 de la recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras cuando en su calidad de Servidor Público omite cumplir con la sagrada disposición del Art. 410 de la Constitución Política del Estado 'I. Toda las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e Instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. II La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y ***goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.****...' cuando por disposición del art. 13.1 de la CPE. 'Los derechos reconocidos por esta constitución son Inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos protegerlos y respetarlos.' en cuyo marco la Dirección Ejecutiva de la ASFI tiene el deber jurídico de respetar y proteger el derecho propietario de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. deber jurídico omitido en la Resolución ASFI/N^{0} 007/2011 de fecha 7/01/2011, en la misma línea, la ASFI, debido a la naturaleza de las actividades de desarrolla SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., violenta el derecho al trabajo de SUDAVAL, estando este derecho consagrado y protegido por la Constitución Política del Estado que goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Su autoridad en resguardo de mis derechos violentados por el A quo Revoque la decisión del inferior e instruya rectificación en los datos del titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 a nombre de su titular Sudaval Agencia de Bolsa SA., y su correspondiente pago.*

2. *Por otra parte, la Dirección Ejecutiva de la ASFI, al emitir la Resolución ahora impugnada, se ampara en el Art. 9 del Reglamento de Depósito a Plazo Fijo, Título VIII, Capítulo II, Sección 2 de la recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras cuando en su calidad de Servidor Público omite cumplir con la sagrada disposición del Art. 410 de la Constitución Política del Estado "I. Toda las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. II La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y* ***goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.*** *..." cuando por disposición del art. 13.I de la CPE. "Los derechos reconocidos por esta constitución son Inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos protegerlos y respetarlos." en cuyo marco la Dirección Ejecutiva del (sic) ASFI tiene el deber jurídico de respetar y proteger el derecho propietario de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA. deber jurídico omitido en la Resolución ASFI/N^{0} 007/2011 de fecha 7/01/2011, en la misma línea, la ASFI, debido a la naturaleza de las actividades de desarrolla SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., violenta el derecho al trabajo de SUDAVAL, estando este derecho consagrado y protegido por la Constitución Política del Estado que goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Su autoridad en resguardo de mis derechos violentados por él A quo Revoque la decisión del inferior e instruya rectificación en los datos del titular del Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 a nombre de su titular Sudaval Agencia de Bolsa SA., y su correspondiente pago.*

3. *La ASFI habiendo lesionado el derecho a la propiedad de SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., sobre el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 y lesionado el derecho al característica de nuestras actividades, continúa violentando los derechos de SUDAVAL reconocidos y garantizados por la Constitución, negándonos nuestro derecho a la RECTIFICACIÓN DE LOS DATOS DE TITULARIDAD DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO N° 0038332 POR ANTE EL BANCO LOS ANDES PRO CREDIT, permitiendo que SUDAVAL sea privado de realizar el cobro del Certificado de Depósito a Plazo Fijo, incluso permitiendo que exista apropiación indebida de nuestros fondos.*

De la relación expuesta, la Resolución ASFI/N⁰ 007/2011 de fecha 7 de enero de 2011, incluso sin considerar el Certificado de Depósito a Plazo Fijo N° 0038332 a sido transferido a SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA SA., en fecha 22 de mayo de 2007, fecha muy anterior a cualquiera de los procesos iniciados contra Javier Calvo Klrigin, violenta nuestros derechos a la propiedad, al trabajo y a la rectificación de dato, para lo que, antepone el Art. 9 del Reglamento de Depósito a Plazo Fijo, Título VIII Capítulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras a lo dispuesto por la Ley de Comercio (Art. 491, 501, 1383), Código Civil (Art. 1289), Ley de Mercado de Valores (Art. 22 e)), Reglamento emitido por el entonces SBEF que se antepone a la LEY, es más, la Dirección Ejecutiva de la ASFI violenta nuestros derechos constitucionales antepone al Art. 9 del Reglamento, emitido por la SBEF, ya referido al Art. 410 de la ***Constitución Política del Estado,*** *con lo que ha violentada la aplicación misma de las normas y en consecuencia vulnera nuestros derechos constitucionalmente consagrados y protegidos. Por lo que mediante la resolución de (sic) presente recursos jerárquico debe tutelarse nuestros derechos hasta ahora lesionados…"*

CONSIDERANDO:

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo.

En este contexto, con carácter previo a realizar un análisis de los agravios presentados por el recurrente, es deber realizar el respectivo control de legalidad de los actos administrativos llevados a cabo por la autoridad supervisora, ya que ésta manifiesta la procedencia de admitir un recurso de impugnación sobre una acto administrativo de menor jerárquica y posteriormente emitir pronunciamiento mediante Resolución Administrativa con los fundamentos transcritos ut supra, mismos que merecen una compulsa adecuada sobre lo señalado por la ASFI y lo establecido por el procedimiento administrativo, cual se procede a continuación:

La autoridad fiscalizadora hace alusión a los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 sobre el procedimiento legalmente establecido para la impugnación de los pronunciamientos administrativos de menor jerarquía, admitiendo que

la respuesta emitida mediante nota ASFI/DDC/R-122595/2010 de 22 de noviembre de 2010, constituye una acto administrativo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 19 de la citada disposición reglamentaria administrativa; empero acto seguido, justifica la procedencia del recurso de revocatoria interpuesto y posterior pronunciamiento mediante Resolución Administrativa Revocatoria haciendo alusión a la "*necesidad de hacer efectivo el derecho de petición del recurrente así como a regular la impugnación de las actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados*", aspectos establecidos en el artículo primero, incisos b) y c), de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 en consecuencia – manifiesta la ASFI – que al resolver la impugnación realizada por SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A. sobre la nota de referencia se está cumpliendo con los preceptos legales establecidos en la ley de procedimiento Administrativo.

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

Ahora bien, si bien el derecho de petición exige una respuesta pronta y fundamentada, dicha respuesta debe cumplir con el procedimiento legalmente establecido sin mayores dilaciones, y el pretender suprimir plazos y procedimiento **no es hacer efectivo un derecho con prontitud sino es ir contra la norma**, vulnerando el procedimiento legalmente establecido, actuando de manera arbitraria frente a lo que establecen las disposiciones legales con el frágil argumento de hacer efectivo este derecho.

Asimismo, la facultad discrecional que le otorga el procedimiento administrativo a la autoridad pública de regular las impugnaciones de las actuaciones administrativas, no implica darle a dicha facultad la atribución de apartarse de las reglas procedimentales que le norma exige a momento de emitir pronunciamiento, ya que dicha omisión al cumplimiento de la norma – amparado en una eventual facultad discrecional – no es legalmente sustentable adentrándose más bien a un ámbito de arbitrariedad con el eminente riesgo de crear un caos procedimental frente a los demás administrados que en el futuro solicitaran *(con el fundamento del efectivo ejercicio a un derecho de petición)*, que la autoridad legal se aparte del procedimiento normativo legalmente establecido para emitir un pronunciamiento "pronto y oportuno". En consecuencia el derecho de petición del administrado no constituye una causal para justificar la omisión del procedimiento establecido ni el incumplimiento de la ley para ser efectivo este.

Por otro lado el principio de eficacia al que también hace referencia la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para obviar pasos en el procedimiento establecido señala que "*todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas*" al respecto, el cumplir con el procedimiento establecido no puede ser interpretado como una "*dilación indebida*" ya que este al constituirse en norma es de

cumplimiento obligatorio por los operadores de justicia – en este caso por la autoridad administrativa – penalizando su incumplimiento con la nulidad del acto desvirtuando la esencia misma del principio antes señalado, habiendo nuevamente el órgano fiscalizador actuado al margen del procedimiento legalmente establecido; más aún, si manifiesta también que con la omisión del cumplimiento de los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo Nº 27175 se está dando cumplimiento al principio de economía simplicidad y celeridad pretendiendo invocar estos como justificación para omitir dar aplicación a las reglas procedimentales de la norma administrativa.

Tampoco es responsable por parte de la autoridad reguladora señalar que por el carácter principista del procedimiento administrativo se debe obviar el cumplimiento del procedimiento manifestando de manera textual que "***no es necesario realizar un procedimiento previo al manifestar una posición clara respecto a una controversia que le afecta al recurrente en sus derechos***". *Dicha* alusión, atenta contra el debido proceso y al sometimiento pleno a ley al que deben regirse los actos administrativos.

Finalmente, respecto a la jerarquización normativa, esta implica la existencia de una diversidad de normas jurídicas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango, en este sentido el efecto contrario de una norma a otra abre la opción legal de aplicar el principio de la jerarquía normativa estableciéndose como un requisito la incompatibilidad y/o contradicción de las disposiciones legales relacionada a la materia para emplear lo establecido por el artículo 410 de la Constitución Política del Estado.

Por otro lado, y para mayor ilustración corresponde traer a colación los argumentos factico jurídicos esbozados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010 de 27 de agosto de 2010, que tienen vinculancia al presente caso; precedente administrativo que de manera clara y precisa establece los lineamientos procedimentales administrativos a seguir en relación a los actos administrativos de menor jerarquía, a saber:

> *"Posteriormente POZO & ASOCIADOS C.P.A. S.R.L. interpone Recurso de Revocatoria contra la mencionada nota y la Autoridad de Supervisión emite "Resolución Administrativa Revocatoria"; asumiendo que el acto administrativo recurrido (nota ASFI/DSV/R-11853/2010), constituía un acto administrativo definitivo; sin embargo la ASFI declara la improcedencia del recurso interpuesto por no cumplir con los presupuestos procesales establecidos en el artículo 47 del Decreto Supremo Nº 27175 en referencia a la procedencia de los recursos contra resoluciones definitivas, es decir rechaza el recurso por determinar que el mismo es un acto de mero trámite, contradicción legal en la que incurre instancia inferior.*
>
> *Continuando con el análisis, si tomamos en cuenta la parte resolutiva de la cuestionada Resolución Revocatoria ASFI Nº 243/2010 de 30 de marzo de 2010, en la que se declara la improcedencia del recurso interpuesto por no ser una acto administrativo definitivo; La Autoridad reguladora no debió emitir Resolución motivada, sino que debió encausar el procedimiento de acuerdo a los presupuestos procesales establecidos por el artículo 42 de la ley de Procedimiento Administrativo;*

desnudándose una contradicción mas.

Por otro lado, si consideramos la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010 como un acto administrativo definitivo; la ASFI tampoco ha cumplido con los presupuestos procesales establecidos en el artículo 25 del Decreto Supremo Nº 27175, referente a la forma de notificación que debió realizar de acuerdo a lo expresado ut supra.

De acuerdo a lo manifestado, es evidente que la Autoridad de Supervisión cometió una serie de contradicciones que generan una incorrecta aplicación del procedimiento administrativo.

De acuerdo a lo manifestado, el recurrente cuestiona de manera categórica la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010; en sentido de que; si este constituye un acto administrativo definitivo o de mero trámite; acto que fue producto de impugnación mediante Recurso de Revocatoria y Jerárquico; correspondiendo entonces compulsar los antecedentes sobre lo señalado líneas arriba y establecer la adecuada aplicación del procedimiento.

Debemos analizar tanto el cumplimiento de las normas procesales precitadas como los actos administrativos realizados por la Autoridad de fiscalización y de este modo determinar los eventuales vicios procedimentales denunciados por el recurrente, la correcta aplicación de procedimiento establecido y la fundamentación y/o motivación de los actos administrativos emitidos.

Es muy importante dejar expresamente establecido que el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 que aprueba el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera constituye en procedimiento especial para la tramitación de los procesos, recursos e impugnaciones de la actividad regulatoria financiera, siendo de especial y previa aplicación a cualquier otra disposición legal; es así que dicha norma realiza una diferenciación de la condición de Resolución Administrativa con otros actos administrativos de menor jerarquía disponiendo lo siguiente:

> *"Artículo 17.- (Concepto).*
>
> *I. Para los fines de este Reglamento, Resolución Administrativa es aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados.*
>
> *II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto:*
>
> *a) Mención de tal calidad.*
> *b) Número de identificación correspondiente.*
> *c) Lugar y fecha de expedición.*

d) Los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan.
e) La decisión clara y expresa del Superintendente que la expide y;
f) La firma de la autoridad que la expidió."

"Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos). Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación."

"Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).

I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada."

De acuerdo a las disposiciones legales precedentemente citadas, el procedimiento especial en materia de regulación financiera establece; para que los actos administrativos sean susceptibles a ser recurridos por la vía revocatoria necesariamente deben ser actos debidamente motivados de hecho y derecho mediante una "Resolución Administrativa" y no una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), que se encuentra catalogada como un acto administrativo de menor jerárquica en concordancia con el citado artículo 19º.

Siguiendo este contexto, el Capítulo V, Sección II, artículos 46 y 47 del Decreto Supremo Nº 27175 establecen la impugnación con Recurso de Revocatoria y su procedencia de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 46, "Las Resoluciones Administrativas de los Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió."

Artículo 47, "Parágrafo I "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento."

Tenemos entonces, que es disposición expresa que la procedencia de los recursos de revocatoria son contra Resoluciones Administrativas y no contra actos administrativos de menor jerarquía.

Si bien es cierto, que la norma regulatoria del sistema financiero delega la responsabilidad al regulado para solicitar que consigne el acto administrativo (nota ASFI/DVS/V/R-11853/2010) en una Resolución Administrativa, tampoco es menos cierto que en caso de omisión por parte del administrado, la Autoridad Fiscalizadora debió reencauzar el procedimiento en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 42 y 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establecen:

> *"ARTÍCULO 42º.- (CALIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO). El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación."*
>
> *"ARTÍCULO 43º.- (SUBSANACIÓN DE DEFECTOS). Si la solicitud de iniciación del procedimiento no reúne los requisitos legales esenciales, la Administración Pública requerirá al interesado para que en un plazo no superior a cinco (5) días subsane la deficiencia o acompañe los documentos necesarios, con indicación de que, si así no lo hiciera, se dictará resolución teniendo por desistida su solicitud."*

En consecuencia, el procedimiento regulatorio llevado a cabo por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no fue concordante con las disposiciones legales administrativas que rigen la materia, así como la Resolución Revocatoria ASFI Nº 243/2010 de 30 de marzo de 2010 adolece de una serie de contradicciones tanto en su ratio decidendi como en el decisum conculcando de esta manera el debido proceso al que debe circunscribirse la administración como los demás sujetos procesales;"

Como se puede apreciar, el procedimiento administrativo para el sistema de Regulación Financiera establece un procedimiento claro y expreso para el tratamiento de los actos administrativos catalogados como de menor jerarquía, situación que no puede ser soslayada por la autoridad administrativa a momento de emitir pronunciamiento, menos pretender justificar su actuar con principios y disposiciones legales que no corresponden ser aplicadas de la manera que se hizo por lo que corresponde anular el procedimiento llevado a cabo y emitir un pronunciamiento respetando el procedimiento legalmente establecido.

CONSIDERANDO:

Que, al haberse evidenciado omisiones en la aplicación del procedimiento administrativo dentro el trámite del presente proceso, condicionando la legalidad y eficacia del pronunciamiento emitido por la autoridad fiscalizadora no corresponde a esta instancia jerárquica adentrase a considerar el fondo de la problemática planteada en tanto no se subsanen los defectos procesales identificados.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre

de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR lo actuado en el procedimiento administrativo tramitado, hasta la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 007/2011 de 07 de enero de 2011, inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cumplir el procedimiento legalmente establecido en relación a la impugnación de los actos administrativos de menor jerarquía conforme lo establece la Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación Financiera de acuerdo a lo compulsado en la presente resolución

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 DE 20 DE ENERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 031/2011 DE 24 DE JUNIO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2011

La Paz, 24 de junio de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 20 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 011/2011 de fecha 11 de mayo de 2011 el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 066/2011 de fecha 17 de junio de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 10 de febrero de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** representada legalmente por Julio Vargas León, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 563/2001 otorgado en fecha 3 de octubre de 2001, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase

Nº 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 20 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota AP/DJ/443/2011 con fecha de recepción 15 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 20 de enero de 2011 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010.

Que, mediante Auto de fecha 17 de febrero de 2011, se acepta y aprueba la excusa presentada por la abogada Ericka Marisol Balderrama Pérez, Jefa de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, disponiendo su separación para el conocimiento y sustanciación del recurso interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC Nº 016-2011 de 20 de enero de 2011, y se designa a la abogada Patricia Viviana Mirabal Fanola, Jefa de la Unidad del Sistema de Reparto, para que asuma las responsabilidades y obligaciones en la tramitación del proceso recursivo señalado.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de febrero de 2011, notificado a la recurrente en fecha 21 de febrero de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 20 de enero de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros).

Que, mediante Auto de fecha 18 de febrero de 2011, se dispone la notificación de las siguientes personas: Ilse Adriana Rivera Arteaga, Gloria Solíz viuda de Rivera y Margarita I. Troncoso Castellón, esta última como tutora legal de la menor de edad Elisa Lucero Rivera Troncoso; asimismo se dispone que los terceros legítimos interesados se apersonen y presenten sus alegatos en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles administrativos, disposición que es comunicada a las personas terceras interesadas mediante publicación en el periódico La Razón de fecha 15 de marzo de 2011; en cuanto a la señora Margarita I. Troncoso Castellón, tutora legal de la menor de edad Elisa Lucero Rivera Troncoso, se la notificó en fecha 22 de febrero de 2011.

Que, en fecha 8 de abril de 2011, a horas 10:40 a.m., se recibió la Exposición Oral de Fundamentos de los señores Marcello Saavedra Santoro, Analista Legal, y Juan Luis Quiróz Aguirre, Analista de Beneficios y Prestaciones, ambos en representación de la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

Que, mediante nota APS/DJ/316/2011 de fecha 21 de abril de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros acreditó la documentación complementaria que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 085/2011 de fecha 20 de abril de 2011, correspondiente a:

- Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes a cargo de una Administradora de Fondos de Pensiones, suscrito en fecha 22 de enero de 2008, entre Futuro de Bolivia S.A. AFP y la señora Gloria Soliz Villagomez Vda. de Rivera.

- Nota FUT.SUP.CC-M 2022/2008 de fecha 12 de diciembre de 2008, dirigida a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y referida a "*CC-Mensual Valentín Franklin Rivera Fernandez*".

- Nota SPVS/IP/DPC/3114/2008 de fecha 17 de diciembre de 2008, dirigida a Futuro de Bolivia S.A. AFP y referida a la nota anterior.

- Nota AP/DPC/375/2009 de fecha 9 de julio de 2009, dirigida a Futuro de Bolivia S.A. AFP y referida a un reclamo de trámite de Retiros mínimos y pago de CC Mensual.

- Nota AP/DPC/1164/2009 de fecha 15 de octubre de 2009, dirigida a Futuro de Bolivia S.A. AFP, y referida al caso Valentín Franklin Rivera Fernandez.

- Nota FUT.SUP.CC-M 1770/2009 de fecha 22 de octubre de 2009, dirigida a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y referida a la nota anterior.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA AP/DJ/1926/2010 DE FECHA 6 DE JULIO DE 2010 SOBRE NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota AP/DJ/1926/2010 de 6 de julio de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) notificó a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, con los cargos referidos al trámite del Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández y en los términos transcritos a continuación:

"…***I.- <u>ANTECEDENTES:</u>***

En fecha 02 de julio de 2009, la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, derechohabiente del fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández con NRF 100425082, presenta nota de reclamo a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP por el trámite de Retiros Mínimos y de

Pago de Compensación Mensual (CCM) realizado en la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP.

En fecha 13 de agosto de 2004, la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera, cónyuge del Afiliado fallecido señor Valentín Franklin Rivera Fernández con NRF 100425082, suscribió el Formulario de Solicitud de Pensión por Muerte en Futuro de Bolivia S.A. AFP; una vez verificados los requisitos de cobertura la AFP determinó que el fallecido no cumplía con los requisitos para qué sus Derechohabientes accedan a una Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, por lo que, en el marco de lo establecido por el artículo 23 inc. b) del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, al Derechohabiente accedió al Capital Acumulado en Cuenta Individual mediante la modalidad de Retiros Mínimos.

La señora Gloria Solíz Vda. de Rivera percibió el pago de Retiros Mínimos desde diciembre 2004 a junio de 2005, período en el que se agotaron los recursos acumulados en la Cuenta Individual.

En fecha 16 de marzo de 2005, mediante memorial dirigido a Futuro de Bolivia S.A. AFP, la señora Norma Lilian Arteaga Terán, solicitó se incluya a su hija la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga como Derechohabiente del Afiliado fallecido, por lo que en fecha 28 de marzo de 2005, la señora Arteaga suscribe la solicitud de Retiros Mínimos, en calidad de tutora.

Siendo que existía un Contrato de Retiros Mínimos en pago a la cónyuge del Afiliado fallecido señor Franklin Rivera, la AFP consideró a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga en el pago de Retiros Mínimos a partir de la fecha de su acreditación (16 de marzo de 2005), por lo que, conforme a normativa vigente se le realizaron los pagos desde el mes de abril del año 2005 hasta junio de 2005, periodo en el que se agotaron los recursos de la Cuenta Individual.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, los Derechohabientes de Afiliados fallecidos sin cobertura en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo pueden acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual (CCM) al cumplimento de las edades mínimas requeridas en el Sistema de Reparto. Por lo que, la AFP dio curso a la Solicitud de Pago de CCM a la cónyuge del Afiliado fallecido en fecha 04 de enero de enero de 2008, fecha en la cual el Afiliado contaba con 61 años de edad.

En el Contrato de pago de CCM, suscrito entre la AFP y la señora Gloria Solíz de Rivera en fecha 22 de enero de 2008, se incluye el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, derechohabiente del Afiliado, sin embargo esta última derechohabiente no fue considerada en el trámite de Pago de CC Mensual a pesar de que la AFP tenía conocimiento de su existencia por el trámite de Retiros Mínimos.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, reconoció este error, razón por la cual con recursos propios, realizó el pago a la señorita Rivera del monto correspondiente a la CCM por los meses de enero, febrero, marzo, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008, mediante Cheque Nº 15724-8 de fecha 19 de noviembre de 2008 recibido por la señora Norma Lilian Arteaga Terán en fecha 27 de noviembre de 2008, y el período de abril que fue cobrado el 9 de diciembre de 2008 mediante Formulario Único de Transacción FML 001 Nº 0452171.

La AFP descontó el tres por ciento (3%) por servicio de salud a los pagos de CCM correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008, períodos en los que la Derechohabiente no percibió el pago de CCM. Posteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó la devolución del descuento por servicio de salud a la señora Norma Lilian Arteaga Terán, con recursos propios.

En fecha 16 de diciembre de 2008, cincuenta y tres (53) meses después de la fecha de fallecimiento del señor Valentín Franklin Rivera Fernández, la señora María del Carmen Troncoso de Ruck, solicita la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente del Afiliado fallecido. Futuro de Bolivia S.A. AFP acreditó como Derechohabiente a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso fuera del plazo de treinta y seis (36) meses establecido en la norma para realizar la exigibilidad de las prestaciones.

Consecuentemente a partir del mes de enero del año 2009, la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso comienza a percibir el Pago de CCM, reasignando la AFP los porcentajes a las demás Derechohabientes.

II.- <u>CARGOS:</u>

Cargo Nº 1:

Se presentan indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al Artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS/077/2005 de 10 de febrero de 2005, debido a que en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado por la cónyuge del Afiliado fallecido en fecha 04 de enero de 2008, no se consideró a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, Derechohabiente a quien la AFP pagó Retiros Mínimos en fecha previa.

Cargo Nº 2:

Existen indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, considerando que en la cláusula 24 "Aceptación" del Contrato de Pago de CC Mensual suscrito en fecha 22 de enero de 2008 por la cónyuge del Afiliado, señora Gloria Solíz de Rivera, la AFP incluyó el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, sin que la misma sea parte del Contrato.

Cargo Nº 3:

Se presentan indicios de incumplimiento al artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP aplicó el descuento por servicio de salud a los pagos devengados de CCM realizados a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, correspondientes a los meses de enero, febrero marzo (sic)*, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008.*

Cargo Nº 4:

Existen indicios de incumplimiento al artículo 20 de la Ley de Pensiones y artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/219 de 04 de marzo de 2008, debido a que Futuro de Bolivia S.A AFP acreditó a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente, después de treinta y seis (36) meses de la fecha de fallecimiento del Afiliado señor Valentín Franklin Rivera Fernández.

Cargo Nº 5:

Existen indicios de incumplimiento al inciso s) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, debido a que Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha respondido en el plazo establecido, la solicitud de información y documentación realizada por esta Autoridad mediante nota AP/DPC/375/2009 de 09 de julio de 2009, recibida por la AFP en fecha 13 de julio de 2009.

III.- <u>NORMATIVA INFRINGIDA:</u>

La Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido la siguiente normativa:

- ***Ley de Pensiones 1732 de 29 de noviembre de 1996, Artículo 31 Inciso s)*** *"Cumplir con otras actividades y obligaciones establecidas por ley, reglamentos o contratos suscritos con la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros."*

- ***Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, Artículo 142 (Cuidado exigible)*** *"A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia."*

- ***Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, Artículo 19*** *"Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares,*

órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación."

- ***Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, Artículo 32 (Descuentos para Salud)*** *"Se deberá proceder a los descuentos de salud establecidos en el inciso I) del Artículo 31 de la Ley de Pensiones y, el Artículo 5 del Decreto Supremo Nº 24469 a partir del mes en que los Entes gestores de Salud otorguen las prestaciones de corto plazo a los Afiliados pasivos."*

- ***Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, Anexo I, Artículo 4 (Verificación de Registros y Documentos)*** *"Una vez firmado el Formulario de Recepción de Documentos, es obligación de la AFP verificar en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles administrativos que:*

  b) La existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP."

- ***Resolución Administrativa SPVS/219 de 04 de marzo de 2008, Artículo 5 (Modificación del Artículo 10 del Anexo I de la RA 077/058)*** *"Se modifica el contenido del artículo 10º del Anexo I de la RA 077/08 con el siguiente texto:*

  "I. Los pagos de CCM devengan:

  a. *A partir del primer día del mes en que el Solicitante, llenó su Formulario de Solicitud de Pago de CCM, si éste fue llenado hasta el día 15 del mes inclusive.*

  b. *A partir del primer día del mes siguiente si el Formulario de Solicitud de Pago de CCM fue llenado después del día 15 del mes."*

  … Los pagos a los Derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de Pago de CCM podrán ser solicitados en el plazo de treinta y seis (36) meses a contar de la fecha de fallecimiento del Titular con derecho a CC previa presentación del Certificado de Defunción del Titular y documentos de acreditación, y devengarán a partir de la fecha en la que suscriban el Formulario de Solicitud de Pago de CCM, considerando la aplicación de los incisos a) y b) del parágrafo I anterior."

- ***Nota AP/DPC/375/2009 de 09 de julio de 2009***

  "Mediante la presente, comunicamos a usted que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha recibido nota de reclamo de la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán madre de Ilse Adriana Rivera Arteaga, Derechohabiente

del Afiliado fallecido Sr. Valentín Franklin Rivera Arteaga (NUA 100425082), cuya copia me permito adjuntar.

Para el análisis y respuesta del caso, instruimos remitir a esta Autoridad, informe documentado que incluya la siguiente información:

- *Causales de rechazo de la Solicitud de Pensión por Muerte.*
- *Razones por las que habiendo iniciado el trámite de Retiros Mínimos el año 2004, el Contrato de Pago de CC Mensual se suscribió recién el 22 de enero de 2008.*
- *Detalle de fechas de acreditación de los Derechohabientes para acceder a Retiros Mínimos y al Pago de CC Mensual.*
- *Detalle de los pagos de Retiros Mínimos de acuerdo al siguiente formato:*

NOMBRES Y APELLIDOS DEL DERECHOHABIENTE	*PARENTESCO*	*FECHA DE PAGO*	*MONTO EN BS*
		TOTAL BS.	

- *Detalle de Pagos de CC Mensual de acuerdo al siguiente formato:*

NOMBRES Y APELLIDOS DEL DERECHOHABIENTE	*PARENTESCO*	*PERIODO DE PAGO*	*FECHA DE PAGO*	*EMISIÓN DEL PAGO*	*MONTO EN BS*
				TOTAL BS.	

- *Asimismo, informe las razones por las que:*

  - *La AFP informó a la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán que el Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández no estaba Afiliado a Futuro de Bolivia S.A. AFP*

  - *La niña Ilse Adriana Rivera Arteaga, no se encuentra en el Contrato de Retiros Mínimos si la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán se apersonó en reiteradas oportunidades a la AFP.*

  - *La madre de la Derechohabiente aparece en la cláusula 24. (Aceptación) del Contrato de Pago de CC Mensual, siendo que ella no es parte interviniente del contrato.*

  - *La niña Ilse Adriana Rivera Arteaga no aparece en el Contrato de Pago de CCM, suscrito el 22 de enero de 2008, siendo que la AFP ya tenía conocimiento de ella, como lo evidencia el mismo contrato en la cláusula 24 "Aceptación".*

- *En la impresión de pantalla de las Boletas de Pago "Pagos Servicios AFP Futuro" tienen el mensaje "Tiene boletas vencidas diríjase a la AFP Futuro" para el C.I. 2452749 que corresponde a la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán, de cuya consulta la AFP no dio información alguna.*

- *Hasta la fecha la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga, no tiene cobertura en el Seguro de Salud de la Caja CORDES.*

Por otra parte, se instruye adjuntar copia de la siguiente documentación:

- *Formulario(s) de Declaración de Derechohabientes.*
- *Formulario(s) de Solicitud de Pensión por Muerte.*
- *Dictamen de Pensión por Muerte emitido para el caso.*
- *Notificación de rechazo de la Solicitud de Pensión por Muerte.*
- *Formulario(s) de Solicitud de Retiros Mínimos.*
- *Hoja de Cálculo de Salario Base.*
- *Documentación de acreditación de todos los Derechohabientes (cónyuge e hijos).*
- *Estado de Cuenta Individual emitido para el inicio del trámite de Retiros Mínimos.*
- *Contrato y Adenda(s) de Retiros Mínimos suscritos entre la AFP y los Derechohabientes.*
- *Comprobantes de todos los pagos de Retiros Mínimos realizados.*
- *Formulario(s) de Solicitud de Pago de CC Mensual.*
- *Contrato y Adenda(s) de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual suscrito entre la AFP y los Derechohabientes.*
- *Boletas de Pago de CC Mensual (desde el inicio de pago hasta mayo de 2009).*

La información solicitada debe ser presentada en un plazo máximo de cuatro (4) días hábiles administrativos de recibida la presente nota."

En este sentido se le concede el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de notificada la AFP para que presente sus descargos.

En caso de no presentar sus descargos, se emitirá la Resolución Administrativa correspondiente…"

2. NOTA FUT.SUP 1220/2009 DE 21 DE JULIO DE 2010 SOBRE RESPUESTA A LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota AP/DJ/1220/2009 de 21 de julio de 2010, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones respondió a los cargos de la nota AP/DJ/1926/2010 de 6 de julio de 2010, conforme lo transcrito a continuación:

"…*Mediante la presente y en cumplimiento de la nota de referencia, tenemos a bien informar los siguientes particulares dentro el trámite de nuestro afiliado fallecido Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández con NRF 100425082 descritos a continuación:*

- *La solicitud de Pensión por Muerte iniciada en fecha 13/08/2004, fue "rechazada" debido a que no cumplía requisitos de cobertura de acuerdo al Art. 8 inc. c), de la Ley 1732 de Pensiones.*

- *La Solicitud de Retiros Mínimos, fue iniciada en la ciudad de La Paz por la conyugue* (sic) *Sra. Gloria Soliz Villagomez Vda. de Rivero* (sic)*, en fecha 23 de Noviembre de 2004, y el trámite de pago de CC, fue iniciado por la misma conyugue* (sic) *en nuestra regional Santa Cruz en fecha 04/01/2008, motivo por el cual el Contrato de Pago de CC Mensual se suscribió en fecha 22/01/2008.*

- *Fechas de acreditación de los Derechohabientes:*

Pensión por Muerte:

Nombre	***Parentesco***	***Fecha de Acreditación***
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	*Conyugue* (sic)	*13/08/2004*

Retiros Mínimos:

Nombre	***Parentesco***	***Fecha de Acreditación***
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	*Conyugue* (sic)	*23/11/2004*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*28/03/2005*

CC Mensual

Nombre	***Parentesco***	***Fecha de Acreditación***
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	*Conyugue* (sic)	*04/01/2008*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*04/01/2008*
Elisa Lucero Rivero (sic) *Troncoso*	*Hija*	*16/12/2008*

- ***Detalle de Pago Retiros Mínimos***

Nombre y	***Parentesco***	***Periodo de***	***Fecha de***	***Monto en***

Apellidos del Derechohabiente		Pago	Pago	Bs.
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Enero-2008 (sic)	11/01/2005	14106,19
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Febrero-2005	09/02/2005	14106,19
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Marzo-2005	07/03/2005	14106,19
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Abril-2005	17/06/2005	10579,64
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Mayo-2005	17/06/2005	10579,64
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Junio-2005	11/07/2005	1748,01

Nombre y Apellidos del Derechohabiente	Parentesco	Periodo de Pago	Fecha de Pago	Monto en Bs.
Ilse Adriana Rivera Arteaga	Hija	Abril-2005	20/05/2005	3526,55
Ilse Adriana Rivera Arteaga	Hija	Mayo-2005	13/06/2005	3526,55
Ilse Adriana Rivera Arteaga	Hija	Junio-2005	11/07/2005	749,4

- ***Detalle de Pago de CC Mensual***

Nombre y Apellidos del Derechohabiente	Parentesco	Periodo de Pago	Fecha de Pago	Emisión del Pago	Monto en Bs.
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Enero. Febrero-08	10/03/2008	03/03/2008	7534,04
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	marzo-08	08/04/2008	31/03/2008	3652,31
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	abril-08	12/05/2008	29/04/2008	2739,39
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	mayo-08	11/06/2008	30/05/2008	3652,52
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	junio-08	08/07/2008	30/06/2008	3652,52

Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	julio-08	07/08/2008	30/07/2008	3652,52
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	agosto-08	08/09/2008	29/08/2008	3652,52
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	septiembre-08	08/10/2008	30/09/2008	3652,52
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	octubre-08	05/11/2008	31/10/2008	3652,52
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	noviembre-08	04/12/2008	01/12/2008	2739,39
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Aguinaldo-08	03/12/2008	03/12/2008	2862,67
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	diciembre-08	07/01/2009	30/12/2008	3652.52
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	enero-09	11/02/2009	30/01/2009	2282,82
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	febrero-09	05/03/2009	26/02/2009	2602,86
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	Reintegro Enero-09	05/03/2009	27/02/2009	320,03
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	marzo-09	06/04/2009	31/03/2009	2602,86
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	abril-09	04/05/2009	30/04/2009	2602,86
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	mayo-09	05/06/2009	29/05/2009	2602,86
Gloria Soliz Viuda de Villagomez (sic)	Conyugue (sic)	junio-09	07/07/2009	30/06/2009	2602,86

Nombre y Apellidos del Derechohabiente	**Parentesco**	**Periodo de Pago**	**Fecha de Pago**	**Emisión del Pago**	**Monto en Bs.**
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	abril-08	10/12/2008	29/04/2008	913,13
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	enero, febrero, marzo, mayo, junio, julio agosto (sic), septiembre, octubre-08 (financiados con fondos de la AFP)	27/11/2008	27/11/2008	8275,44
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	noviembre-08	09/12/2008	01/12/2008	913,13
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	Aguinaldo-08	09/12/2008	03/12/2008	954,26

Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*diciembre-08 (mas intereses)*	*14/01/2009*	*12/01/2009*	*942.39*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*enero-09*	*04/12/2009*	*30/01/2009*	*1141,41*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*febrero-09*	*03/03/2009*	*26/02/2009*	*1301,42*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*Reintegro-09*	*03/03/2009*	*27/02/2009*	*160,01*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*marzo-09*	*01/04/2009*	*31/03/2009*	*1301,42*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*abril-09*	*04/05/2009*	*30/04/2009*	*1301,42*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*mayo-09*	*01/06/2009*	*29/05/2009*	*1301,42*
Ilse Adriana Rivera Arteaga	*Hija*	*julio-09*	*01/07/2009*	*30/06/2009*	*1301,42*

Nombre y Apellidos del Derechohabiente	***Parentesco***	***Periodo de Pago***	***Fecha de Pago***	***Emisión del Pago***	***Monto en Bs.***
Elisa Lucero Rivero (sic) *Troncoso*	*Hija*	*enero-09*	*11/02/2009*	*30/01/2009*	*1141,41*
Elisa Lucero Rivero (sic) *Troncoso*	*Hija*	*febrero-09*	*22/04/2009*	*26/02/2009*	*1301,42*
Elisa Lucero Rivero (sic) *Troncoso*	*Hija*	*Reintegro-09*	*22/04/2009*	*27/02/2009*	*160,01*
Elisa Lucero Rivero (sic) *Troncoso*	*Hija*	*marzo-09*	*22/04/2009*	*31/03/2009*	*1301,42*
Elisa Lucero Rivero (sic) *Troncoso*	*Hija*	*abril-09*	*05/06/2009*	*30/04/2009*	*1301,42*
Elisa Lucero Rivero (sic) *Troncoso*	*Hija*	*mayo-09*	*05/06/2009*	*29/05/2009*	*1301,42*
Elisa Lucero Rivero (sic) *Troncoso*	*Hija*	*junio-09*	*10/07/2009*	*30/06/2009*	*1301,42*

- *Asimismo sobre el informe de las razones se indica lo siguiente:*

- Según nuestra base datos (sic) *históricos de Servicio al cliente, no existe registro previo de visita de parte de la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán, antes del inicio de la acreditación de la hija para la Solicitud de Retiros Mínimos en fecha 20/03/2005, por lo que no existiría documento o registro que respalde la aseveración realizada por la interesada, hecho por demás alejado de la realidad, ya que de forma anterior a lo que asevera existió una solicitud de pensión iniciada y obviamente con registro en nuestra AFP, por tanto es evidente percibir la incongruencia de tal afirmación.*

- Reiteramos los criterios de la viñeta anterior; puesto que no existe respaldo documentado con este extremo y sostenemos que no fue realizado en ningún momento ante la AFP la declaración de existencia de la menor, tal como se puede evidenciar en el Formulario de Registro del afiliado N° 607900 de fecha 02/08/2000.

- Este hecho fue subsanado mediante una Adenda emitido (sic) *en fecha 15 de Abril de 2008 suscrita en fecha 27 de Noviembre de 2008, hecho que fue puesto en conocimiento de la SPVS en tanto al mismo hecho, así como en el contenido del documento.*

- La AFP conocedora de este particular asumió con recursos propios el pago de CC por los periodos de Enero (sic) *a octubre de 2008 a favor de la hija Ilse A. Rivera, evitando de esta forma cualquier perjuicio que pudiese existir a la derechohabiente, salvo el mes de abril que fue emitido el pago correcto, sin embargo este hecho no persistió debido a la falta de firma de la adenda de parte de la interesada. Este pago fue recién cobrado en fecha 10 de Diciembre* (sic) *de 2008.*

- La madre y tutora natural de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga, fue informada para que se apersone por la Regional La Paz y recoja el Certificado de Aportes al EGS y pueda de esta manera regularizar la afiliación a su EGS, sin que exista apersonamiento de la tutora para este fin en nuestra regional. Sin embargo estamos procedimiento (sic) *nuevamente a notificarle mediante nota escrita a través de nuestra regional.*

- Finalmente se adjunta a la presente las copias de documentación según nota de requerimiento…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/N° 185-2010 DE FECHA 20 DE AGOSTO DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) presenta las consideraciones siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió con el siguiente análisis:

Al Cargo N° 1.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado con cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP debido a que en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado el 04 de enero de 2008, por la cónyuge del Afiliado fallecido, la AFP no consideró a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, Derechohabiente a quién la AFP pagó Retiros Mínimos en fecha previa.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP a momento de presentar sus descargos señaló lo siguiente:

> *"La AFP, en conocimiento de este tema, dio solución oportuna al pago de los periodos de Enero a Marzo y Mayo a Octubre de 2008, por lo que los derechos de la derechohabiente Ilse Adriana Rivera quedaron intactos evitando de esta forma cualquier perjuicio oportunamente.*
>
> *En el mes de Abril, la Sra. Norma Lilian Arteaga se apersonó por la AFP para reclamar el pago de su CC, procediendo la AFP a la emisión del mismo, que fue recién cobrado por la apoderada en fecha 10 de diciembre de 2008. Debido que* (sic) *en esa oportunidad la Sra. Arteaga apoderada de la derechohabiente Ilse Adriana Rivera, no firmo (sic) la Adenda del Contrato no se generaron los pagos posteriores, razón por la cual, en fecha 19 de Noviembre de 2008, la AFP emite el cheque N° 00015724-8, correspondiente a los meses de enero a marzo 2008 y de mayo a octubre 2008* (el subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> *En fecha 04 de Noviembre de 2009, con recursos de la AFP se emitió el cheque N° 00019241-9 por Un Mil Novecientos Dos 50/100 (Bs.1902.50) correspondiente a:*
>
> - *Pago por devolución de descuento de Ente Gestor de Salud (EGS) correspondiente a los meses de marzo a octubre 2008.*
> - *Pago de intereses al descuento del EGS correspondiente a cada mes (Marzo 2008 - Octubre 2008), hasta el mes de octubre 2009.*
> - *Pago de intereses, por pago retrasado correspondiente a los meses de Enero 2008 a Octubre 2008, intereses reconocidos hasta el mes de octubre de 2009.*
>
> *Se adjunta Fotocopia del Cheque N° 00015724-8 por Ocho Mil Doscientos Setenta y Cinco 44/100 Bolivianos (Bs. 8275.44) y del Cheque N° 00019241-9 por Un Mil Novecientos Dos 50/100 Bolivianos (Bs. 1.902,50).*

Del análisis de lo expresado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde señalar que la AFP no se condujo con la diligencia de un buen padre de familia al no incluir en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado el 04 de enero de 2008 por la señora Gloria

Solíz Vda. De Rivera (sic)*, cónyuge del Sr. Rivera, a la Srta. Ilse Adriana Rivera Arteaga como Derechohabiente, siendo que ya tenía conocimiento de su existencia.*

De acuerdo al artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, correspondía que recibida la documentación para el inicio del trámite de Pago de CC Mensual, la AFP verifique en un plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, la existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP.

En el presente caso, cuando la cónyuge inició el trámite de Pago de CC Mensual el 04 de enero de 2008, existían antecedentes del trámite de Retiros Mínimos iniciado ante la AFP por la tutora de la señorita Ilse Rivera el 28 de marzo de 2005, por lo que correspondía que la AFP incluya a esta Derechohabiente en el trámite de Pago de CC Mensual desde el mes de enero/2008, sin embargo, la AFP recién la consideró a partir del mes de abril/2008, cuando su tutora se apersonó a iniciar el trámite de Pago de CC Mensual.

Si bien la AFP con recursos propios realizó en el mes de noviembre/2008 el pago de CC Mensual desde el mes de enero/2008, la Derechohabiente fue afectada en la oportunidad de pago, por lo que mal señala la AFP haber evitado cualquier perjuicio oportunamente.

Es obligación esencial de Futuro de Bolivia S.A. AFP velar por los intereses de los Afiliados, debiendo conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, tal como lo proclama el artículo 142 de la (sic) *Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

Las AFP deben prestar sus servicios a los Afiliados o a quienes tengan derecho a las prestaciones o pagos del SSO, con la debida diligencia y enmarcando estrictamente sus actuaciones en la Ley de Pensiones y la normativa reglamentaria, asimismo al ser entidades especializadas en los servicios que prestan también están encargadas de orientar a los Afiliados y/o Derechohabientes en los trámites correspondientes.

Por tanto, se corrobora el incumplimiento de la AFP al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, correspondiendo ratificar el cargo.

Al Cargo N° 2.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado con cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP al advertir que en la cláusula 24 "Aceptación" del Contrato de Pago de CC Mensual suscrito en fecha 22 de enero de 2008 por la cónyuge del Afiliado fallecido, señora Gloria Solíz Vda. de Rivera, la AFP incluyó el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, sin que la misma sea parte del Contrato.

La Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP a momento de presentar sus descargos señaló lo siguiente:

> *"Este hecho fue subsanado mediante una Adenda emitida en fecha 15 de Abril de 2008 y suscrita en fecha 27 de Noviembre de 2008, hecho que fue*

puesto en conocimiento de la AP mediante correo electrónico, tanto en lo referente a los hechos así como en el contenido del documento.

Se adjunta fotocopia de la Adenda suscrita por los interesados, copia del correo electrónico remitido a la ex SPVS."

Al respecto, cabe señalar que si la AFP no incluyó en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado por la cónyuge señora Gloria Solíz Vda. de Rivera, a la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, tampoco correspondía considerar como parte del Contrato de Pago de CC Mensual suscrito el 22 de enero de 2008, a la tutora señora Norma Lilian Arteaga Terán.

Asimismo, corresponde aclarar que la Adenda suscrita por la señora Norma Arteaga el 15 de abril de 2008 fue emitida en virtud a que inició el trámite de Pago de CC Mensual en la misma fecha, situación que obligó a que la AFP pueda realizar la corrección del Contrato de Pago de CC Mensual suscrito por la cónyuge del señor Rivera, el 22 de enero de 2008.

Por otra parte, es importante precisar que el fundamento del vínculo contractual se origina cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica, por lo tanto, los contratantes se obligan recíprocamente, los unos hacia los otros, y las obligaciones recíprocas deben estar acreditadas con las firmas de todas las personas obligadas o las de sus representantes.

En mérito a la consideración precedente, la Adenda de Enmienda al Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual suscrita por Futuro de Bolivia S.A. AFP, y las señoras Gloria Solíz Vda. de Rivera, y Norma Lilian Arteaga Terán en fecha 15 de abril de 2008, tuvo como uno de los objetos la inclusión de una nueva Derechohabiente de primer grado y la exclusión expresa de la señora Norma Lilian Arteaga Terán de la cláusula Vigésima Cuarta del Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones suscrito el 22 de enero de 2008 en la que se hace referencia a la aceptación y cumplimiento de todas las cláusulas del contrato por parte de la mencionada señora Arteaga, sin que sea parte del mismo y sin haber acreditado su firma.

La AFP al no haber incluido a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado el 04 de enero de 2008 por la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera, y además considerar como parte del Contrato de Pago de CC Mensual suscrito en fecha 22 de enero de 2008, a la tutora de la menor señora Norma Lilian Arteaga Terán, demuestra que no ha cumplido con una de sus obligaciones esenciales de velar por los intereses de los Afiliados, debiendo conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia tal como lo proclama el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, correspondiendo ratificar el cargo.

Al Cargo N° 3

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado con cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP al advertir que la AFP aplicó el descuento por servicio de salud a los pagos devengados de CCM realizados a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, correspondientes a los meses de enero, febrero marzo (sic)*, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008.*

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP a momento de presentar sus descargos señaló lo siguiente:

> *"Los montos de descuentos por servicios de salud fueron devueltos a la madre y tutora natural de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga por los meses correspondientes a marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre 2008 más los intereses correspondientes. Los meses de enero y febrero de 2008 no fueron considerados, ya que para esos periodos no se considero (sic) el descuento para el EGS. Como se informa en el cargo 1, los montos de descuento por EGS más los intereses fueron cubiertos con recursos de la AFP."*

La disposición contenida en el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, que señala: "Se deberá proceder a los descuentos de salud establecidos en el inciso I) del artículo 31 de la Ley de Pensiones y, el Artículo 5 del Decreto Supremo N° 24469, a partir del mes en que los Entes Gestores de Salud otorguen las prestaciones de corto plazo a los Afiliados pasivos", establece el mes a partir del cual las AFP y Entidades Aseguradoras deben realizar los descuentos por servicio de salud.

Futuro de Solivia S.A. AFP ha descontado el 3% de los pagos correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de la gestión 2008, cuando la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga aún no percibía el pago de CC Mensual, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

Sobre el particular, la AFP señala que los descuentos por servicios de salud fueron devueltos a la señora Norma Lilian Arteaga Terán, madre y tutora de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga incluyendo los intereses correspondientes, con recursos de la AFP. Asimismo, aclara que los meses de enero y febrero/2008 no fueron considerados porque en éstos no se realizó el descuento para el Ente Gestor de Salud.

Al respecto, cabe señalar que aún cuando se ha restituido a la señora Norma Lilian Arteaga Terán, el descuento al Ente Gestor de Salud, la AFP incumplió el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, por lo que se debe confirmar el cargo imputado.

Al Cargo N° 4.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado con cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP al advertir que acreditó a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente, después de treinta y seis (36) meses de la fecha de fallecimiento del Afiliado señor Valentín Franklin Rivera Fernández.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP a momento de presentar sus descargos señaló lo siguiente:

> *"Respecto al presente cargo, informar a su autoridad que la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso fue realizado (sic) a fin de precautelar el bienestar de la derechohabiente, tomando en consideración la situación de la solicitante y en virtud al principio de ampliar lo favorable y restringir lo odioso, que se aplica en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo refiere el informe de nuestro departamento legal, mismo que fue comunicado de manera*

oportuna a su autoridad mediante nota FUT.SUP.CC 2997/2008 de fecha 23 de diciembre de 2008 (adjunto)."

Conforme a la normativa en materia de Pensiones, la solicitud de pensión por muerte es el acto voluntario por el cual el Derechohabiente de cualquier Afiliado fallecido, expresa su deseo de obtener y gozar de las pensiones por muerte de su causante que por ley (sic) *le corresponden, sin embargo, el artículo 20 de la Ley de Pensiones, establece los lineamientos que se deben cumplir para acceder a ese derecho, disponiendo que las prestaciones de invalidez, riesgos profesionales y muerte deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses, computables a partir del día en que ocurrió la invalidez o muerte, vencido este plazo los recursos prescribirán a favor del Estado.*

Asimismo el artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 219 de 04 de marzo de 2008, señala que los pagos a los Derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de Pago de CCM podrán ser solicitados en el plazo de treinta y seis (36) meses a contar de la fecha de fallecimiento del Titular con derecho a CC, por lo que correspondía que la AFP considere dicho plazo para acreditar a cualquier Derechohabiente del Afiliado fallecido.

En complemento a lo señalado, cabe mencionar que la cónyuge del Afiliado accedió al Pago de CC Mensual, en cumplimiento al inciso a), parágrafo I, del artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 31 de mayo de 2007, el cual dispone que los Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del SSO sean consignados en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones.

Como fundamento del descargo presentado, Futuro de Solivia S.A. AFP alega que la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso después de los treinta y seis meses (36), fue realizada en virtud al principio general del derecho, en sentido de "ampliar lo favorable y restringir lo odioso".

Al respecto, corresponde precisar que los únicos derechos garantizados y que deben ser respetados son los "adquiridos con arreglo a la ley", siendo ésta la única que puede establecer las condiciones para adquirir el derecho a cualquier pensión, lo que impide que por otra vía distinta a las leyes, se dicten disposiciones o se invoquen acuerdos o principios que desconozcan lo establecido por la normativa vigente, debiendo los entes encargados de la Seguridad Social someterse al imperio de la ley, por ser ella el fundamento último de legitimidad y validez de las decisiones que profieran.

Por los argumentos expuestos no le corresponde a Futuro de Bolivia S.A. AFP, determinar quién o quiénes tienen el mejor derecho al Pago de CC Mensual. Esta atribución la tiene exclusivamente la autoridad judicial competente, debiendo la AFP solamente disponer las medidas necesarias para precautelar los derechos del solicitante que acredite su mejor derecho, con el fin de evitar perjuicios posteriores.

Asimismo, el cabal sometimiento al imperio de la ley hace imposible en el presente caso, que se invoque un "principio" para desconocer el tenor literal de normas tan claras como los artículos 20 de la Ley de Pensiones y artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 219 de 04 de marzo de 2008, porque, ni la equidad ni la jurisprudencia, ni los principios generales del derecho, ni la doctrina pueden prevalecer sobre el imperio de la ley ya que solamente son criterios auxiliares de la actividad judicial, por lo que, constituye un despropósito sostener que la

Derechohabiente señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, pueda haber adquirido el derecho al Pago de CC Mensual con posterioridad al plazo establecido por la norma en aplicación de un principio general del derecho, más aún si se considera que en ningún momento la AFP demostró documentalmente una justificación de la demora en la acreditación de la Derechohabiente.

Por los hechos señalados, se puede apreciar con claridad que Futuro de Bolivia S.A. AFP no cumplió la disposición normativa contenida en el artículo 20 de la Ley de Pensiones y la norma regulatoria establecida en el artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 219 de 04 de marzo de 2008, en relación al plazo para la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente del señor Valentín Franklin Rivera Fernández.

Respecto a que la AFP realizó la consulta a la ex SPVS sobre la acreditación de la Derechohabiente señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, cabe señalar que la ex Intendencia de Pensiones mediante nota SPVS/IP/DPC/3114/2008, comunicó a Futuro de Bolivia S.A. AFP que no requería aclaraciones ni procedimientos adicionales para la solicitud de Pago de CC a Derechohabientes, considerando que éstos se encuentran en la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 Artículo 20; la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, Anexo VIII, cláusula 17; la Resolución Administrativa/SPVS/IP/ N° 219 de 04 de marzo de 2008, Artículo 5 y la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 350 de 16 de abril de 2008, Anexo IX (sic).

Los Derechohabientes del señor Rivera podían ser acreditados hasta el 30 de junio de 2007, sin embargo, la AFP aceptó la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso el 10 de enero de 2009, fecha en la que suscribió la Adenda al Contrato de Pago de CC Mensual, es decir sesenta y seis (66) meses después del fallecimiento del Titular, generando con la suscripción de la Adenda y el pago correspondiente un derecho a la mencionada señorita Elisa Rivera.

Asimismo, como consecuencia de la acreditación de la última Derechohabiente, la AFP reasignó los porcentajes de distribución del Pago de CC Mensual, considerando el 50% a la cónyuge, el 25% a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga y el 25% a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, en lugar de mantener los porcentajes iniciales a la cónyuge (60%) y a la señorita Ilse Rivera (20%), generando por tanto el derecho de cobro del 25% del Pago de CC Mensual a la señorita Ilse Rivera y afectando el monto del pago de la cónyuge de 60% a 50%.

Esta redistribución de porcentajes de Pago de CC Mensual ocasionó que la AFP solicite al Servicio Nacional del Sistema de Reparto (SENASIR) un desembolso de recursos del Tesoro General de la Nación considerando el 100% de la Compensación de Cotizaciones en lugar del 80%, por lo que corresponde que esta Autoridad además de sancionar administrativamente disponga que se repongan los recursos fiscales así como se mantengan los derechos generados a las Derechohabientes citadas.

Por tanto, los argumentos presentados por la AFP no justifican el incumplimiento al artículo 20 de la Ley de Pensiones y al artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 219 de 04 de marzo de 2008, correspondiendo confirmar el cargo imputado.

Al Cargo N° 5.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado con cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP al evidenciar que la AFP no ha respondido en el plazo establecido, la solicitud de información y documentación realizada por esta Autoridad mediante nota AP/DPC/375/2009 de 09 de julio de 2009, recibida por la AFP en fecha 13 de julio de 2009.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP a momento de presentar sus descargos señaló lo siguiente:

> *"La nota AP/DPC/375/2009 de fecha 09 de Julio de 2009, recibida en nuestra AFP el 13 de Julio de 2009, fue respondida mediante nota FUT.SUP 1220/2009 de fecha 21 de julio de 2009. Se debe tomar en cuenta que en la gestión 2009, año del Bicentenario de La Paz, existieron dos (2) feriados departamentales en el mes de julio.*
>
> *Se adjunta fotocopia de la Nota remitida con sello de recepción…"*

Sobre lo expresado por la AFP, corresponde señalar que aún considerando los feriados departamentales del mes de julio/2009, existió incumplimiento al plazo establecido para atender el requerimiento efectuado por esta Autoridad con nota AP/DPC/375/2009.

La norma imperativa contenida en el inciso s) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996, establece para las AFP el cumplimiento de otras actividades y obligaciones establecidas por ley, por lo tanto las obligaciones de hacer que emergen de las conductas de los entes encargados de la Seguridad Social, adquieren un tratamiento independiente de las posibles infracciones ocasionadas por esas conductas, dichas obligaciones además de su carácter imperativo son de cumplimiento obligatorio.

En cuanto a la configuración legal del artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175, se tipifican como actos administrativos de menor jerarquía las circulares, órdenes instructivos, y directivas. Efectuando una interpretación literal del citado artículo, cualquier otro acto que no encajara dentro de estas prescripciones no podría ser considerado como acto administrativo de menor jerarquía.

La finalidad de dicho artículo no ha sido restringir a una sola serie de categorías los llamados actos administrativos de menor jerarquía, sino guardando concordancia con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo también podrán ser parte de la categoría a la que hace referencia el artículo 19 del citado Decreto Supremo, aquellos actos que tengan una naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que además revista el carácter de definitivo.

El mismo artículo se refiere a que estos actos de menor jerarquía obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación; la notificación en materia administrativa se constituye en un requisito de eficacia del acto administrativo, puesto que la forma de publicitación de los actos individuales es la notificación, mecanismo de relación directa y de carácter específico entre la administración y el regulado, respecto al cual el acto debe producir efectos jurídicos.

La nota AP/DPC/375/2009 de 09 de julio de 2009, emitida por esta Autoridad y recibida por Futuro de Solivia S.A. AFP en fecha 13 de julio de 2009, ya constituía un acto administrativo de menor jerarquía de carácter declarativo y definitivo que

producía efectos jurídicos contra el administrado, y que obligaba a la AFP a su cumplimiento desde la fecha de su notificación.

Por tanto, corresponde corroborar el incumplimiento de la AFP al inciso s) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y confirmar el cargo imputado a la AFP…"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

a) ***Cargo N° 1*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y en el artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005.*

b) ***Cargo N° 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997*

c) ***Cargo N° 3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.*

d) ***Cargo N° 4*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Pensiones y artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 219 de 04 de marzo de 2008.*

e) ***Cargo N° 5*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el inciso s) de! artículo 31 de la Ley N° 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

SEGUNDO.- I. *En el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A AFP deberá restituir al Tesoro General de la Nación (TGN), el 20% del monto de CC incluyendo los respectivos intereses, correspondientes al periodo enero/2009-agosto/2010, el cual fue solicitado en demasía por haber incluido a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente, fuera del plazo establecido en la norma; e informar documentadamente a esta Autoridad en tres (3) días hábiles administrativos de vencido el plazo anterior.*

II.- *En el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá restituir a la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera cónyuge del Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, el 10% del monto de CC incluyendo los respectivos intereses, correspondientes al periodo enero/2009 - agosto/2010, diferencia que no fue pagada por la reasignación de porcentajes a los Derechohabientes e informar*

documentadamente a esta Autoridad en tres (3) días hábiles administrativos de vencido el plazo anterior.

***III.-** A partir del mes de septiembre de 2010, la AFP deberá solicitar al TGN el 80% de la CC para realizar el pago a la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera cónyuge del Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández (60%) y a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga (20%), porcentajes que les corresponde de acuerdo a norma.*

***IV.-** Desde el mes de septiembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá realizar con recursos propios, el pago del 5% de la CC a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga y el pago del 25% de la CC a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, hasta que se extingan sus derechos.*

***TERCERO.- I.** Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 5 de octubre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, bajo los siguientes argumentos:

"…***II. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO***

a) VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

*En principio se debe señalar que en **fecha 5 DE AGOSTO DE 2010** nuestra AFP presentó descargos mediante Nota FUT.AP.BEN.1273/2010. La AP no abrió termino de prueba y en fecha 20 de agosto de 2010, es decir al décimo día hábil administrativo (último día para dar cumplimiento al plazo señalado en el Artículo 68 del Decreto Supremo No. 27175), emitió la Resolución Sancionatoria AP/DJ/No. 185-2010, pero **LA MISMA NOS FUE RECIÉN NOTIFICADA EL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2010**, es decir con una demora de 16 días hábiles administrativos, violándose claramente el Artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que las Resoluciones Administrativas deben ser notificadas en el plazo de 5 días hábiles administrativos.*

Como no fuimos notificados en los plazos establecidos por norma, existiría una grave violación al procedimiento administrativo, situación que claramente configura una anulabilidad en el procedimiento, ya que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas da lugar a la anulabilidad del acto, tal como lo prevé el Artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Tampoco se debe perder de vista que el propio Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado por Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala en su Artículo 22 que las notificaciones con las

Resoluciones Administrativas, en ningún caso se efectuarán después de los cinco días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la Resolución.

b) FALTA DE CONVOCATORIA Y PARTICIPACIÓN DE TERCEROS INTERESADOS

Otra omisión se produjo en la tramitación del presente caso, ya que como se puede evidenciar de una lectura a la Resolución Administrativa 185-2010, la AP está regulando aspectos que involucran directamente a tres grupos familiares del afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández; por un lado, Gloria Solíz Vda. De Rivera (cónyuge del afiliado fallecido); Ilse Adriana Rivera Arteaga como hija derechohabiente por otro lado, y; finalmente a Elisa Lucero Rivera Troncoso como hija y derechohabiente, es decir que en el presente procedimiento administrativo queda claramente demostrado en los antecedentes, que existen personas con derechos subjetivos e intereses legítimos que se afectan en el presente procedimiento, por lo que debían ser notificadas para su participación en el mismo, a fin de conocerse debidamente sus argumentos y criterios.

c) ASPECTOS DE FORMA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

La Resolución Sancionatoria, debe ser clara, señalando los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución, así como las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho.

En el presente caso la Resolución objeto de este Recurso de Revocatoria, en el Punto PRMERO sanciona con cinco Cargos, en los cuales se limita a señalar la cantidad aplicada como multa y hacer referencia al Artículo supuestamente infringido, sin mencionar claramente cuál fue la conducta o de qué manera se vulneró dicho Artículo.

En ese sentido, para poder determinar la acción u omisión que vulneró supuestamente esos Artículos, se debe acudir imprescindiblemente a la parte considerativa, la misma que puede llevar a diversas interpretaciones, lo que lógicamente implica una vulneración al derecho de defensa, ya que no se conoce exactamente la conducta realizada y su correspondencia con el tipo legal que se imputa, sin poder conocerse esa relación de causalidad y de causa/efecto que debe existir en la imputación de sanciones.

d) DOBLE SANCIÓN SOBRE UN MISMO TIPO

La AP nos sanciona por el incumplimiento al Artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997, en los Cargos 1 y 2, es decir que se nos estaría sancionando dos veces por una misma conducta, situación que vulnera los elementales derechos constitucionales a la defensa y a la seguridad jurídica. Nadie puede ser sancionado dos veces por una misma infracción.

e) SOBRE LAS SANCIONES PECUNIARIAS

Sin perjuicio de los vicios señalados en las literales anteriores, nos corresponde señalar con relación a las sanciones pecuniarias, que las mismas fueron aplicadas en forma desproporcionada tanto en lo que corresponde a la tipificación, legalidad, presunción de inocencia y claridad en la determinación de la sanción tal como pasamos a demostrar cargo por cargo:

Al Cargo 1. *Como la AP se limita a señalar que* (sic) *sanción es: "...por infracción a lo dispuesto por el Artículo 142 del Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997 y en el Artículo 4 inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS No. 077 de 10 de febrero de 2005", revisando la parte considerativa, podemos concluir que se imputa con una sanción de $us. 3.000, debido a que en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado el 4/01/2008, por la conyugue* (sic) *del Afiliado fallecido, Sra. Gloria Solíz Vda. De* (sic) *Rivera, la AFP no procedió a la verificación de la existencia de la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga, a quién pagó Retiros Mínimos en fecha previa. Al respecto decimos lo siguiente:*

- *Como la propia AP reconoce, el trámite se inició el 4 de enero de 2008 y la AFP se* (sic) *debió tomar en cuenta a la otra derechohabiente en ese momento. A la fecha ya han transcurrido MAS DE DOS AÑOS DESDE LA SUPUESTA COMISIÓN DE ESA INFRACCIÓN, por lo que al presente la supuesta infracción* ***PRESCRIBIÓ,*** *de conformidad al Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, situación que enerva y desvirtúa, completamente la infracción señalada.*

- *Por otra parte, sin perjuicio de la prescripción operada, lo que la AP no toma en cuenta es que nuestra AFP, precisamente en aplicación al artículo 142 del D.S. 24469 de 17 de enero de 1997,* ***pagó en su integridad, con recursos propios, la omisión señalada, más intereses para que la derechohabiente no sufra ningún perjuicio****.*

- *Es así que en cuanto a la oportunidad de pago a la que hace referencia la AP, se debe considerar que esta falta de oportunidad se subsana con el pago de intereses por los días de atraso considerando para ello la tasa más alta entre la rentabilidad nominal del FCI y la tasa comercial activa para préstamos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor.*

- *Tomando en cuenta las acciones realizadas por la AFP para restituir los montos correspondientes a los Derechohabientes con los intereses correspondientes, demuestra en todo caso su buena predisposición y accionar como buen padre de familia.*

- *En* (sic) *la omisión anotada fue sin intencionalidad y en ningún momento se produjo daño para los fondos, por lo que consideramos que esta sanción claramente no se ajusta a los principios de proporcionalidad y congruencia, toda vez que la "omisión" implicó un monto de Bs. 3,337.68, monto que repetimos nuevamente fue pagado. En consecuencia no pueden sancionarnos por un retraso en el pago de Bs. 3,337.68 con una multa que excede de Bs.21.0000, por lo que consideramos que esta sanción, además de prescrita es absolutamente excesiva.*

Al Cargo 2. *En principio la AP incurre nuevamente en un error de forma al no señalar en la parte resolutiva de la Resolución cual seria la conducta que tipifica la infracción, ya que tan solo se limita a señalar "...por infracción a lo dispuesto por el Artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997".*

Otra vez acudiendo a la parte considerativa, podemos inferir que se imputa con una sanción de $us 3.000, por haber incluido en la clausula de "Aceptación" del Contrato de Pago de CC a la señora Norma Lilian Arteaga Terán, madre de la Derechohabiente omitida en el Cargo 1. Al respecto señalamos:

- *Esa falta de inclusión que menciona la AP se habría realizado en fecha 22 de enero de 2008, por lo que también queda meridianamente claro que en esta*

infracción ***operó LA PRESCRIPCIÓN*** *de acuerdo al Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

- Sin perjuicio de la clara aplicación de la prescripción, se debe señalar que nuestra AFP, actuando como un buen padre de familia en cumplimiento a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 procedió a realizar la Adenda de Contrato mediante la cual se incluye a la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga y a la rectificación de la clausula (sic) *"aceptación" del Contrato de Pago de CC.*

- Considerando que la inclusión de la señora Arteaga en el Contrato de Pago de CC no ha sido intencional, sino un simple error que no ha causado daño a los derechohabientes ni al FCI, consideramos que en el marco del art. 286 del Decreto Supremo 24469, la sanción impuesta por su Autoridad es, desde todo punto de vista, excesiva y no se ajusta al principio de proporcionalidad, más aún cuando el hecho fue subsanado con una adenda, tal como es de su conocimiento.

Al Cargo 3*.- La AP nuevamente incurre en un error de forma al omitir señalar en la parte resolutiva de la Resolución cual sería la infracción, ya que tan solo* (sic) *se limita a decir: "...por infracción a lo dispuesto por el Artículo 32 del Decreto Supremo 27324...".*

Este Artículo textualmente dice:

> *ARTÍCULO 32.- (DESCUENTOS PARA SALUD). Se deberá proceder a los descuentos de salud establecidos en el inciso I) del Artículo 31 de la Ley de Pensiones y, el Artículo 5 del Decreto Supremo N° 24469, a partir del mes en que los Entes Gestores de Salud otorguen las prestaciones de corto plazo a los Afiliados pasivos.*
>
> *Para las pensiones de jubilación del SSO, los Entes Gestores de Salud deberán devolver a las AFP los descuentos para salud pagados por el período comprendido entre la fecha de solicitud y el mes de primer pago de pensión, cuando en el período señalado no se hubieran otorgado prestaciones de corto plazo. Posteriormente, las AFP procederán a la devolución de los importes recibidos a cada uno de los jubilados involucrados en el descuento.*
>
> *Los Entes Gestores de Salud, deberán prestar sus servicios a todos los Afiliados pasivos del SSO independientemente del monto de su pensión.*

- Como se puede observar el Artículo 34 hace referencia a varios aspectos, por lo que no es posible determinar, a simple vista como debería conducirse el tema sancionador, la supuesta infracción de la AFP. Revisando la parte considerativa podemos concluir (salvo mejor criterio) que la supuesta infracción se referiría a que la AFP aplicó el descuento por servicio de saludo (sic) *a los pagos devengados de CCM realizados a la Srta. Ilse Adriana Rivera Arteaga, correspondiente a varios meses (de enero a octubre de 2008).*

- Nuevamente queda claro que esta infracción operó la ***PRESCRIPCIÓN*** *en lo que respecta a los meses de enero a septiembre.*

- Por otra parte y al igual que en los anteriores casos, la AFP corrigió estas omisiones ya que nuestra AFP procedió a devolver a la madre y tutora legal de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga los montos con más los intereses.

- La Apoderada y madre de la derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga, si bien firma una solicitud de Pago de CC en fecha 15 de abril de 2008 y se le genera su pago a partir de este periodo, no cobra el pago de CC y no acepta firmar la Adenda de Contrato sino hasta el 27 de noviembre de 2008, generándose de esta forma en nuestro sistema de pagos como un caso continuo, toda vez que el mes de abril se generó como devengo sin descuento para Ente Gestor de Salud. Al momento de generarse los pagos siguientes, el control de nuestro sistema tomo (sic) *como pagos revertidos, y por tanto los generó descontando el aporte al Ente Gestor de Salud. Sin embargo, esta situación también fue subsanada pagando con recursos propios los descuentos efectuados aplicando además a este pago la tasa más alta entre la rentabilidad nominal del FCI y la tasa comercial activa para préstamos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor por los días de retraso.*

- Por lo expuesto, sin PERJUICIO DE LA PRESCRIPCIÓN OPERADA, tomando en cuenta que los montos fueron repuestos y no se ocasionó daño al Fondo ni a los Afiliados, consideramos que la sanción impuesta por su Autoridad no se ajusta a los principios de oportunidad (toda vez que la infracción se subsanó) y proporcionalidad, ya que la misma es excesiva, puesto que los montos cobrados ascienden a Bs.267.48 y la sanción asciende a más de Bs.21.000, más aún cuando este cargo y los 2 anteriores se desprenden de un mismo hecho.

Al Cargo 4.- *Fuera de la reiterativa observación relativa a la falta de precisión de la infracción (es decir a la tipificación expresa para cada caso y no simplemente a una mera mención de un Artículo), en este Cargo 4 se nos imputa con una sanción de $us 5.001 por infracción al Artículo 20 de la Ley de Pensiones y Artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/No.219 de 4 de marzo de 2008. Al respecto nos permitimos señalar que el actual Artículo 20 de la Ley de Pensiones menciona: "EXIGIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES. Las prestaciones de invalidez, riesgos profesionales y muerte deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis meses, contado desde el día en que ocurrió la invalidez o muerte, vencido dicho plazo, los recursos prescribirán a favor del Estado." Olvidándose que el caso que nos ocupa es un Pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes de Un* (sic) *Registrado Fallecido con derecho a CCM de acuerdo a lo establecido por el Art. 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007*

Por su parte el Artículo 5 de la Resolución Administrativa a la que hace referencia la AP señala:

ARTÍCULO 5°.- (MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL ANEXO I DE LA RA 077/05).- *Se modifica el contenido del artículo 10° del Anexo I de la RA 077/05 con el siguiente texto:*

"I. Los pagos de CCM devengan:

a) A partir del primer día del mes en que el Solicitante firmó su Formulario de Solicitud de Pago de CCM, si éste fue llenado hasta el día 15 del mes inclusive,

b) A partir del primer día del mes siguiente si el Formulario de Solicitud de Pago de CCM fue firmado después del día 15 del mes.

II. Al fallecimiento del Titular de CC y previa presentación de su Certificado de Defunción original, los pagos a los Derechohabientes con derecho a CC declarados en el Contrato de Pago de CCM, devengan:

a) A partir del primer día del mes de fallecimiento del Titular, si la fecha de fallecimiento se produce entre el 1ro. y el 15 del mes inclusive

b) A partir del primer día del mes siguiente al fallecimiento del Titular, si el fallecimiento se produce en fecha posterior al día 15 del mes.

Los pagos a los Derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de Pago de CCM podrán ser solicitados en el plazo de treinta y seis (36) meses a contar de la fecha de fallecimiento del Titular con derecho a CC previa presentación del Certificado de Defunción del Titular y documentos de acreditación, y devengarán a partir de la fecha en la que suscriban el Formulario de Solicitud de Pago de CCM, considerando la aplicación de los incisos a) y b) del parágrafo I anterior.

III. En los casos de fallecimiento de Derechohabientes que se encuentren percibiendo pago de CCM, los nuevos montos de pago de CCM, previa presentación del Certificado de Defunción, devengan:

a) A partir del mes de fallecimiento del Derechohabiente, si el fallecimiento se produjo entre el 1ro. y el 15 del mes inclusive.

b) A partir del mes siguiente de fallecimiento del Derechohabiente, si el fallecimiento se produjo en fecha posterior al día 15 del mes.

IV. En caso que el cónyuge o conviviente sobreviviente contraiga matrimonio o sostenga nueva relación de convivencia, los nuevos montos de pago de CCM devengan:

a) A partir del primer día del mes consignado en el Certificado de Matrimonio o la fecha de la Sentencia que declare el matrimonio de hecho, si esta fecha se encuentra el 1 y el 15.

b) A partir del primer día del mes siguiente al consignado en el Certificado de Matrimonio o la fecha de la Sentencia que declare el matrimonio de hecho, si esta fecha fuera posterior al día 15 del mes."

La aplicación del artículo 5 de la R.A. SPVS/IP N° 545 de 6 de julio de 2007 se da a la suscripción de un contrato de pago de CC por parte del Afiliado, es decir, cuando este inicio y concluyo (sic) *en vida su trámite de pago de CC mensual en el cual pudo o no declarar a todos sus derechohabientes. Al fallecimiento del Afiliado los derechohabientes declarados empiezan a gozar de los pagos de CCM; y, los no declarados, entonces, tienen 36 meses desde el fallecimiento para su acreditación.*

Como es posible advertir, estos artículos hacen referencia a diversos aspectos por lo que nuevamente recurriendo a la parte considerativa de la Resolución encontramos que la misma se refiere a la acreditación a la Srta. Elisa Lucero Rivera Troncoso como derechohabiente, después de 36 meses de la fecha de fallecimiento del afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández. No obstante la claridad de nuestros descargos, la AP nos sanciona con una exorbitante suma de $us.5.001, sin tomar en cuenta los aspectos que concurren en el presente caso.

- En principio debemos señalar que en todo momento fue de conocimiento de la AP la acreditación que realizamos, es más, no solamente tuvo conocimiento, sino que incluso ese órgano regulador solicitó mayor información posteriormente.

- La AFP mediante nota FUT. SUP. CCM 2022 de 12 de diciembre de 2008 realizó la consulta a la SPVS sobre la posible inclusión del tercer grupo familiar.

- En fecha 17 de diciembre de 2008, la SPVS mediante nota SPVS/1P/DPC/3114 indica que el procedimiento para estos casos es claro y citó las normas pertinentes, pero nos solicitó un informe legal de la AFP respecto al tercer grupo familiar, es decir dejó a criterio legal de nuestra AFP esta consulta.

Mediante nota FUT.SUP.CC 2997/2008 de 23 de diciembre de 2008 AFP Futuro remite a la SPVS el informe de nuestro Departamento Legal, mismo que expresa que extendiendo lo favorable y restringiendo lo odioso el caso se puede aceptar.

Esta situación como podrá apreciar, era de conocimiento de la ex SPVS y desde esa fecha en ningún momento nos hizo conocer que no correspondía dar curso a la inclusión del tercer grupo familiar.

Es más en fecha 9 de julio de 2009, mediante nota AP/DPC/375/09 su Autoridad solicita información sobre el caso. En fecha 21 de julio de 2009, mediante nota FUT.SUP.1220/09, nuestra AFP da respuesta a su nota, donde se detalla expresamente la fecha de acreditación de los tres grupos familiares, así como los periodos y montos pagados. Posteriormente, en fecha 19 de octubre de 2009 mediante nota AP/DPC/1164/09 su Autoridad solicita el envió de las boletas de pago a los tres grupos familiares así como la documentación de acreditación del tercer grupo familiar, solicitud que fue atendida mediante nota FUT.SUP.CCM 1770 de 22 de octubre de 2009.

- Si el acto es considerado por la AP como una infracción de gravedad media, hubiera correspondido que la AP se pronuncie oportunamente respecto al tema evitando de esta manera incurrir en la aceptación y concreción de pagos durante más de 1 año y medio. En este sentido, consideramos que la sanción impuesta respecto a este cargo es desmesurada, ya que no solo nos impone una sanción de 5,001 $us. sino que también nos impone a cubrir con recursos propios, la

devolución del 20% del monto de CC al TGN, la reposición del 10% a la cónyuge desde enero 2009 a la fecha, y asumir hasta su extinción el 5% al segundo grupo familiar y el 25% al tercer grupo familiar, situación que como se demuestra en este recurso PUDO haber sido evitada oportunamente.

- En este cargo, existe una total falta de congruencia, ya que se sanciona por haber dado cobertura a la derechohabiente, PERO EN LA MISMA RESOLUCIÓN SE NOS OBLIGA A SEGUIR DÁNDOLA, tal como explicamos en la literal f) posterior.

*- Ello implica que **se nos está sancionado dos veces por un mismo hecho**, ya que en principio nos imponen una sanción pecuniaria por haber dado cobertura, y luego la AP con una total falta de congruencia, dispone que sigamos otorgando la cobertura, utilizando para este efecto una figura por demás equivocada, como son los derechos adquiridos.*

***Al Cargo 5.-** La AP nos sanciona con una multa de $us. 2000 por infracción a lo dispuesto en el inciso s) del artículo 31 de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 39 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003. Esta infracción se referiría a que no se respondió dentro de plazo la solicitud de información y documentación realizada por la AP. Al respecto señalamos:*

- La nota AP/DPC/375/09 de 9 de julio de 2009 fue recibida en nuestra AFP en fecha 13 de julio de 2009, y otorgaba un plazo de 4 días hábiles administrativos para dar respuesta, por lo que considerando que hubieron 2 días feriados por el Bicentenario, el plazo vencía el día 21 de julio de 2009, y la nota fue recibida por la AP en fecha 22 de julio de 2009, un día posterior al vencimiento de plazo. Adicionalmente, considerando que no hay un registro de hora, y que el retraso en horas hábiles administrativas pudo haber sido cero, consideramos excesiva la multa impuesta, sobretodo porque este retraso es una excepción ya que nuestra AFP cumple con los plazos otorgados por su Autoridad o en su caso, cuando es requerido solicita ampliación del mismo.

- En este cargo es posible evidenciar que la AP nos impone sanciones sin ninguna consideración a un elemental principio de proporcionalidad, ya que en el presente caso la nota emitida por la AP AP/DPC/375/2009 de 9 de julio de 2009, fue recibida en fecha 13 de julio por nuestra AFP, otorgándonos 4 días hábiles administrativos para responderla, pero sin tener en cuenta un hecho de conocimiento público como fue que por el bicentenario de la ciudad de La Paz se habían decretado dos días feriados, el 15 y 16 de julio, lo que lógicamente cortaba el normal desempeño de actividades. Es evidente que existió un retraso de un día en la entrega de la nota, pero ello no puede significar bajo ninguna circunstancia que se nos sancione con un monto tan elevado como son $us.2000.

- No existe proporcionalidad entre la entrega (sic) *la sanción impuesta, que es exagerada y nuestro retraso, si es que debe ser sancionado, se encuadra en la tipificación de gravedad levísima y bajo ninguna circunstancia puede implicar una suma tan desmesurada.*

f) SOBRE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LA AP

En la misma Resolución Administrativa AP/DJ/No. 185-2010 de 20 de agosto de 2010, la AP impone obligaciones para que cumpla nuestra AFP, otorgándonos un

plazo de 10 días hábiles administrativos en cuatro párrafos bajo el nomen juris de SEGUNDO que textualmente refieren lo siguiente:

"SEGUNDO.- I. En el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, Futuro de Solivia S.A. AFP, deberá restituir al Tesoro General de la Nación (TGN), el 20% del monto de CC incluyendo los respectivos intereses, correspondientes al periodo enero/2009-agosto/2010, el cual fue solicitado en demasía por haber incluido a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente, fuera del plazo establecido en la norma; e informar documentadamente a esta Autoridad en tres (3) días hábiles administrativos de vencido el plazo anterior.

II. En el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá restituir a la señora Gloría Solíz Vda., de Rivera cónyuge del Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, el 10% del monto de CC incluyendo los respectivos intereses, correspondientes al periodo enero/2009-agosto/2010, diferencia que no fue pagada por la reasignación de porcentajes a los Derechohabientes e informar documentadamente a esta Autoridad en tres (3) días hábiles administrativos de vencido el plazo anterior.

III. A partir del mes de septiembre de 2010, la AFP deberá solicitar al TGN el 80% de la CC para realizar el pago a la Sra. Gloria Solíz Vda. De Rivera cónyuge del Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández (60%) y a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga (20%), porcentajes que les corresponde de acuerdo a norma.

IV. Desde el mes de septiembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá realizar con recursos propios, el pago del 5% de la CC a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga y el pago del 25% de la CC a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, hasta que se extingan sus derechos."

Todas estas obligaciones surgen a raíz de un aspecto principal relativo a la inclusión de la Srta. Elisa Lucero Rivera Troncoso como derechohabiente, que debe ser analizado con total precisión y tomando en cuenta todos los antecedentes. Al respecto debemos señalar que:

1. Debe quedar claro que está inclusión en ningún momento fue un acto unilateral de la AFP, sino que la misma fue debidamente consultada, ya que la AFP mediante nota FUT. SUP. COM 2022 de 12 de diciembre de 2008 realizó la consulta a la SPVS sobre la posible inclusión del tercer grupo familiar fuera del plazo de los 36 meses que establece la norma. En fecha 17 de diciembre de 2008, la SPVS mediante nota SPVS/IP/DPC/3114 indica que el procedimiento para estos casos es claro y citas (sic) *las normas pertinentes, es decir el REGULADOR NO FUE CLARO, EXPRESO NI EXPEDITO, más aún cuando en esa misma nota NOS SOLICITO un informe legal de la AFP respecto al tercer grupo familiar.*

2. Mediante nota FUT.SUP.CC 2997/2008 de 23 de diciembre de 2008 AFP Futuro remite a la SPVS el informe de nuestro Departamento Legal, mismo que expresa que extendiendo lo favorable y restringiendo lo odioso el caso, se puede aceptar. Es decir que dando respuesta precisamente a la solicitud se les envió el criterio legal de nuestra AFP, por lo tanto, queda claro que esta situación como se puede

apreciar, era de conocimiento de la ex SPVS y desde esa fecha en ningún momento nos hizo conocer que no correspondía dar curso a la inclusión del tercer grupo familiar.

3. Es más en fecha 9 de julio de 2009, mediante nota AP/DPC/375/09 su Autoridad solicita mayor información sobre el caso, solicitud que en fecha 21 de julio de 2009, mediante nota FUT.SUP.1220/09, nuestra AFP da respuesta ***DETALLANDO EXPRESAMENTE LA FECHA DE ACREDITACIÓN DE LOS TRES GRUPOS FAMILIARES, así como los períodos y montos pagados****.*

4. Posteriormente en fecha 19 de octubre de 2009 mediante nota AP/DPC/1164/09 su Autoridad solicitó el envió de las boletas de pago a los tres grupos, familiares así como la documentación de acreditación del tercer grupo familiar, solicitud que fue atendida mediante nota FUT.SUP.CCM 1770 de 22 de octubre de 2009.

5. Como podrá usted apreciar, previa a la nota AP/DJ/1926/10 de 06 de julio de .2010 mediante la cual se nos notifica con los cargos objeto del presente recurso de revocatoria de la R.A. 185, la ex SPVS, ahora AP tenía pleno conocimiento de la aceptación del tercer grupo familiar, desde diciembre de 2008. Si el órgano regulador se hubiera pronunciado en su momento respecto a la aceptación del tercer grupo, no se hubieran concretado los pagos, ya que como se les informa mediante nota FUT.SUP.1220 de 21 de julio de 2009, la fecha de acreditación del tercer grupo es 16 de diciembre de 2008, por lo que el primer periodo pagado corresponde a enero de 2009, y como se menciona al inicio del presente párrafo, en fecha 23 de diciembre de 2008 se remite a la SPVS el informe de nuestro departamento legal mediante el cual se da curso a la solicitud del tercer grupo familiar.

6. Tomando en cuenta estos antecedentes, si el acto es considerado por la AP como una infracción de gravedad media, hubiera correspondido que la AP se pronuncie oportunamente respecto al tema evitando de esta manera incurrir en la aceptación y concreción de pagos durante más de 1 año y medio. En este sentido, consideramos que la sanción impuesta respecto a este cargo es desmesurada.

7. Adicionalmente, es importante tomar en cuenta que los derechohabientes del Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández en aplicación a lo establecido por el Art. 63 de la Ley N° 1732 Ley de Pensiones no hubieran podido acceder al pago de la CCM sino hasta que éste en vida hubiera cumplido los 65 años. Sin embargo, el artículo 3 del Decreto Supremo 29138 de 30 de mayo de 2007, dispone, entre otros, que las AFP consignen en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones a: "Afiliados fallecidos con derecho a CC sin cobertura por muerte en el SSO", "Afiliados fallecidos con derecho a CC, por los cuales no se hubiera presentado una solicitud de pensión por muerte en el SSO dentro del plazo establecido por la norma vigente", por lo que se entiende con meridiana claridad que los Derechohabientes que no se hubieran acreditado dentro el plazo de los 36 meses que establece el artículo 20 de la Ley de Pensiones 1732, puedan acceder al pago de CCM. Normativa que respalda las solicitudes de pago de CCM efectuadas por todos los Derechohabientes del Afiliado Fallecido independientemente de que hubiesen solicitado o no una pensión por muerte en

el SSO. Por lo tanto, nuestra actuación queda claramente amparada por normativa legal.

8. La Resolución sancionatoria incurre en contradicciones con los antecedentes del caso, ya que en la parte considerativa señala que "...NO LE CORRESPONDE A FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, DETERMINAR QUIEN O QUIENES TIENEN EL MEJOR DERECHO AL PAGO DE CC MENSUAL. ESTA ATRIBUCIÓN LA TIENE EXCLUSIVAMENTE LA AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE, DEBIENDO LA AFP SOLAMENTE DISPONER LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA PRECAUTELAR LOS DERECHOS DEL SOLICITANTE QUE ACREDITE SU MEJOR DERECHO, CON EL FIN DE EVITAR PERJUCIOS POSTERIORES." (Las mayúsculas son nuestras)

Si esto es evidente, POR QUE EL PROPIO ÓRGANO REGULADOR, cuando sometimos a su conocimiento nuestra consulta sobre si es posible la inclusión de un tercer grupo familiar, consulta realizada el 12 de diciembre de 2008, nos contestó indicando que el procedimiento para estos casos era claro, citando normas pertinentes Y SOLICITARON UN INFORME LEGAL DE LA AFP, dejando prácticamente a criterio de nuestra AFP la inclusión o no de la derechohabiente?

9. POR QUE EL ÓRGANO REGULADOR, en conocimiento del Informe Legal que con un criterio humano y social, estableció que era posible ampliar lo favorable y restringir lo odioso para que una hija legitima del derechohabiente pueda también gozar de un beneficio establecido a consecuencia del fallecimiento de su padre, no nos hizo conocer su criterio que solamente la autoridad judicial tiene competencia para determinar quienes tienen derecho al pago de la CC Mensual?

10. En el presente caso, la AP no tomó en cuenta las circunstancias por las cuales el Informe Legal sugirió ampliar lo favorable y restringir lo odioso, ni los principios que se aplican al Seguro Social Obligatorio, ya que no estamos hablando de un derechohabiente con un criterio formado, sino de una menor de edad que lógicamente no podía solicitar esta prestación por su propia cuenta, sino que dependía de la madre para ello.

11. Hay una flagrante contradicción en las disposiciones que emite la AP, al señalar que la AFP actuó incorrectamente ya que nos obliga a devolver los montos utilizados de la CC para el pago a esta derechohabiente, y posteriormente nos indica que debemos continuar con el pago de la prestación, supuestamente bajo una figura de derechos adquiridos, que a todas luces es incorrecta.

Los derechos adquiridos es un concepto que se utiliza para referirse a aquellas situaciones por las cuales las personas adquieren derechos que se dieron en un lugar o instante en el tiempo, cuando regía una norma específica, pero que luego esa norma cambia y es contraria a reconocer y otorgar esos derechos, haciendo que las personas que no adquirieron esos derechos ya no puedan hacerlo, pero aquellas que si obtuvieron el derecho reconocido bajo la anterior legislación, no puedan ser privados de ese derecho por el cambio de la legislación. Es decir que este concepto tiene que ver con el tema de la retroactividad y ultra actividad de la Ley.

En estos casos, se dice derechos adquiridos a los derechos que fueron reconocidos y adquiridos bajo una legislación que con una nueva legislación ya no son reconocidos, pero que las personas que tienen esos derechos adquiridos legalmente, puedan seguir gozando de ellos, ya que se consideran derecho (sic) *adquiridos.*

12. Como se puede apreciar, exista una falta de coherencia en esta obligación fijada por la AP, puesto que antes de establecerse la existencia o inexistencia del derecho de Elisa Lucero Rivera Troncoso, se nos obliga a devolver al TGN los montos que se utilizaron para pagarle como derechohabiente. Es decir que la propia AP estaría considerando que la Srta. Rivera Troncoso no tiene derecho a contar con esa prestación, por lo que nuestra AFP habría actuado mal en otorgarle la prestación, no obstante en el siguiente punto IV la AP nos obliga seguir pagándole esta prestación.

13. Por, otra parte, exista (sic) *una dualidad en la actuación de la AP, ya que si bien establece que nuestra AFP actuó incorrectamente, dispone en el parágrafo I, que se le restituya a la cónyuge del afiliado fallecido, Sra. Gloria Solíz Vda. De Rivera, el 10% del monto de CC incluyendo los intereses, diferencia que no fue pagada por la reasignación de porcentajes debido a la inclusión del tercer grupo familiar.*

Por qué la AP dispone que se siga pagando al tercer grupo familiar, pero que a su vez se le pague a la Vda. como si no se hubiera incluido al tercer grupo familiar?

14. Asimismo hacemos referencia a la obligación que establece la AP relativa al pago del 5% de la CC a la Srta. Ilse Adriana Rivera Arteaga (segundo grupo familiar) cuando en estricto rigor jurídico y de acuerdo a Ley, no le corresponde dicho pago si se rechaza la inclusión del tercer grupo familiar. No obstante, contra toda lógica y contra la misma norma expresa que menciona la AP, éste órgano regulador nos obliga a otorgar beneficios al tercero (sic) *grupo familiar sin que se modifiquen los porcentajes de los primeros dos grupos familiares, lo que nuevamente reiteramos, contraviene la norma expresa emitida por la propia autoridad reguladora.*

g) SOLICITUD DE APLICACIÓN DE EFECTO SUSPENSIVO

En fecha 23/09/2010 mediante nota FUT.AP.GG-1613/09/10, nuestra AFP solicitó suspensión de la Resolución Administrativa AP/DJ/N^{0} 185-2010, demostrando varios argumentos por los cuales correspondía la aplicación del efecto suspensivo, a fin de evitar irrogar daños a nuestra AFP, así como a los grupos familiares involucrados.

No obstante la claridad de nuestra solicitud, la misma fue respondida por la AP mediante Nota AP/DJ/2831/2010 en la cual el órgano regulador simplemente se limita a señalar "En respuesta a su nota de referencia, comunico a usted que, según el artículo 21 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, las Resoluciones Administrativas una vez notificadas legalmente, gozan de legalidad, fuerza ejecutiva y deben ejecutarse y cumplirse, por lo que corresponde dar cumplimiento a la Resolución Administrativa AP/DJ/No. 185-2010 de 20 de agosto de 2010."

En consecuencia, queda clara la responsabilidad por cualquier consecuencia del cumplimiento de la Resolución AP/DJ/No.185-2010 es asumida completamente por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, limitándose nuestra AFP a dar cumplimiento estricto a la misma.

III. PETITORIO.

Sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente solicitamos que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, que al amparo del artículo 16° de la Ley N° 2341 y Articulo 48° del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 de Procedimiento Administrativo, revoque la Resolución Administrativa AP/DJ/No. 185-2010 de conformidad a lo dispuesto por el artículo 46° y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en vista de que la misma afecta nuestros derechos subjetivos y lesiona gravemente nuestros intereses legítimos, como ente regulador, en virtud a las razones que fueron expuestas.

Hacemos notar que la revocatoria de la Resolución ahora impugnada no solamente se funda en los argumentos expuestos, sino también en la normativa que mencionamos como el D.S. 29138 de 30 de mayo de 2007, que avala y respalda nuestra actuación…"

5. NOTA PRESENTADA EN FECHA 17 DE NOVIEMBRE DE 2010 POR LA SEÑORA NORMA LILIAN ARTEAGA TERÁN, TUTORA LEGAL DE LA MENOR ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA.-

Por nota presentada en fecha 17 de noviembre de 2010, la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora legal de su hija, la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, expresa los extremos siguientes:

"*…me entero por intermedio de la misma AFP FUTURO que la viuda del indicado fallecido ya estaba cobrando su beneficio de Derechohabiente según documento que adjunto, en calidad de Retiros Mínimos, no obstante que al Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández, le correspondía el beneficio de la Jubilación porque para esa fecha ya existía la Compensación de Cotizaciones y no correspondía Retiros Mínimos, asimismo la AFP FUTURO, cometió otra arbitrariedad al no calcular también el beneficio de Retiros Mínimos a favor de mi pequeña hija menor de edad ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA, teniendo conocimiento anterior de la existencia de mi hija menor de edad que también es hija del mencionado fallecido, ya que como indico líneas arriba entregué oportunamente los documentos que le acreditaban como tal en la mencionada AFP, por este motivo e ignorando las causas de esta gran irregularidad, como madre de mi pequeña hija ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA nuevamente con Orden Judicial dirigida a la AFP FUTURO en fecha 14 de marzo del 2005 en la que también adjunto toda la documentación respaldatoria, esta Orden Judicial fue recibida en la AFP FUTURO el 16 de marzo del 2005, en la Orden Judicial se dispone que se incluya a mi hija menor de edad ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA, en todos los beneficios que le correspondan de acuerdo a la Ley, a la Ley de Pensiones, a Normas Sociales que rigen la materia y respeto a los derechos como*

Derechohabiente, del que en vida fue Valentín Franklin Rivera Fernández, más aún siendo mi pequeña hija menor de edad…

(…)

…yo había presentado toda la documentación que le acreditaba a mi pequeña hija como derechohabiente justamente mediante Orden Judicial, y debería tomársele en cuenta a mi hijita desde la primera cuota ya que la AFP FUTURO DECIDIÓ PROCEDER AL PAGO DE RETIROS MÍNIMOS y también del CC y/o Pensión por Muerte pero se me negó el respectivo beneficio y procedió con el pago a la viuda Derechohabiente que presentó su solicitud posteriormente pero se le pago primero, como consta en el Contrato de Retiros Mínimos.

(…)

…la Sra Gisbert me hizo ir a su oficina de la AFP FUTURO y nunca me pudo hacer ver ni conocer las cláusulas del Contrato al que se hacía referencia en la Adenda, además en ningún lugar de la Adenda decía mi nombre como madre y tutora ad-litem (sic) *de mi hija menor de edad Ilse Adriana Rivera Arteaga, sólo estaba el nombre de ella, me pareció raro porque una menor de edad no puede hacer ningún cobro…*

(…)

…la AFP FUTURO nuevamente sabiendo la existencia de mi hija menor de edad, ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA Derechohabiente del afiliado que en vida fue VALENTÍN FRANKLIN RIVERA FERNANDEZ, ya estaba pagando a la otra Derechohabiente,…

(…)

…después de una larga tramitación de varios años el DÍA 27 DE NOVIEMBRE DEL 2008 el Sr. Wilfredo Gutiérrez Jefe de Beneficios de la AFP FUTURO y el Sr. Juan Luis Quiroz Aguirre Analista de Beneficios y Prestaciones de la AFP FUTURO recién me hacen ENTREGA DE LA ADENDA para que mi persona firme, Adenda que lleva el siguiente título "ADENDA DE ENMIENDA DE UN CONTRATO DE PAGO DE COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES MENSUAL PARA DERECHOHABIENTES A CARGO DE UNA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES" esta Adenda tenía fecha del 15 de abril del 2008 pero recién me entregan para que la firme el 27 de noviembre del 2008 (copia que adjunto) y en ese momento firmé la mencionada Adenda y el Sr. Juan Luís Quiróz me entregó el cheque N°00015724-8 de fecha 19 de Noviembre/08 del Banco de Crédito, por la suma de Bs8.275.44.—(OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO 44/100 bolivianos), (copia que adjunto) correspondiente al pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes de los meses de: Enero-08, Febrero-08, Marzo-08, Mayo-08, Junio-08, Julio-08, Agosto-08, Septiembre-08 y Octubre-08 de acuerdo a detalle de Beneficios y Prestaciones de la AFP FUTURO (copia que adjunto); faltando en ese detalle el mes de abril-08, razón que ignoro, pero que posteriormente se me pagó mediante banco la suma de Bs954.— (Novecientos cincuenta y cuatro 00/100 bolivianos); (copia que adjunto) asimismo se me entrega

un original de la Adenda que mi persona firmó, detalle del mencionado pago que se me hizo, copia de orden de pago y copia del CONTRATO DE PAGO DE COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES MENSUAL PARA DERECHOHABIENTES A CARGO DE UNA ADMINISTRADORA DE FONDOS QUE LA VIUDA GLORIA SOLIZ VILLAGOMEZ DE RIVERA COMO DERECHOHABIENTE HABÍA FIRMADO EN EN (sic) *LAS OFICINAS DE LA AFP FUTURO DE SANTA CRUZ; pero grande fue mi sorpresa porque en el mencionado Contrato figuran mi nombre y apellidos como si yo hubiera sido parte de ese Contrato en la ciudad de Santa Cruz, como es que la AFP FUTURO DE SANTA CRUZ, me hace figurar en ese Contrato si yó* (sic) *vivo en la ciudad de La Paz, y no estuve en la ciudad de Santa Cruz, y por lo tanto nunca jamás visité las oficinas de la AFP FUTURO DE LA CIUDAD DE SANTA CRUZ, que fue lo que pasó, porque mi nombre figura en ese Contrato si en Santa Cruz no me conocen, como sabían mi nombre,…*

(…)

…Me permito recordarles que el padre de mi pequeña hija Valentín Franklin Rivera Fernández falleció el 30 de junio del año 2004 y que mi primera solicitud y trámite de Derechohabiente para mi pequeña hija menor de edad Ilse Adriana Rivera Arteaga la hice por primera vez el 13 de agosto del año 2004; por segunda vez el 6 de diciembre del 2004; por tercera vez el 14 de marzo del 2005 con órdenes judiciales respectivamente y por cuarta vez el 15 de marzo del 2008 como explico líneas arriba, solicitudes a las que adjunté toda la documentación que acreditaba a mi mencionada hija como Derechohabiente de acuerdo a Ley, ***¿porqué? la AFP*** *FUTURO ME HACE LOS PAGOS SOLAMENTE A PARTIR DE ENERO DEL 2008, sin ningún tipo de interés ni resarcimiento de daños y perjuicios como está estipulado en la Ley de Pensiones, si la AFP FUTURO conocía la existencia de mi pequeña hija desde el 13 de agosto del 2004 porque hice mi primera solicitud en esa fecha, y la AFP FUTURO ya tenía un Certificado de Compensación de Cotizaciones emitido el 31-05-04 y ya tenía Cuenta Individual del fallecido. Además de todo lo anotado, me permito transcribirle la* ***CLAUSULA 3.- Punto 3****, de la Adenda mencionada líneas arriba, que el 27 de noviembre del año 2008 me entrega recién para la firma la AFP FUTURO, dice lo siguiente: "****El Certificado de Nacimiento N°140480 presentado por La Derechohabiente, en el Trámite de Retiros Mínimos suscrito en fecha 28 de Marzo ge 2005, es un afiliado (registrado) fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández; y, en tal calidad es Derechohabiente de Primer Grado al amparo del Artículo 5 de la Ley 1732 y 3 del Decreto Supremo 24469****." Como podrá darse cuenta su autoridad, la AFP FUTURO, toma en cuenta el tercer trámite de Derechohabiente que hice en favor de mi hija menor de edad Ilse Adriana Rivera Arteaga de fecha 14 de marzo del 2005 pero sin embargo tampoco se me paga desde el mes de marzo del año 2005 y como explico detalladamente líneas arriba el 27 de noviembre del año 2008 solamente se me paga a partir del mes de enero del 2008 de acuerdo a detalle (enero-08, febrero-08, marzo-08, junio-08, julio-08, agosto-08, septiembre-08, octubre-08) el mes de abril-08 por separado, y noviembre-08, diciembre-08, sin ningún tipo de interés y/o retroactivo, que se me debe a la fecha, tampoco, se me hizo el resarcimiento de daños y perjuicios que la AFP FUTURO LE CAUSO* (sic) *A MI HIJA MENOR DE EDAD*

DERECHOHABIENTE DEL MENCIONADO AFILIADO, como estipula la Ley de Pensiones. Actualmente ya cobré la Pensión por Jubilación (CC) de los meses de enero-09 la suma de Bs1.141.41 (UN MIL CIENTO CUARENTA Y UNO 41/100 Bolivianos), febrero-09 y marzo- abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre-09 la suma de Bs1.301.42 (UN MIL TRESCIENTOS UNO 42/100 Bolivianos) respectivamente en forma mensual, pero sin embargo cuando voy a cobrar al banco se me entrega un papel que dice que debo aproximarme por las oficinas de la AFP que tengo pagos pendientes de cobro (copia que adjunto), pero cuando pregunto en la oficina de la AFP FUTURO me dicen que no saben nada,…

(…)

…acudo a su dignísima autoridad para pedirle que la AFP FUTURO me haga la liquidación de todo lo que me debe y por Ley le corresponde a mi hija menor de edad Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga y de todos los Seguros que también le corresponden, y los daños y perjuicios, desde el 13 de agosto del 2004 que hice mi primer trámite, y de cuanto realmente le corresponde si la pensión de Compensación de Cotizaciones es de Bs5.440.17 (Cinco mil cuatroscientos (sic) *cuarenta 17/100 bolivianos) y de esta suma se me paga actualmente el 20%; pero su Estado de Cuenta Individual era de Bs21.883.06 (veintiún mil ochocientos ochenta y tres 06/100 bolivianos), sin embargo, la AFP FUTURO no tomó en cuenta el Estado de Cuenta Individual del fallecido para los pagos mensuales a pesar de que el fallecido ya tenía el Certificado de Compensación de Cotizaciones emitido el 31/05/04,…*

(…)

…a pesar de que esa AFP FUTURO tenía ya conocimiento de todo lo anotado líneas arriba y omitió mis reiteradas solicitudes y/o trámites Y SI LA AFP FUTURO obviando la Ley de Pensiones decidió proceder al pago de Retiros Mínimos, también le deben a mi hija Derechohabiente del mencionado afiliado y la AFP FUTURO debe hacerle un reajuste ya que solamente me pagaron 3 cuotas detalladas líneas arriba y la AFP FUTURO conocía la existencia de mi hija por mis varias solicitudes debe pagársele a mi hija menor de edad desde la primera cuota de Retiros Mínimos…

(…)

…En fecha 2 de Septiembre de 2010 la AFP FUTURO le efectúa la devolución a mi hija por concepto de Retiros Mínimos de los meses de Diciembre/2004, Enero/2005 y Febrero/2005 más intereses con cheque No. 00021884-2 de fecha 17 de agosto de 2010 por la suma de Bs 17.737,95 (DIECISIETE MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE 95/100 bolivianos) Bco. de Crédito copias que adjunto. Igualmente en esta oportunidad la AFP FUTURO PROCEDE DE LA FORMA MAS IRRESPONSABLE ya que devuelve esa suma como si no hubiera pasado nada, como si no hubiera infringido ninguna Ley y pasa por alto los daños y perjuicios ocasionados durante casi seis largos año (sic) *a una menor de edad y no le paga a mi hija daños y perjuicios como lo estipula la Ley de pensiones en sus artículos que son de conocimiento tanto de la AFP FUTURO, como de ese despacho…*

(…)

…la AFP FUTURO DEBE PAGARLE A MI HIJA DESDE AGOSTO DEL 2004 los sueldo (sic) *pendientes a la CC. Y DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR HABERLE NEGADO SUS BENEFICIOS SOCIALES ENMARCADOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y EL HABER DISCRIMINADO A UNA MENOR DE EDAD TANTO DEL DERECHO A LA SALUD, AL ESTUDIO A LA ALIMENTACIÓN Y TODO LO QUE CONLLEVA UNA INFRACCIÓN DE ESTA NATURALEZA…*

(…)

…pido a su autoridad en nombre de la justicia, y apegada totalmente a la de pensiones y leyes vigentes que intervienen en este caso rechazar el mencionado Recurso y proceder a la Sanción respectiva a la AFP FUTURO. Porque los plazos son improrrogables de acuerdo a la Ley de pensiones para la acreditación de derechohabientes y ningún acto contrario puede quebrantar ninguna ley. Asimismo pido que de una vez se ponga fin a esta injusticia contra mi hija ya que el mes de Octubre-2008 la AFP FUTURO le descontó el cinco por ciento de su pago del CC. Sin justificativo alguno, Asimismo (sic) *hasta la fecha continua* (sic) *sin seguro médico situación que pido a su digna autoridad sea regularizada y sancionada. También pido fotocopia legalizada de todo el expediente existente del Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández existente en la AFP FUTURO, Y* (sic) *también en esa dependencia.*

Asimismo pido la revisión del cargo 1 parágrafo (10) ya que como explico lineas (sic) *arriba, mi persona desde agosto del 2004 solamente pidió todos los beneficios sociales que le corresponden a mi hija arriba mencionada…*"

6. MEMORIAL PRESENTADO EN FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 POR LA SEÑORA GLORIA SOLIZ VIUDA DE RIVERA.-

Por memorial presentado en fecha 16 de noviembre de 2010, la señora Gloria Solíz viuda de Rivera, expresa los extremos siguientes:

"…***RESPUESTA.-*** *Señor Director, respondo a la notificación con la mencionada Resolución, en los siguientes términos y argumentos:*

La Resolución citada, refiere, distintas inobservancias e infracciones a la Ley de Pensiones en las que habría incurrido la ***AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A.*** *con relación a los derechos adquiridos por los co-herederos y derechohabientes del señor* ***Valentín Franklin Rivera Fernández*** *quien fuera afiliado y del cual soy su* ***cónyuge supérstite,*** *y las sanciones que es pacible* (sic) *dicha entidad quien, a su vez, hace legitimo uso del Recurso de Revocatoria.*

Revisada la Resolución Administrativa, que está amparada en la Ley 1732 y el DS 0071 de 9 de abril de 2009, que faculta al ente regulador a fiscalizar, revisar, y hacer

efectivos los derechos de los afiliados y sus causahabientes, es importante aclarar de mi parte a su autoridad que la ***AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A.*** *ha venido cumpliendo con su obligación y con este memorial, dejo expresa constancia que en el caso de que se confirmara o dispusiera una nueva revisión, reliquidación y consiguiente reintegro de* ***derechos a mi favor,*** *estos deberán ser restituidos y normalizados por dicha entidad, en correcta aplicación y cumplimiento de las normas y leyes vigentes…*"

7. NOTA PRESENTADA EN FECHA 23 DE NOVIEMBRE DE 2010 POR LA SEÑORA MARGARITA ISABEL TRONCOSO CASTELLÓN, TUTORA LEGAL DE LA SEÑORITA ELISA LUCERO RIVERA TRONCOSO.-

Por nota presentada en fecha 23 de noviembre de 2010, la señora Margarita I. Troncoso Castellón, tutora legal de su hija, la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, expresa los extremos siguientes:

"*…A través de la presente me dirijo a su autoridad con el fin de dar a conocer mi conformidad con la resolución Administrativa AP/DJ/No. 185-2010, emitida por esa digna Institución, la misma que determina que, se continúe con el pago que realiza la AFP Futuro de Bolivia a mi hija ELISA LUCERO RIVERA TRONCOSO (hija reconocida legalmente por su padre el Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández,) como derechohabiente, la misma que a la fecha solo cuenta con 14 años y este ingreso ayuda enormemente con sus gastos de alimentación y salud…*"

8. MEMORIAL PRESENTADO EN FECHA 23 DE DICIEMBRE DE 2010 POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.-

Por memorial presentado en fecha 23 de diciembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** hace presente sus alegatos, conforme al tenor siguiente:

"…***1er. Grupo Familiar:***

Mediante nota de fecha 22 de noviembre de 2010, recibida por su Autoridad en fecha 23 de noviembre de 2010, se apersona la Sra. Margarita I. Troncoso Castellón, tutora de la menor Elisa Lucero Rivera Troncoso, quien manifiesta su conformidad con la determinación de pago a favor de la menor a su cargo, solicitando se siga efectuando el pago de la pensión por ser esta de beneficio a la niña que apenas cuenta con 14 años.

Al respecto, debemos manifestar que la acreditación de esta derechohabiente (Elisa Lucero Rivera Troncoso) obedece estrictamente a las disposiciones que rigen la otorgación del Pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes de Registrados Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones Mensual con arreglo a lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 y demás normativa conexa, por lo que al no tratarse de una prestación por muerte o

invalidez, no se puede aplicar lo establecido por el artículo 20 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, para mayor abundamiento se hace el siguiente análisis normativo:

a) El artículo 63 de la Ley 1732 establece que los derechohabientes de Afiliados fallecidos antes de cumplir los 65 años tendrán derecho al pago de compensación de cotizaciones cuando en vida hubieran cumplido los 65 años de acuerdo a los porcentajes establecidos por reglamento.

b) En virtud a lo establecido por el artículo 3 del Decreto Supremo 29138 de 30 de mayo de 2007, se dispone que las AFP consignen en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones a:

1. Afiliados Fallecidos con derecho a CC sin cobertura por muerte en el SSO.

2. Afiliados fallecidos con derecho a CC, por los cuales no se hubiera presentado una solicitud de pensión por muerte en el SSO dentro del plazo establecido por la norma vigente. Este plazo es de 36 meses de acuerdo a lo establecido por el artículo 20 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

3. Asegurados fallecidos con derecho a CC que no hubieran accedido a una renta o pago del Sistema de Reparto o no hubiesen generado una renta por muerte en el citado régimen.

En el caso de la menor Elisa Lucero Rivera Troncoso, debe aplicarse el numeral b. del parágrafo I del artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, ya que al no guardar ninguna relación con los otros grupos familiares, no existe una prestación por muerte dentro de los 36 meses de ocurrido el fallecimiento del Afiliado Franklin Rivera Fernández.

La reglamentación del artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo 2007 estaría a cargo de la SPVS en coordinación con el SENASIR. La reglamentación se efectúa mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 545 de 6 de julio de 2007.

Dicha resolución en su artículo 2 establece que son Derechohabientes habilitados para el pago de la CC del Causante, los derechohabientes de Primer o Segundo grado en orden de prelación. De acuerdo a lo establecido por el artículo 5 de la Ley de Pensiones son derechohabientes de primer grado el cónyuge o conviviente lo (sic) *hijos desde concebidos no nacidos hasta los 18 años y los hijos que sean estudiantes hasta los 25 años de edad. Segundo grado los progenitores y los hermanos menores de 18 años. Asimismo el artículo 11 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 545 de 6 de julio de 2007 modifica y complementa la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 077 de 10 de febrero de 2005 en artículo segundo del anexo 1.*

c) *Con la creación del Registro de Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones se cambia el estatus del Afiliado a Registrado y el de de su NUA a un NRF, pretendiendo el legislador de esta manera beneficiar a los Derechohabientes permitiendo el acceso al pago de la compensación de cotizaciones, al cumplir el fallecido las edades mínimas exigidas por el sistema de reparto, es decir, 55 años varones y 50 años mujeres.*

d) *La AP nos sanciona por la acreditación de la niña Elisa Lucero Rivera Troncoso en aplicación a lo establecido por el artículo 20 de la Ley de pensiones* (sic)*, la misma que establece el plazo para exigir las prestaciones por invalidez y muerte es de 36 meses dese* (sic) *producida la invalidez o muerte olvidándose que el caso que nos ocupa es un pago de CC Mensual para un Registrado Fallecido con derecho a Compensación de Cotizaciones Mensual; y no, una pensión por muerte. Y como se explica en el apartado b) arriba mencionado, una de las condiciones para acceder al registro de fallecidos con derecho a CC es la pensión por muerte sin cobertura, o la no presentación de la misma dentro de los 36 meses que establece la Ley. Por lo que para acceder al pago de la CC Mensual, no es un requisito indispensable el haberse acreditado en una pensión por muerte, caso contrario los derechohabientes que nunca solicitaron una pensión por muerte automáticamente quedarían excluidos de este beneficio contradiciendo lo establecido por el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPV/IP Nº 545.*

e) *La otra base para la multa por el Cargo Nº 4 es el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 219 de 4 de marzo de 2008, llamándonos la atención la interpretación parcial que hace la AP de dicho artículo, cuya interpretación en busca de la verdad material establecida por el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo debe ser integral, pues dicho artículo en su parágrafo II establece:*

> *"II. Al fallecimiento del Titular de CC y previa presentación de su Certificado de Defunción original, los pagos a los Derechohabientes con derecho a CC declarados en el Contrato de Pago de CCM, devenga:*
>
> > *a) A partir del primer día del mes de fallecimiento del Titular, si la fecha de fallecimiento se produce entre el 1ro. Y* (sic) *el 15 del mes inclusive.*
> >
> > *b) A partir del primer día del mes siguiente de fallecimiento del Titular, si la el* (sic) *fallecimiento se produce en fecha posterior al 15 del mes.*
>
> *Los pagos a los derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de Pago de CCM podrán ser solicitados en el plazo de treinta y seis (36) meses a contar de la fecha de fallecimiento del Titular con derecho a CC previa presentación del Certificado de Defunción del Titular y documentos de acreditación, y devengarán a partir de la fecha en la que suscriban el Formulario de Solicitud de Pago de CCM considerando la aplicación de los incisos a) y b) del parágrafo I anterior".*

f) *La aplicación de este artículo es específica a la Suscripción del Contrato de Pago de CCM por parte del Afiliado Titular de la CC, es decir, cuando el Afiliado inició y concluyo* (sic) *su trámite de pago de CCM, quien en vida pudo o no declarar a todos sus derechohabientes. Si este Fallece se empieza a pagar a lo* (sic) *ya declarados, y si existiesen algunos no declarados por el Titular en su contrato, estos tiene 36 meses desde el fallecimiento para acreditarse. En este caso el contrato no fue suscrito por el Titular, ya que este falleció el 30 de junio de 2004 y la normativa que permite a los derechohabientes a acceder al pago de CM data del año 2007 (Decreto Supremo 29138 de 30 de Mayo de 2007; y, Resolución Administrativa SPVS IP Nº 545 del 6 de julio de 2007).*

Como se podrá observar nuestra AFP acredito (sic) *correctamente a la niña Elisa Lucero Rivera Troncoso, por lo que no corresponde ni la multa ni menos reponer dineros al SENASIR y pagar con recursos propios porcentajes de pensión ni a la Cónyuge ni a las dos hijas del Afiliado Fallecido, motivo por el cual en su momento y precautelando el daño económico a nuestra AFP se pidió el efecto suspensivo de la ahora recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, solicitud que no fue atendida por su Autoridad.*

2do. Grupo Familiar:

Mediante nota de fecha 16 de noviembre de 2010, recibida por su Autoridad en la misma fecha, se apersona la Sra. Gloria Soliz Vda. de Rivera, quien al verse beneficiada por la determinación de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, manifiesta su conformidad con la liquidación, así como su intención de acatar cualquier nueva reliquidación que determine la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, además de resaltar que Futuro de Bolivia ha cumplido con su obligación de pago.

3er. Grupo Familiar: *Mediante nota de fecha 8 de noviembre de 2010, recibida por su Autoridad en fecha 17 de noviembre de 2010, se apersona Norma I. Arteaga Terán en representación de Ilse Adriana Rivera Arteaga, quien a la fecha es mayor de edad solicitando pagos retroactivos al año 2004 y reconocimiento de daños y perjuicios, por lo que es necesario hacer las siguientes aclaraciones:*

a) *Las órdenes judiciales como mandatos emanados de autoridad jurisdiccional, de ninguna manera sustituyen las formalidades establecidas por la Ley de Pensiones, su Decreto reglamentario y demás normativa conexa de suscribir un formulario de Solicitud de Pensión.*

b) *El hecho de que la Compensación de Cotizaciones del Afiliado Fallecido haya estado registrada en nuestra Base de Compensación de Cotizaciones desde el 19 de noviembre de 2004, no genera el Derecho a Pago desde esa fecha, más aun cuando no existía disposición alguna que permita al acceso al pago de la CC; ya que el artículo 63 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 establece que el*

pago de la CC a los Derechohabientes de un Afiliado Fallecido se hará efectiva cuando este en vida hubiera cumplido 65 años, situación fáctica que no se da hasta la fecha.

c) *Para no ingresar en mayores detalles sobre las infundadas pretensiones de la Sra. Norma I. Arteaga, es necesario precisar que en el supuesto pero no consentido caso que hubiera que resarcir daños, este resarcimiento ya estarían establecidos por la propia normativa vigente en la materia, que determina que al momento del pago se deberá reconocer un interés por el tiempo transcurrido hasta la fecha efectiva de pago, considerando para ello la tasa más alta resultante de la tasa comercial activa para préstamos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor establecida por el Banco Central de Bolivia; y, la rentabilidad nominal del FCI.*

   Como su autoridad podrá evidenciar de los antecedentes que cursan en el expediente, nuestra AFP ha pagado con recursos propios, no solamente los intereses respectivos, sino que también los porcentajes que le hubieran correspondido del trámite de Retiros Mínimos, sin tener la obligación de hacer ninguna reserva sobre ellos, ya que dicha obligación recién emerge como resultado de la emisión de la Resolución Administrativa SPVS/IP/ Nº 229 de 4 de marzo de 2008.

PETITORIO.-

De acuerdo a los alegatos arriba vertidos, los argumentos esgrimidos en nuestro recurso de revocatoria, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, ratificamos la solicitud de Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, solicitando a su Autoridad aplicar los principios que rigen el debido proceso administrativo y emitir la Resolución Administrativa correspondiente en el marco normativo vigente que rige la otorgación de prestaciones del Seguro Social obligatorio de Largo Plazo sin afectar nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos…"

9. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 DE FECHA 20 DE ENERO DE 2011.

Mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 20 de enero de 2011, dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el

Recurso de Revocatoria presentado el 05 de octubre de 2010 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL INCISO a) VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

De los antecedentes que cursan en el expediente administrativo se evidencia que Futuro de Bolivia S.A. AFP el 05 de agosto de 2010, presentó descargos a la Nota de Cargos AP/DJ/1926/2010 de 06 de julio de 2010, mediante nota FUT.AP.BEN 1273 de la misma fecha, la cual no solicita la apertura de término probatorio, como señala en el Recurso de Revocatoria.

En ese sentido, con los descargos presentados por la AFP se procedió a la evaluación técnico-legal del caso, para que dentro de plazo procesal de diez (10) días hábiles administrativos, se emita la R.A. 185-2010. Conforme a norma, con las notas AP/DJ/2408/2010 de 20 de agosto de 2010 y AP/DJ/2570/2010 de 06 de septiembre de 2010 (entregadas el 27 de agosto de 2010 y 07 de septiembre de 2010 respectivamente), se ha citado a la AFP para su notificación con la R.A. 185-2010, la que se apersona en fecha 14 de septiembre de 2010, dentro de los plazos legales; por lo que esta Autoridad ha seguido fielmente los plazos y procedimiento (sic)*, para la notificación de una resolución que tiene el carácter sancionatorio, no habiendo demora alguna, si se computa correctamente los plazos determinados por norma.*

Para mayor fundamento, el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina lo siguiente: "Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, (…) se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersone por la Secretaria General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de incomparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado."

En virtud a lo expuesto, la pretendida anulabilidad de los actos administrativos emitidos por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP no corresponde, al haber sido realizadas las notificaciones dentro del marco legal vigente, por lo cual goza de la eficacia y los correspondientes efectos legales.

AL INCISO b) FALTA DE CONVOCATORIA Y PARTICIPACIÓN DE TERCEROS INTERESADOS.

Para este punto, es importante señalar que en aplicación del artículo 41 parágrafo II del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de abril de 2003, con Autos de 29 de octubre de 2010 y 13 de diciembre de 2010, esta Autoridad dispuso la notificación personal para que las señoras ***Gloria Soliz Vda. de Rivera*** *en calidad de cónyuge supérstite,* ***Norma Lilian Arteaga Teran*** *en calidad de tutora de la señorita* ***Ilse Adriana Rivera Arteaga y María del Carmen Troncoso de Ruck*** *en calidad de tutora de la señorita* ***Elisa Lucero Rivera Troncoso,*** *intervengan en el presente proceso administrativo sancionatorio y formulen sus alegaciones y pruebas que consideren convenientes, como terceros interesados. Prueba de ello es que todas las personas señaladas anteriormente,*

presentaron notas en fechas: 16 de de(sic) *noviembre de 2010, 17 de noviembre de 2010 y 23 de noviembre de 2010 respectivamente, haciendo conocer su posición con referencia al caso.*

Por lo expuesto, el argumento de la AFP no es valedero en razón de que esta Autoridad durante la sustanciación del proceso, consideró la existencia de personas con interés en el presente proceso, por lo cual dispuso la notificación a las mismas, para que éstas puedan participar haciendo conocer al Ente Regulador los derechos y pretensiones que les pudieran asistir, dando de esta manera estricto cumplimiento a la norma procesal vigente.

AL INCISO c) ASPECTOS DE FORMA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

En respuesta a este argumento, corresponde aclarar al regulado que la estructura de la R.A.185-2010, comprende entre sus principales partes, una considerativa y otra resolutiva; teniendo en cuenta que, para la primera parte, se hace una exposición referente al análisis integral realizado al cargo, los descargos, la normativa aplicable al caso, la conducta antijurídica y sus connotaciones, la prueba existente, la motivación de la decisión, la calificación y forma de aplicación de la sanción y las obligaciones que ella emergen; aspectos que fundan y orientaron al regulador a decidir sobre el caso de autos. Mientras que la segunda parte, se vio plasmada en las tres (3) disposiciones que se encuentran debidamente detalladas en las páginas 2 y 3 de la presente Resolución Administrativa, emanadas de las facultades otorgadas por norma, que determinan la situación definitiva del caso, traducidas en obligaciones a cumplir por el regulado, entre ellas el pago de la multa y las instrucciones impartidas, señalando para cada una, la forma y plazo en que deben ser cumplidas.

Por lo que no necesariamente, la parte resolutiva debe señalar la conducta antijurídica del regulado y sus connotaciones, toda vez que dicha explicación se remite a la parte considerativa. En ese comprendido, de ninguna manera se ha vulnerado el derecho a la defensa ni cualquier otro, más aun cuando se advierte con meridiana claridad la coherencia y pertenencia existente entre las partes que hacen a la estructura de la R.A. 185-2010, no dando lugar a interpretaciones que erróneamente señala la AFP.

AL INCISO d) DOBLE SANCIÓN SOBRE UN MISMO TIPO.

Futuro de Bolivia S.A. AFP para este aspecto señala: "La AP nos sanciona por el incumplimiento al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en los Cargos 1 y 2, es decir que se nos estaría sancionando dos veces por una misma conducta, situación que vulnera los elementales derechos constitucionales a la defensa y a la seguridad jurídica. Nadie puede ser sancionado dos veces por una misma infracción."

Al respecto, corresponde señalar que evidentemente en los Cargos N° 1 y 2 de la Nota de Cargos AP/DJ/1926/2010 de 06 de julio de 2010, se ha imputado con el

artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; sin embargo, es necesario dejar en claro que los cargos señalados, se constituyen en hechos antijurídicos diferentes, imputados por conductas distintas incurridas por el regulado en el trámite del Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández.

Es importante señalar que, sin perjuicio de otra norma imputada, el deber de cuidado exigible que le asiste a Futuro de Bolivia S.A. AFP como representante de los Afiliados y los Fondos que administra como Buen Padre de Familia, fue vulnerado en estas dos ocasiones, en el primer Cargo, al no considerar a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, Derechohabiente a quien la AFP pagó Retiros Mínimos en fecha previa; y para el segundo Cargo, porque se incluyó el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, sin que la misma sea parte del Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones (CC) Mensual.

Nuestra normativa vigente establece niveles de diligencia específicos. Así, en la tramitación de las prestaciones en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO), se utiliza el concepto de la "diligencia de un buen padre de familia", refiriéndose a la necesidad de que la AFP lleve a cabo sus actuaciones con el suficiente grado de preparación y cuidado, de forma que los Afiliados y los Fondos que administra y representa no sufran las consecuencias de su negligencia, imprudencia o culpa.

En ese entendido se puede colegir que, el Cuidado Exigible previsto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, es un concepto jurídico de carácter general, completado en buena parte por los precedentes emitidos por la ex SIREFI, como se ha apreciado anteriormente, al momento de fundamentar la presente Resolución Administrativa, donde se alega responsabilidad por causa de culpa, imprudencia o negligencia imprimida en los trámites del SSO.

A mayor abundamiento se cita los lineamientos establecidos por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ***(SIREFI)****, la cual expresa lo siguiente:*

> *"La figura del "Buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que establece: "A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.", es una figura jurídica del "bonus" o "diligens pater familias" que demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación.* ***Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una***

persona común lo habría hecho *en esa misma situación.*

Así, de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 citado, la SPVS, para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP ... y ***otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente*** *y, por ello le son imputables las responsabilidades respectivas." (Las negrillas son nuestras)*

Por lo expuesto se concluye que, constitucionalmente nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta, situación que en el presente caso de autos no se ha dado al determinar que hay dos conductas distintas, imputadas en cargos diferentes, que fueron en su momento sancionadas de forma independiente con la R.A.185-2010.

AL INCISO e) SOBRE LAS SANCIONES PECUNIARIAS.

Antes de realizar el análisis de cada uno de los cargos, es necesario recordar lo establecido por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), la cual expresa lo siguiente:

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión."

De la exposición anterior, el análisis realizado a continuación aplica los lineamientos expresados en concatenación con las características que tiene cada

cargo, el cual se desarrolla de la siguiente manera:

Al Cargo Nº 1.

Futuro de Bolivia S.A. AFP para este cargo señala que habiéndose iniciado el trámite el 04 de enero de 2008, a la fecha ya han transcurrido más de dos años desde la supuesta comisión de la infracción, por lo que el caso se encontraría prescrito.

Al respecto, corresponde hacer mención a los siguientes actos que interrumpieron la prescripción en el presente caso:

- *Nota AP/DPC/375/20C3 de 09 de julio de 2009, por la cual se solicita a Futuro de Bolivia S.A. AFP presentar informe documentado.*
- *La AFP con nota FUT.SUP.1220/2009 de 22 de julio de 2009, da respuesta al requerimiento de esta Autoridad.*
- *Nota AP/DPC/1164/2009 de 15 de octubre de 2009, nuevamente se requiere remitir informe documentado del caso.*
- *En respuesta el regulado presenta la nota FUT.SUP.CC-M 1770/2009.*

En virtud a lo anterior, la prescripción invocada por el regulado no ha operado en razón de que la misma ha sido interrumpida por la serie de actuaciones desarrolladas durante el periodo de las Diligencias Preliminares al proceso administrativo sancionatorio.

Asimismo, la AFP señala que: "pagó en su integridad, con recursos propios, la omisión señalada, más intereses para que la derechohabiente no sufra ningún perjuicio.". Al respecto, corresponde señalar que esta Autoridad sí tomó en cuenta la regularización realizada por la AFP, pero que la misma al ser extemporánea, sólo viene a confirmar que el regulado no dio estricto cumplimiento a la norma imputada, la cual determina la obligación de la AFP de verificar la existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente; demostrando de esta manera que la AFP no actuó dentro de la norma vigente.

Por otra parte, se aclara que la actuación de la AFP no ha sido realizada cumpliendo la obligación establecida en norma, de actuar como un buen padre de familia, ya que no tuvo el cuidado exigible en considerar a la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado el 04 de enero de 2008, a pesar de que ya tenía conocimiento de su existencia por el trámite de Retiros Mínimos iniciado por la tutora en fecha 28 de marzo de 2005. La AFP consideró a la señorita Rivera recién cuando su tutora, señora Norma Lilian Arteaga Terán suscribió la Solicitud de Pago de CC Mensual en fecha 15 de abril de 2008.

El hecho de que el pago más intereses haya sido realizado por la AFP, no implica que la infracción haya dejado de existir, pues como se tiene, la regularización fue posterior al hecho y no dentro de plazo y procedimiento determinado por norma, es decir

oportunamente. Pues en el hipotético caso, de persistir el hecho o su falta de pago a integridad, daría lugar a la existencia de daño económico progresivo a la Derechohabiente. En ese sentido, el pago puso fin a la obligación que mantenía la AFP respecto a la Derechohabiente, pero de ninguna manera viene a hacer desaparecer !a infracción incurrida. Por tanto, es importante aclarar que si bien la AFP realizó la restitución del pago omitido, con intereses, la Derechohabiente no percibió oportunamente el Pago de CC Mensual que le correspondía de acuerdo a norma.

La congruencia y proporcionalidad con la que actuó esta Autoridad a momento de imponer la sanción, se ve demostrada con la comprobación de la infracción y los efectos que ésta acarrea, en lo particular a la oportunidad de pago a favor de la Derechohabiente. Por lo tanto, los criterios adoptados se encuentran dentro del marco legal aplicable para imponer las sanciones, así como la competencia para este efecto.

Al no ser suficientes los argumentos presentados por la AFP corresponde la confirmación del incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS/077/2005 de 10 de febrero de 2005.

Al Cargo N° 2.

Respecto a este cargo, la AFP señala que la citada inclusión fue realizada el 22 de enero de 2008, por lo que en esta infracción operó la prescripción. Asimismo indica que actuando como buen padre de familia en cumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, procedió a realizar una Adenda al Contrato incluyendo a la Derechohabiente. Asimismo indica que dicho error no ha causado daño a los Derechohabientes, ni al FCI y considera que la sanción impuesta es excesiva y no se ajusta al principio de proporcionalidad, más aún cuando el hecho fue subsanado con una Adenda.

Con relación a lo planteado por la AFP, cabe reiterar que la actuación de Futuro de Bolivia S.A. AFP en el trámite de Pago de CC Mensual no se realiza dentro de la actuación de buen padre de familia, siendo más bien contradictoria ya que por una parte excluyó del trámite a la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga y sin embargó (sic) *incluyó a su tutora en el Contrato de Pago de CC Mensual.*

Asimismo, se ratifica la infracción, ya que en reconocimiento de la conducta incurrida, la AFP procedió a rectificar la omisión mediante Adenda, como prueba del hecho antijurídico, pero además sin que lo haya puesto en conocimiento oportuno del ente regulador.

Esta Autoridad estableció a momento de calificar la sanción que, la conducta incurrida no fue intencional, pero sí se constató culpa y negligencia en cuanto al cuidado que debe mantener en lo referente a consignar en los Contratos, las partes que solamente tienen una intervención directa.

La opinión de Futuro de Bolivia S.A. AFP sobre el hecho de no haber causado daño a los Derechohabientes es subjetiva, considerando que la AFP desconoce que al presentar el reclamo correspondiente, este aspecto se ha constituido en uno de los más reclamados por la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente.

Con relación a la prescripción, la misma ha sido interrumpida por actos correspondientes a las Diligencias Preliminares. Asimismo, el principio de proporcionalidad en ningún momento fue vulnerado por esta Autoridad, en razón de que la sanción guarda relación con la infracción incurrida, la cual fue aceptada por la AFP al suscribir la Adenda con las partes intervinientes, situación que fue considerada al momento de calificar la sanción con gravedad leve.

Por tanto, corresponde confirmar la sanción impuesta por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 2-1469 de 17 de enero de 1997.

Al Cargo Nº 3.

Se ha sancionado a la AFP en el presente cargo debido a que aplicó el descuento por servicio de salud a los pagos devengados de CC Mensual realizados a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008.

Sobre el particular, Futuro de Bolivia S.A. AFP cita textualmente el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 y señala que en esta infracción operó la prescripción en lo que respecta a los meses de enero a septiembre; situación que no es evidente debido a la serie de actuaciones que fueron detalladas en el Cargo 1 así como el carácter permanente de la infracción, lo que permite determinar que no ha operado la prescripción.

Respecto a haber aplicado el descuento por servicio de salud a los pagos devengados de CC Mensual realizados a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, la AFP señala que corrigió la omisión ya que procedió a devolver a la tutora de la señorita Rivera Arteaga los montos correspondientes más intereses. Asimismo, señala que la madre de la señorita Rivera si bien firmó una Solicitud de Pago de CC Mensual el 15 de abril de 2008 y se le generó el pago a partir de ese periodo, no cobró dicho pago y no aceptó firmar la Adenda al Contrato sino hasta el 27 de noviembre de 2008, generándose en el sistema de pagos de la AFP como un caso continuo, toda vez que el mes de abril fue procesado como devengo sin descuento para el Ente Gestor de Salud (EGS). Al generar los pagos siguientes, el sistema de la AFP consideró los pagos como revertidos y por tanto descontó el aporte al EGS. Sin embargo, señala que esta situación fue subsanada con recursos propios más intereses y que no se ocasionó daño al Fondo ni a la Derechohabiente.

También indica que la sanción impuesta no se ajusta al principio de oportunidad,

toda vez que la infracción se subsanó, no se ajusta al principio de proporcionalidad, ya que la misma es excesiva puesto que los montos cobrados ascienden a Bs267,48 y la sanción a más de Bs21.000, más aún cuando este cargo y los dos anteriores se desprenden de un mismo hecho.

El argumento emitido por la AFP respecto a que su sistema habría generado el pago de abril/2008 sin descuento al EGS no corresponde, toda vez que de acuerdo al Formulario Único de Transacción - FML 001 N° 0452171 realizó el pago de este mes por Bs913,13 (NOVECIENTOS TRECE 13/100 BOLIVIANOS), monto que incluye el descuento por EGS de Bs28,63 (VEINTIOCHO 63/100 BOLIVIANOS).

Asimismo, la AFP realizó el descuento a los pagos siguientes, a pesar de que los mismos no fueron cobrados por la Derechohabiente.

Si bien en fecha 04 de noviembre de 2009, la AFP realizó la devolución, a la Derechohabiente del descuento efectuado por servicio de salud más intereses correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008, dicha situación sólo viene a confirmar el incumplimiento al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

Con relación a la prescripción, la misma ha sido interrumpida por actos correspondientes a las Diligencias Preliminares. Respecto a la oportunidad cabe señalar que la restitución realizada por la AFP fue como consecuencia de haber advertido el incumplimiento a la norma, por lo que de ninguna manera puede considerarse oportuna dicha restitución.

Sobre el principio de proporcionalidad, esta Autoridad a momento de imponer la sanción calificada como gravedad leve, tomó en cuenta los descuentos realizados por el servicio de salud y la restitución de los mismos con recursos propios.

Consecuentemente, se corrobora el incumplimiento de la AFP al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

Al Cargo N° 4.

Con relación a que Futuro de Bolivia S.A. AFP acreditó a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente, después de treinta y seis (36) meses de la fecha de fallecimiento del Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández, la AFP señala que el artículo 20 de la Ley de Pensiones no aplica al presente caso, porque el mismo corresponde a un trámite de Pago de CC, para Derechohabientes de un Registrado Fallecido con derecho a CC Mensual, de acuerdo a lo establecido por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007. Asimismo, señala inextenso el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 219 de 04 de marzo de 2008, e indica que la aplicación del artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 545 de 06 de julio de 2007 se da a la suscripción de un Contrato de Pago de CC por el Afiliado, cuando éste inicia y concluye en vida, el trámite, de Pago de CC Mensual;

en el cual pudo o no declarar a todos sus Derechohabientes. Indica además que al fallecimiento del Afiliado, los Derechohabientes declarados empiezan a gozar de los pagos de CC Mensual y los no declarados tienen treinta y seis (36) meses desde el fallecimiento para su acreditación.

La AFP señala que en todo momento fue de conocimiento de la AP, la acreditación de la Derechohabiente e incluso solicitó mayor información. Con nota FUT. SUP. CCM 2022 de 12 de diciembre de 2008, la AFP realizó la consulta a la ex SPVS sobre la posible inclusión del tercer grupo familiar. El 17 de diciembre de 2008, la ex SPVS con nota SPVS/IP/DPC/3114 indicó a la AFP que, el procedimiento era claro y citó las normas pertinentes, pero solicitó un informe legal a la AFP respecto al tercer grupo familiar, dejando la consulta a criterio legal de la AFP. Con nota FUT. SUP.CC 2997/2008 de 23 de diciembre de 2008, Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió a la ex SPVS el informe legal, que expresa que extendiendo lo favorable y restringiendo lo odioso, el caso se podía aceptar.

Señala que dicha situación era de conocimiento de la ex SPVS, la cual en ningún momento hizo conocer a la AFP que no correspondía dar curso a la inclusión del tercer grupo familiar. Asimismo, señala que el 09 de julio de 2009, con nota AP/DPC/375/09 la AP solicitó información sobre el caso, la cual fue atendida con nota FUT. SUP. 1220/09 detallando expresamente la fecha de acreditación de los tres grupos familiares, así como los periodos y montos pagados. La AFP refiere que posteriormente, el 19 de octubre de 2009, con nota AP/DPC/1164/09 esta Autoridad solicitó el envío de las boletas de pago de los tres grupos familiares y la documentación del tercer grupo familiar, solicitud que fue atendida con nota FUT. SUP. CCM 1770 de 22 de octubre de 2009.

También indica que si el acto es considerado por la AP como una infracción de gravedad media, hubiera correspondido pronunciarse oportunamente respecto al tema, evitando incurrir en la aceptación y concreción de pagos durante más de un (1) año y medio. Considera que la sanción impuesta es desmesurada y que existe falta de congruencia ya que se sanciona por haber dado cobertura a la Derechohabiente, pero se le obliga a seguir dándola, situación que implica que se está sancionando dos veces por un mismo hecho, utilizando la figura equivocada de los derechos adquiridos.

Sobre lo expresado por la AFP, corresponde aclarar que el artículo 20 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, si bien señala que las prestaciones de invalidez, riesgos profesionales y muerte, deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses, no limita que dicho plazo sea aplicado a todas las prestaciones o pagos del SSO, incluyéndose la Compensación de Cotizaciones, la cual a la fecha de emisión de la citada Ley no se encontraba establecida, ya que fue aprobada mediante Decreto Supremo N° 26069 de 09 de febrero de 2001.

Con relación al artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 31 de mayo de 2007 citado por la AFP, corresponde aclarar que dicho artículo presenta en sus incisos a y b

dos opciones para que los Derechohabientes de los Afiliados puedan acceder al Pago de la CC Mensual, como se describe a continuación:

a. *"Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.*

b. *"Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro del vencimiento establecido en la norma vigente."*

En este sentido, el inciso a, se aplica a los casos de Afiliados fallecidos en los cuales la solicitud de pensión ***ha sido presentada dentro del plazo establecido en norma*** *pero que no cuentan con cobertura y el inciso b, se aplica a los casos de Afiliados fallecidos en los cuales la solicitud de pensión* ***ha sido presentada fuera del citado plazo;*** *entendiéndose por tanto que dichas opciones son de carácter excluyente.*

En el caso que nos ocupa, se debe señalar que en fecha 04 de enero de 2008, la cónyuge del Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández suscribió la Solicitud de Pago de CC Mensual en el marco de lo establecido en el inciso a del citado artículo 3, considerando que existía una Solicitud de Pensión por Muerte de fecha 13 de agosto de 2004, rechazada por falta de requisitos de cobertura.

Habiéndose generado el Pago de CC Mensual del Afiliado fallecido conforme al citado inciso a, no correspondía que la AFP de forma posterior aplique el inciso b para el mismo caso, ya que existía una Solicitud de Pensión por Muerte presentada por la cónyuge dentro de los treinta y seis (36) meses. Es importante aclarar que el inciso b del citado artículo 3 hace referencia a "Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte" y no se refiere a los Derechohabientes que hubieran presentado o no una Solicitud de pensión por muerte, por lo que no correspondía que los demás Derechohabientes del señor Rivera puedan acceder al Pago de CC Mensual en virtud al citado inciso b.

Por tanto, no corresponde lo señalado por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante Memorial de 22 de diciembre de 2010 en respuesta al Auto de fecha 13 de diciembre de 2010, que indica: "al no guardar ninguna relación con los otros grupos familiares, no existe una prestación por muerte dentro de los 36 meses de ocurrido el fallecimiento del Afiliado."

Con relación a la aplicación del artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/219 de 04 de marzo de 2008, corresponde señalar que dicho artículo establece el plazo de treinta y seis meses (36) para pagos a Derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de Pago de CC Mensual. En el presente, la Derechohabiente de Primer Grado señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso no fue declarada en el Contrato de Pago de CC Mensual, en este caso por quien suscribió dicho Contrato, la cónyuge del Afiliado fallecido, por lo que dicha situación se adecúa a la norma anteriormente señalada.

Respecto a que el caso habría sido de conocimiento de la ex SPVS mediante la consulta efectuada por la AFP, es importante reiterar que la misma fue claramente atendida mediante nota SPVS/IP/DPC/3114/2008, en la cual se citó inclusive la normativa referida al plazo máximo de treinta y seis (36) meses, para la acreditación de Derechohabientes, por lo que no correspondía que la AFP incluya a la Derechohabiente que había presentado su solicitud fuera del plazo establecido en dicha norma. Asimismo, cabe señalar que la solicitud realizada por la ex SPVS de informe legal a la AFP fue efectuada en el entendido que podría existir documentación que avale que la Derechohabiente no pudo presentar su solicitud dentro del plazo requerido debido a razones de fuerza mayor, como el caso de trámites o juicios cuya duración depende de las respectivas entidades; y no así para que la AFP emita un criterio legal fuera del establecido en norma.

Sobre lo señalado por la AFP respecto a la omisión de pronunciamiento de la ex SPVS, cabe reiterar que mediante nota SPVS/IP/DPC/3114/2008, se otorgó a la AFP el pronunciamiento respectivo de forma oportuna. Asimismo, es importante señalar que la citada nota FUT. SUP.CC 2997/2008 fue considerada como un elemento adicional en la etapa de Diligencias Preliminares para ratificar el incumplimiento, considerando que dicha respuesta se aporta de la norma vigente, aún después de la aclaración realizada por la ex SPVS.

Con respecto a la sanción impuesta, de ninguna manera es desmesurada considerando que se ha advertido daño económico ocasionado por la AFP a los Derechohabientes del Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández, al no otorgar el Pago de CC Mensual en los porcentajes que por norma Íes correspondía, razón por la cual, se ha dispuesto su regularización incluso con recursos propios de la AFP, al haberlos generado el mismo regulado, tal como lo señala en su nota FUT.AP.BEN. 1273/2010 de 05 de agosto de 2010 que señala: "... la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso fue realizada a fin de precautelar el bienestar de la derechohabiente, tomando en consideración la situación de la solicitante y en virtud al principio de ampliar lo favorable y restringir lo odioso, que aplica a nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo refiere el informe de nuestro departamento legal."

A mayor abundamiento el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Afiliados del SSO. Para tal efecto, conforme a procedimiento de sanciones era pertinente imponer sanción con gravedad media.

Por lo expuesto, corresponde ratificar íntegramente el cargo sancionado por incumplimiento al artículo 20 de la Ley de Pensiones y al artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/219 de 04 de marzo de 2008.

Al Cargo N° 5.

Futuro de Bolivia S.A. AFP para este cargo expresa que: "considerando que hubieron (sic) 2 días feriados por el Bicentenario, el plazo vencía el 21 de julio de 2009, y la nota fue recibida por la AP en fecha 22 de julio de 2009, un día posterior al vencimiento de plazo… … considerando que no hay un registro de hora, y que el retraso en horas hábiles administrativas pudo haber sido cero, consideramos excesiva la multa impuesta… … Es evidente que existió retraso de un día en la entrega de la nota.". Del análisis de la transcripción anterior, se constata con meridiana claridad que la AFP acepta haber omitido al plazo establecido en la nota AP/DPC/375/2009 de 09 de julio de 2009, no quedando duda de su incumplimiento.

Es menester aclarar al regulado que, conforme al artículo Segundo de la Resolución Administrativa/SPVS/N° 355 de 15 de mayo de 2007, los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y obligatorios tanto para el Ente Regulador, como para las Entidades Reguladas; además establece que las actuaciones administrativas se realizarán en días y horas hábiles administrativos, es decir de lunes a viernes de 8:30 a 12:30 y de 14:30 a 18.30. En ese comprendido, queda claro que las actuaciones administrativas deben ser realizadas dentro de plazos y horarios establecidos en normativa vigente, para ser consideradas debidamente en los trámites, y no como erróneamente lo entiende la AFP.

Asimismo, es necesario dejar establecido que es potestad de esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo examen de los hechos y la prueba existente.

Por tanto, corresponde ratificar el incumplimiento al inciso s) del artículo 31 de la Ley N° 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 13 de septiembre de 2003.

AL INCISO f) SOBRE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LA AP.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, para este inciso refiere que todas las obligaciones plasmadas en la R.A. 185-2010, fueron realizadas en virtud a la inclusión de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente.

Al respecto, se debe reiterar que la ex SPVS mediante nota SPVS/IP/DPC/3114/2008, otorgó oportunamente a la AFP el pronunciamiento respectivo, por lo que no correspondía que la AFP se aparte de la norma vigente, aún después de la aclaración realizada.

Asimismo, mediante notas AP/DPC/375/2009 de 09 de julio de 2009 y

AP/DPC/1164/2009 de 15 de octubre de 2009, se ha solicitado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, información documentada sobre el trámite del Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández así como de los tres grupos familiares intervinientes, como parte de las Diligencias Preliminares, con motivo de evaluar el desempeño de las actividades de la AFP en el presente caso, hasta la emisión de la Nota de Cargos AP/DJ/1926/2010 de 06 de julio de 2010.

En ese entendido, en respuesta a la consulta realizada por el regulado con nota FUT SUP CC M 2022/2008, se detalló la norma que la AFP debía considerar para el presente caso; asimismo, se señaló que con relación al memorial presentado por la señora María de Carmen Troncoso de Ruck, la AFP emita pronunciamiento legal. Por lo que se advierte que con la consulta absuelta, las actividades desarrolladas en adelante por la AFP, se desenvolvieron de manera independiente, quedando la obligación para el regulado de dar estricto cumplimiento a la norma. Por lo que no es correcta la aseveración de la AFP cuando ésta indica que el regulador no fue claro en hacer conocer la inclusión del tercer grupo familiar, cuando por el contrario, la AFP tenía todos los elementos legales para tramitar el caso conforme a norma.

Con respecto al pronunciamiento legal remitido por la AFP, conforme a procedimiento, el mismo fue objeto de evaluación y fundamento posterior para la imputación de cargos, al advertir de su tenor, indicios de incumplimiento a la norma.

El ente regulador en su labor de supervisión y control, conociendo las características del caso, cumplió con la AFP al comunicar expresamente la norma aplicable, quedando ésta como única responsable de la administración y otorgación de las prestaciones a los correspondientes grupos familiares, conforme lo determina el artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996.

La aceptación por la AFP del tercer grupo familiar, sobre la base de los fundamentos expresados en su informe legal, corre por cuenta y responsabilidad propia del regulado, donde para dicha determinación no intervino esta Autoridad.

Asimismo, corresponde aclarar que el Ente Regulador en ningún momento se ha pronunciado, refiriendo dejar a libre criterio la inclusión de Derechohabientes en el caso correspondiente al Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, más al contrario para orientar a la AFP en el trámite, ha hecho referencia a la normativa aplicable al presente caso, aspecto que es refrendado por el mismo regulado quien señala en su impugnación lo siguiente: "...cuando sometimos a su conocimiento nuestra consulta sobre si es posible la inclusión de un tercer grupo familiar, consulta realizada el 12 de diciembre de 2009, nos contestó indicando que el procedimiento para éstos era claro, citando normas pertinentes...".

Con referencia al fundamento utilizado por la AFP, para la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso después de los treinta y seis (36) meses, traducido en el principio de "ampliar lo favorable y restringir lo odioso", el mismo no es suficiente para poder acreditar a Derechohabientes de Primer Grado, en razón de que en el SSO

existe la normativa aplicable para estos casos, por tanto, es menester recordar a la AFP que debe dar cumplimiento a la norma de pensiones, por ser ésta de carácter obligatorio, siendo responsable la AFP de cualquier otra asignación que pudiera haber reconocido.

Con respecto a los derechos adquiridos, cabe indicar que al haber acreditado la AFP, a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, le ha generado el derecho al Pago de CC Mensual, el cual se ha visto consolidado para la Derechohabiente, sin que la AFP arguya restricción legal alguna para no efectivizarlo. Por lo tanto, al ser una obligación generada por la AFP corresponde que la misma continúe siendo realizada; sin embargo, aquellos pagos que fueron realizados contraviniendo la norma, corresponde sean restituidos al TGN. Asimismo con relación a los conceptos de retroactividad y ultraactividad de la Ley, los mismos no corresponden por los motivos descritos anteriormente.

Por las razones expuestas, no corresponde el criterio efectuado por la AFP respecto a la supuesta dualidad en la actuación de la AP.

AL INCISO g) SOLICITUD DE APLICACIÓN DE EFECTO SUSPENSIVO.

En cuanto a este punto, corresponde señalar que con nota AP/DJ/2831/2010 de 28 de septiembre de 2010, esta Autoridad ha señalado que las Resoluciones Administrativas, una vez notificadas, gozan de legalidad, fuerza ejecutiva y deben ejecutarse, por lo que corresponde dar cumplimiento a la R.A.185-2010; por tanto, la decisión asumida consideró las características del caso y la necesidad de que los pagos consolidados no sean afectados, por la interposición de recursos.

En ese comprendido, la R.A. 185-2010 como acto administrativo expresa la decisión de esta Autoridad, emitida en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre el administrado…"

10. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 10 de febrero de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 20 de enero de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-***

Con relación al Cargo Nº 1:

Se nos impone una sanción en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N5 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 4 inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005, sin

embargo es necesario que su autoridad considere los siguientes argumentos de orden técnico legal:

a) *El Artículo 4 inciso b) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005 establece que sic "Una vez firmado el Formulario de Recepción de Documentos, es obligación de la AFP verificar en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles que:*

   b) La existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP...", y no así el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, que en si consta de cuatro artículos y cuatro anexos.

b) *Como consecuencia de la verificación obligatoria que tienen que efectuar las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), el artículo 5 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, establece los pasos y/o actividades por las cuales las AFP deben regirse según el resultado de la verificación; y de la lectura e interpretación del mismo, se evidencia que no existe instrucción alguna sobre qué acción o conducta adoptar en caso de que existan Derechohabientes de primer Grado que hubieran sido declarados en cualquier Formulario de Declaración de Derechohabientes y/o solicitud ya existente en la AFP. Por lo que al tratarse de un derechohabiente de primer grado que no pertenece al grupo familiar que está iniciando su solicitud de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, no correspondía que nuestra AFP la incluya en la misma.*

c) *La tutora de la derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga, suscribió la solicitud de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual el 15 de abril de 2008. Por lo que en apego al marco normativo establecido por la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, nuestra Administradora de Fondos de Pensiones procedió a pagar la pensión con retroactividad al 1° de abril de 2008.*

d) *Una vez suscrita la adenda al contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones por parte de la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga en fecha 27 de noviembre de 2008; y, en conformidad a lo dispuesto por el primer y segundo párrafo del artículo 11 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, se procedió al pago con el devengado al 1° de abril de 2008. Ahora bien, pese a no existir un marco normativo que instruya la inclusión o reserva de pagos para Derechohabientes de Primer Grado declarados en algún formulario de declaración de derechohabientes y como es este caso, además de un grupo familiar distinto; nuestra Administradora de Fondos de Pensiones pago con recursos propios pensiones devengadas por los meses de enero, febrero y marzo de 2008 reconociendo además un interés aplicando la tasa que resultó mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal, utilizada para créditos en moneda*

nacional con cláusula de mantenimiento de valor.

Como su Autoridad podrá evidenciar de los alegatos vertidos y de la revisión del marco normativo pertinente, no existía obligación alguna de nuestra AFP de incluir a la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga en la solicitud de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual iniciada por la cónyuge del afiliado fallecido, la Sra. Gloria Soliz Vda. de Rivera; y menos la de hacer reservas de pagos. Por lo que la imputación que hace el regulador y la suposición de que se debió incluir a Ilse Adriana Rivera Arteaga en la Solicitud de Gloria Soliz Vda. de Rivera, no solo carece de fundamentación, sino que también vulnera el principio jurídico de la tipicidad vertido en el parágrafo I del artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Fuera de lo expresado en el párrafo anterior, nuestra Administradora al efectuar los pagos de las pensiones de enero, febrero y marzo de 2008 más intereses y con recursos propios ha ido más allá de del precepto jurídico del Buen Padre de Familia establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y ha cubierto ante reclamo insistente de la Tutora de Ilse Adriana Rivera Arteaga, un vacío normativo de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005.

<u>Con relación al Cargo Nº 2:</u>

Nos sancionan con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, por haber consignado en el contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones correspondiente al trámite de la Sra. Gloria Solíz Vda. de Rivera, el nombre de la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán, sin embargo consideramos que se debe tomar en cuenta lo siguiente:

a) *Nuestra actuación no es contradictoria como asevera el regulador en el segundo párrafo de las consideraciones al Cargo Nº 2, ya que en principio no se puede excluir de una solicitud a quien no forma parte de ella, ni puede formar parte en virtud a que no existe marco normativo que así lo permita, como se explico en los argumentos expresados para el Cargo Nº 1, relacionadas a lo prescrito por los artículos 4 y 5 del Anexo I de la resolución* (sic) *Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005.*

b) *Como bien aprecia la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) en el párrafo segundo de la página 5 de la resolución* (sic) *Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010 sic. "...el fundamento del vínculo contractual se origina cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica, por lo tanto, los contratantes se obligan recíprocamente, los unos hacia los otros, <u>y las obligaciones recíprocas deben estar acreditadas con las firmas de todas las personas obligadas o la de sus representantes</u>". Por lo que en el caso objeto de controversia, al no ser la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán parte del contrato como se desprende de la cláusula*

primera del citado contrato, la inclusión de su nombre por error en la cláusula 24 (de aceptación) no solo es extemporánea, sino que no surte ningún efecto jurídico o antijurídico, pues no tiene acreditada su firma.

c) *Como consecuencia de la solicitud de Pago de Compensación de Cotizaciones suscrita por Norma Lilian Arteaga Terán a favor de su hija Ilse Adriana Rivera Arteaga, se elabora una adenda de enmienda al contrato de pago de Compensación de Cotizaciones con dos objetivos claramente definidos y así entendidos por el ente regulador, a saber: 1) La inclusión de Ilse Adriana Rivera Arteaga como derechohabiente de Primer Grado; y, 2) la exclusión especifica del nombre de Norma Lilian Arteaga Terán de la cláusula vigésima cuarta del contrato suscrito el 22 de enero de 2008 entre Futuro de Bolivia S.A. AFP y Gloria Solíz Vda. de Rivera. Por los argumentos arriba vertidos, su Autoridad podrá apreciar que el error involuntario y sin intencionalidad fue subsanado mediante la suscripción de una adenda al contrato original; y que nuestra Administradora ha actuado sin intencionalidad, como reconoce la propia Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones. Por lo que desde nuestra perspectiva no se ha aplicado el principio de proporcionalidad establecido por el Artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ni la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión."*

<u>Con relación al Cargo Nº 3:</u>

Se sanciona a nuestra Administradora con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, por haber pagado las pensiones que correspondían a la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga con el descuento del 3% para el Ente Gestor de Salud, sin embargo solicitamos a su autoridad pueda tomar en cuenta que:

a) *El artículo 33 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 establece textualmente que sic. "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, regulará mediante Resolución Administrativa, los procedimientos y otros aspectos necesarios para cumplir con lo dispuesto en los artículos precedentes".*

b) *Hasta la fecha, no se cuenta con reglamentación de la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros o de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones que permitan una adecuada aplicación de lo establecido por el artículo 32 del decreto* (sic) *Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004.*

c) *Sin embargo de lo anterior, nuestra AFP ha restituido los descuentos efectuados a la pensión correspondiente de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga con recursos propios aplicando la tasa que resultó mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal, utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor.*

Con relación al Cargo Nº 4:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones nos impone una sanción en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Pensiones y artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 219 de 04 de marzo de 2008, por la acreditación de la derechohabiente Elisa Lucero Rivera Troncoso, después de transcurridos 36 meses del fallecimiento del Sr. Valentín Frankiin Rivera Fernández, siendo que dicha acreditación obedece estrictamente a las disposiciones que rigen la otorgación del Pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes de Registrados Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones Mensual con arreglo a lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 y demás normativa conexa, por lo que al no tratarse de una prestación por muerte o invalidez, no se puede aplicar lo establecido por el artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, sin embargo y para mayor abundamiento se hace el siguiente análisis normativo:

Artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

a) *En virtud a lo establecido por el artículo 3 del Decreto Supremo 29138 de 30 de mayo de 2007, se amplía el alcance del artículo 7 del Decreto Supremo Nº 28888 de 16 de octubre de 2006, al disponer que las AFP consignen en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones a:*

    1. *Afiliados Fallecidos con derecho a CC sin cobertura por muerte en el SSO.*

    2. *Afiliados fallecidos con derecho a CC, por los cuales no se hubiera presentado una solicitud de pensión por muerte en el SSO dentro del plazo establecido por la norma vigente. Este plazo es de 36 meses de acuerdo a lo establecido por el artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.*

    3. *Asegurados fallecidos con derecho a CC que no hubieran accedido a una renta o pago del Sistema de Reparto o no hubiesen generado una renta por muerte en el citado régimen.*

b) *La reglamentación del artículo 3 del citado Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo 2007 estaría a cargo de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y*

Seguros en coordinación con el SENASIR. La reglamentación al Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 es efectuada mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 545 de 6 de julio de 2007. Ahora bien el artículo primero de la citada Resolución Administrativa define el objeto de la misma que consiste en establecer la norma operativa para ***1) el registro de fallecidos para la Compensación de Cotizaciones*** *y 2) el procedimiento para que los derechohabientes de Primer o Segundo grado, según corresponda, puedan acceder a su pago. De lo que se desprende con meridiana claridad que los derechohabientes habilitados para el registro del causante en el RFCC, no necesariamente son o deben ser los mismos que están habilitados para el pago de la Compensación de Cotizaciones del Causante.*

c) *Siguiendo el hilo argumental vertido en el inciso anterior, el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 545 de 6 de julio de 2007 establece que se entenderá por* ***Derechohabientes habilitados para el registro del Causante en el RFCC,*** *a Derechohabientes establecidos en la ley de pensiones; y por* ***Derechohabientes habilitados para el pago de la CC del Causante,*** *a los derechohabientes de Primer o Segundo grado en orden de prelación.*

   Entonces de acuerdo a lo establecido por el artículo 5 de la Ley de Pensiones, se considera que son derechohabientes de primer grado: el cónyuge o conviviente, los hijos desde concebidos no nacidos hasta los 18 años; y, los hijos que sean estudiantes hasta los 25 años de edad. En el presente y controversial caso, la niña Elisa Lucero Rivera Troncoso, cumple las condiciones exigidas por el artículo 5 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, por lo que corresponde que acceda al Pago de Compensación de Cotizaciones.

d) *Antes de la promulgación del decreto* (sic) *Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007, los derechohabientes de primer o segundo grado del Afiliado no podían acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones en virtud a que el artículo 63 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, establece que los derechohabientes de Afiliados fallecidos antes de cumplir los 65 años tendrán derecho al pago de compensación de cotizaciones cuando este en vida hubieran cumplido los 65 años de edad, y de acuerdo a los porcentajes establecidos por reglamento.*

e) *Con la creación del Registro de Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones se cambia el estatus del Afiliado a Registrado y el de de* (sic) *su NUA a un NRF, persiguiendo de esta manera el legislador en el marco de lo establecido por el articulo* (sic) *158 de la anterior Constitución Política del Estado, defender el capital humano y garantizar el medio de subsistencia de la población, beneficiando así a los Derechohabientes permitiéndoles el acceso al pago de la Compensación de Cotizaciones al cumplir el causante las edades mínimas exigidas por el sistema de reparto, es decir, 55 años varones y 50 años mujeres.*

Pese a la claridad del marco normativo que rige la otorgación y pago de la

Compensación de Cotizaciones, en una interpretación sesgada para sancionar a nuestra Administradora de Fondos de Pensiones, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones expresa en el segundo párrafo de la página 12 de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 20 de enero que, sic. "corresponde aclarar que el artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, si bien señala que las prestaciones de invalidez, riesgos profesionales y muerte, deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses, ***no limita que dicho plazo se*** (sic) ***aplicado a todas las prestaciones o pagos del SSO, incluyéndose la Compensación de Cotizaciones,*** *la cual a la fecha de emisión de la citada Ley no se encontraba establecida, ya que fue aprobada mediante decreto* (sic) *Supremo Nº 26069 de 09 de febrero de 2001." (las negrillas y subrayado son nuestros). Razonamiento contrario a lo establecido por el Artículo 158 de la Constitución Política del Estado, que motivo al poder ejecutivo emitir el Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007, y lo establecido por el propio artículo 3 del citado Decreto Supremo en* (sic) *establece en su inciso b) que podrán consignarse el Registro de Fallecidos para Compensación de Cotizaciones a Afiliados fallecidos con derecho a CC, por los cuales no se hubiera presentado una solicitud de pensión por muerte en el SSO dentro del plazo establecido por la norma vigente, que es de 36 meses, lo que claramente refleja que no existe un plazo limitado para pedir la inscripción en el registro, lo que permita luego, acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones. Del cual además se desprende, entonces, que para exigir cualquier prestación del SSO solo se cuenta con 36 meses de plazo.*

Artículo 05 de la resolución (sic) ***Administrativa SPVS/IP/Nº 219 de 04 de marzo de 2008.***

La otra base para la multa por el Cargo Nº 4 es lo establecido por el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 219 de 04 de marzo de 2008, llamándonos la atención la interpretación parcial que hace la AP de dicho artículo, cuya interpretación en busca de la verdad material establecida por el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo debe ser integral, pues dicho artículo en su parágrafo II establece:

> *"II. Al fallecimiento del Titular de CC y previa presentación de su Certificado de Defunción original, los pagos a los Derechohabientes con derecho a CC declarados en el Contrato de Pago de CCM, devenga:*
>
> *a) A partir del primer día del mes de fallecimiento del Titular, si la fecha de fallecimiento se produce entre el 1ro. Y* (sic) *el 15 del mes inclusive.*
>
> *b) A partir del primer día del mes siguiente de fallecimiento del Titular, si la el* (sic) *fallecimiento se produce en fecha posterior al 15 del mes.*
>
> *Los pagos a los derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de Pago de CCM podrán ser solicitados en el plazo de treinta y seis (36) meses a contar de la fecha de fallecimiento del Titular con derecho a CC previa presentación del Certificado de Defunción del Titular y documentos de*

acreditación, y devengarán a partir de la fecha en la que suscriban el Formulario de Solicitud de Pago de CCM considerando la aplicación de los incisos a) y b) del parágrafo I anterior".

Del análisis de la norma imputada y sancionada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones se tiene que:

a) *La aplicación de este artículo es específica a la Suscripción del Contrato de Pago de CCM por parte del Afiliado Titular de la CC, es decir, cuando el Afiliado inició y concluyo* (sic) *su trámite de pago de CCM, quien en vida pudo o no declarar a todos sus derechohabientes. Si este Fallece* (sic) *se empieza a pagar a lo ya declarados, y si existiesen algunos no declarados por el Titular en su contrato, estos tiene 36 meses desde el fallecimiento para acreditarse. En este caso el contrato no fue suscrito por el Titular, ya que este falleció el 30 de junio de 2004 y la normativa que permite a los derechohabientes a acceder al pago de CM data del año 2007 (Decreto Supremo 29138 de 30 de Mayo de 2007; y, Resolución Administrativa SPVS IP Nº 545 del 6 de julio de 2007).*

b) *La primera solicitud de Pago de Compensación de Cotizaciones fue efectuada en fecha 4 de enero de 2008; asimismo el contrato original de Pago de Compensación de Cotizaciones fue suscrito entre Futuro de Bolivia S.A. AFP y Gloria Solíz Vda. de Rivera en fecha 22 de enero de 2008, más de 36 meses después del fallecimiento del Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández, por lo que bajo el razonamiento, reitero, sesgado de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ningún grupo familiar debería percibir el Pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual, ya que:*

    1. *El plazo para exigir el pago de Compensación de Cotizaciones ha vencido o quedado prescrito a los 36 meses del fallecimiento del Afiliado.*

    2. *Dentro de los 36 meses del fallecimiento del Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández, no existe ningún contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones suscrito, por lo que no existe ningún Derechohabiente de Primer Grado declarados* (sic) *en el Contrato de Pago de CCM, lo que entonces supone que ningún derechohabiente podrá solicitar su inclusión en el contrato ni exigir los pagos correspondientes al haber transcurrido el plazo de treinta y seis (36) meses a contar de la fecha de fallecimiento del Titular.*

Como se podrá observar nuestra AFP acredito (sic) *y procedió al pago de la Compensación de Cotizaciones a favor de la niña Elisa Lucero Rivera Troncoso, en apego a las disposiciones vigentes en la materia, entendiendo cabalmente los fines perseguidos por el legislador a tiempo de emitir el Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 y la reglamentación efectuada mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 545 de 6 de julio de 2007, en virtud al principio constitucional consagrado en el artículo 158 de la entonces vigente Constitución Política del Estado. Por lo que la disposición resolutoria segunda consignada en la página 13 de la Resolución*

Administrativa AP/DJ /Nº 185 -2010 de 20 de agosto de obligar a Futuro de Bolivia S.A. AFP a devolver el 20% del monto de CC solicitado al SENASIR, más intereses por el periodo de enero de 2009 a agosto de 2010; el pago del 10% del monto de la CC mas intereses a favor de la Sra. Gloria Solíz Vda. de Rivera por el periodo de enero de 2009 a agosto de 2010; y, desde el mes de septiembre de 2010 pagar con recursos propios el 5% del monto de la CC a la Srta. Ilse Adriana Rivera Arteaga, y el 25% a la Srta. Lucero Rivera Troncoso, no solo es arbitraria, sino que también ilegal.

Con relación al Cargo Nº 5:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones nos impone una sanción en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el inciso s) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de pensiones de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el entendido que no se cumplió con lo requerido mediante nota AP/DPC/375/2009 de fecha 09 de julio de 2009, por lo que es necesario exponer los siguientes argumentos:

a) El requerimiento de información efectuado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones fue atendido mediante nota FUT.SUP. 1120/22009 de fecha 21 de julio de 2009.

b) Ahora bien por los feriados que se establecieron con motivo del bicentenario, y el cálculo de fechas efectuado por la AP, se hubiera incumplido el plazo para la entrega de la información solicitada, pero no así, con la entrega de la información propiamente dicha.

Sin entrar en mayores consideraciones, nuevamente creo que el regulador al momento de efectuar la valoración de la infracción y la norma imputada no ha aplicado el principio de proporcionalidad establecido por el Artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ni la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) ya citada en el último párrafo de los argumentos vertidos con relación al Cargo Nº 2.

CONCLUSIONES:

Como se desprende del los (sic) *argumentos que hemos efectuado con relación a los cinco (5) cargos imputados y sancionados por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, nuestra Administradora ha actuado dentro de los marcos normativos vigentes para la consignación en el Registro de Fallecidos para Compensación de Cotizaciones y pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, cubriendo inclusive con recursos propios obligaciones no establecidas por Ley, por lo que no corresponde la aplicación de la multa ni menos reponer dineros al SENASIR y pagar con recursos propios porcentajes de pensión ni a la Cónyuge ni a las dos hijas del que fuera nuestro Afiliado; y ahora Registrado Fallecido para Compensación de*

Cotizaciones, motivo por el cual en su momento y precautelando el daño económico a nuestra AFP se pidió el efecto suspensivo de la entonces recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, solicitud que no fue atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, causando grave perjuicio económico a nuestra AFP.

PETITORIO.-

Al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 20 de enero de 2011; que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, y adecuarla a normativa vigente, disponiendo la devolución de los montos que nuestra AFP pago por el concepto de los cinco cargos imputados, de los importes que se devolvieron al SENASIR por una supuesta mala acreditación y redistribución de porcentajes de pago; y de los montos de pensión pagados con recursos propios…"

11. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 8 de abril de 2011 a horas 10:40 a.m., se llevó a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos, presentándose por parte de la recurrente Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, los señores Marcello Saavedra Santoro (Analista Legal) y Juan Luis Quiróz Aguirre (Analista de Beneficios y Prestaciones), audiencia en la que ratificaron los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

12. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Por nota APS/DJ/316/2011 recibida en fecha 25 de abril de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remite la información que le ha sido requerida por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 085/2011 de fecha 20 de abril de 2011, y consistente en:

- Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes a cargo de una Administradora de Fondos de Pensiones, suscrito en fecha 22 de enero de 2008, entre Futuro de Bolivia S.A. AFP y la señora Gloria Soliz Villagomez Vda. de Rivera.

- Nota FUT.SUP.CC-M 2022/2008 de fecha 12 de diciembre de 2008, dirigida a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y referida a "*CC-Mensual Valentín Franklin Rivera Fernandez*".

- Nota SPVS/IP/DPC/3114/2008 de fecha 17 de diciembre de 2008, dirigida a Futuro de Bolivia S.A. AFP y referida a la nota anterior.

- Nota AP/DPC/375/2009 de fecha 9 de julio de 2009, dirigida a Futuro de Bolivia S.A. AFP y referida a un reclamo de trámite de Retiros mínimos y pago de CC Mensual.

- Nota AP/DPC/1164/2009 de fecha 15 de octubre de 2009, dirigida a Futuro de Bolivia S.A. AFP, y referida al caso Valentín Franklin Rivera Fernández.

- Nota FUT.SUP.CC-M 1770/2009 de fecha 22 de octubre de 2009, dirigida a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y referida a la nota anterior.

CONSIDERANDO:

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

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

1. CARGO Nº 1: NO CONSIDERACIÓN DE LA SEÑORITA ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA EN EL TRÁMITE DE PAGO DE COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES MENSUAL.-

1.1 Antecedentes.-

Como consecuencia del fallecimiento del Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández, acaecido en fecha 30 de junio de 2004, su cónyuge supérstite señora Gloria Solíz viuda de Rivera, suscribió en fecha 13 de agosto de 2004 el Formulario de Solicitud de Pensión por Muerte en FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.

La Administradora de Fondos de Pensiones determinó el rechazo de tal solicitud por cuanto, el Registrado fallecido no cumplía con los requisitos para que sus Derechohabientes puedan acceder a una Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, dando lugar a que los mismos puedan acceder al pago de Retiros Mínimos que se refiere el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, acreditándose para el mismo la cónyuge supérstite, señora Gloria Solíz viuda de Rivera en fecha 23 de noviembre de 2004, y su señorita hija Ilse Adriana Rivera Arteaga -representada por su tutora legal en razón de su minoridad, señora Norma Lilian Arteaga Terán- en fecha 28 de marzo de 2005, recibiendo los pagos conforme al detalle que sale a fojas 22.

Posteriormente, en fecha 4 de enero de 2008, la cónyuge señora Gloria Solíz viuda de Rivera inició el trámite de **Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual** al que FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES dio curso, sin tomar en cuenta a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, no obstante que por el trámite de Retiros Mínimos

conocía de su existencia, y que por disposición de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, en su Anexo I, artículo 4º (Verificación de Registros y Documentos) se encontraba obligada a verificar la existencia de Derechohabientes de primer grado "*contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP.*"

Lo mismo determinó que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) imputara a FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES "*debido a que en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado el 04 de enero de 2008, por la cónyuge del Afiliado fallecido, la AFP no consideró a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, Derechohabiente a quien la AFP pagó Retiros Mínimos en fecha previa*", conforme sale en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, con la aclaración que la actuación de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones refiere la infracción al artículo 4 inciso b) de la **Resolución Administrativa SPVS Nº 077** de 10 de febrero de 2005, debiendo referirse al artículo 4, inciso b) del **Anexo I (Manual de procedimientos de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual) de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077** de 10 de febrero de 2005, extremo que queda esclarecido en virtud al artículo 31 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, y del principio de informalismo previsto por el artículo 4, inciso l) de la misma Ley.

1.2 Acerca de la inexistencia de disposición normativa en caso de verificarse la existencia de otros Derechohabientes de primer grado.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, a tiempo del Recurso Jerárquico, se remite al Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005, cuyo artículo 4º inciso b) establece que *"Una vez firmado el Formulario de Recepción de Documentos, es obligación de la AFP verificar* (…) *la existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP"* para concluir, en su entender, que dicho artículo y el artículo 5º siguiente (*Resultados de la verificación*) no establecen cuál debe ser el proceder en caso de constatarse la existencia de otros Derechohabientes de primer grado.

No obstante, la recurrente pasa por alto que, el mencionado Anexo I constituye el "Manual de Procedimientos para el Pago de Compensación de Cotizaciones" que obedece a la necesidad de reglamentar los derechos y obligaciones que emergen de una norma más general, como lo es el Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 que en su artículo 26 establece que "***la CC forma parte de las prestaciones del SSO***" y el artículo 63 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones) que señala:

> **ARTÍCULO 63 COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES.**
>
> "…*Esta compensación se pagará mensualmente de manera vitalicia* ***mediante una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)*** *o una entidad aseguradora…*
>
> *…si el afiliado fallece antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad,* ***la***

compensación de cotizaciones se pagará a los Derechohabientes…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, la Administradora de Fondos de Pensiones, en virtud al "Contrato para la Prestación de Servicios por una Administradora de Fondos de Pensiones" que tiene suscrito, no sólo ha asumido determinadas obligaciones para con los Afiliados cuyos fondos administra, sino también para con los Derechohabientes de los mismos, es decir, los beneficiarios directos y legales de los Afiliados, según las calidades previstas por el artículo 5 de la Ley Nº 1732, haciendo extensibles también sus deberes y obligaciones a esos Derechohabientes, así como "*solicitar a nombre de los afiliados la compensación de cotizaciones cuando corresponda*" tal como lo establece el artículo 143, inciso b) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones).

Lo anterior determina que, si por el trámite de Retiros Mínimos, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES tenía pleno conocimiento de la existencia de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga como hija del fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández acreditada en fecha 28 de marzo de 2005, tenía las obligaciones (con respecto y a favor de ella), de prestarle sus servicios y solicitar a su nombre la Compensación de Cotizaciones, extremo sobre el que la recurrente manifiesta plena conciencia, cuando en oportunidad de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos ha referido que las manifestaciones **de los Derechohabientes** se producen "*obviamente bajo el asesoramiento que brindan las Administradoras de Fondos de Pensiones*".

Consiguientemente, cuando el artículo 4 inciso b) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005, establece la obligación de la Administradora de Fondos de Pensiones de verificar *"la existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP*", resulta inequívoco que tiene por finalidad el que los Derechohabientes cuya existencia se hubiera determinado, sean tenidos automáticamente en cuenta dentro del trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones, y la razón para ello es obvia: si se conocía de la existencia de una Derechohabiente -como la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga- se debió generar el derecho que a ella le asiste a percibir el pago por las cotizaciones efectuadas por su causante al Sistema de Reparto, de manera tal que a la Administradora de Fondos de Pensiones le correspondía precautelar los derechos de tal Derechohabiente.

Proceder de distinta manera importa, como ha sucedido, el que FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES no hubiera cumplido con sus deberes de prestar sus servicios a favor de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, arriesgando el derecho de la misma de percibir el Pago por Compensación de Cotizaciones que le corresponde al haberse acreditado oportunamente (a tiempo del trámite de Retiros Mínimos) para los beneficios que le eran inherentes.

1.3 Acerca de la vulneración al principio de tipicidad.-

El memorial del Recurso Jerárquico señala:

"…*la imputación que hace el regulador y la suposición de que se debió incluir a Ilse Adriana Rivera Arteaga en la Solicitud de Gloria Solíz Vda. de Rivera, no solo carece de fundamentación, sino que también vulnera el principio jurídico de la tipicidad vertido en el parágrafo I del artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo*…"

La mencionada disposición de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece lo siguiente:

"…***ARTÍCULO 73 (Principio de Tipicidad).-***

I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias…"

Y no obstante la claridad de dicha disposición, aún es pertinente definir que "*el principio de tipicidad constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta*" (Francisco Carruitero Lecca en *Límites constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración Pública*).

Así definido, se debe agregar que:

"…*el Principio de Tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) no tiene la misma connotación que la del Derecho Penal, conforme lo ha señalado la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 6 de febrero de 2007, cuando señala que: "La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de las normas penales y las normas administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma; en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, los tipos no son autónomos sino que se remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o prohibición*…" (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011).

En consecuencia, los cargos que salen de la nota AP/DJ/1926/2010 de 6 de julio de 2010, no requieren estar establecidos con precisión exacta en las leyes que regulan el accionar de las entidades reguladas, por cuanto las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes establecidos por la Ley respecto de sus Afiliados, como el considerar dentro del trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones, a los Derechohabientes de primer grado verificados de la forma que señala el artículo 4, inciso b), del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005.

Debe concluirse inequívocamente que no existe en el presente proceso sancionatorio, vulneración al principio de tipicidad, por cuanto la conducta de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, referida a haber omitido considerar a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga en el trámite de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual iniciado por la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera, es efectivamente contraria al Manual de Procedimiento de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, aprobado por el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de

2005.

Por lo demás, cuando la recurrente señala -a tiempo de la Exposición Oral de Fundamentos- que la solicitud "*de algún beneficio o prestación del Seguro Social de largo plazo, es una manifestación de libre albedrío de los solicitantes o Derechohabientes*", resulta una apreciación intrascendente a los fines del Cargo imputado, máxime cuando las actuaciones de los Afiliados o sus Beneficiarios no pueden confundirse con los deberes y obligaciones que para la Administradora de Fondos de Pensiones ha establecido la norma.

1.4 De la inexistencia de fundamento para la cuantía de la sanción.-

No obstante, llama la atención el que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, que dispone las sanciones en contra de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, hubiera dispuesto que por la infracción correspondiente al Cargo Nº 1, la ahora recurrente deba hacer efectivo el pago de una multa "*en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*", por cuanto, las única referencia a su motivación es la que sale en las páginas 11 y 12 de la misma Resolución Administrativa, y que se limitan a hacer referencia a las disposiciones de los artículos 286º y 287º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, **sin fundamentar** las razones por las que la infracción amerita la cuantía de la multa señalada.

Resulta entonces que el Ente Regulador ha impuesto una multa por no haberse considerado en el trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, a la hija del Afiliado fallecido, Derechohabiente de primer grado, no obstante de constarle su existencia; empero **se desconoce el fundamento y motivo** por el que esa multa alcanza el monto equivalente a $us. 3.000,00.-

Ahora bien; conforme al artículo 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones), la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción.

La norma no determina montos precisos para cada sanción calificada, sino que concede al regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones leves "*Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses*", conforme al artículo 291, inciso c del mismo Decreto Supremo Nº 24469.

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, para el caso de una infracción leve, pudo discrecionalmente optar por un monto hasta $us. 5.000.- (CINCO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) a ser pagado en su equivalente en moneda nacional; si bien las disposiciones de los artículos 287 y 288 del Decreto Supremo Nº 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Nº 1464/2004-R, la que establece:

> "…*Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el*

ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…"

Para el caso, es de tener en cuenta lo señalado por el artículo 288 del Decreto Supremo Nº 24469, cuando dice que "*Las sanciones se aplicarán, por la Superintendencia, según la gravedad de la infracción, acción u omisión…*", y en coincidencia con ello, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en oportunidad de la recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016/2011, ha señalado que:

"…es necesario dejar establecido que es potestad de esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo examen de los hechos y la prueba existente.…"

Lo anterior sirve para justificar la calificación de la infracción como leve, empero no para **fundamentar** la cuantía de la sanción por no haber considerado en el trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual a la hija del Afiliado fallecido, en el monto equivalente a $us. 3.000,00.-, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.

1.5 Conclusiones referidas al Cargo Nº 1.-

Resulta evidente que, como emergencia del fallecimiento del Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES dio curso al trámite de **Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual** a solicitud de su cónyuge, sin tomar en cuenta a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, hija del causante y por tanto su Derechohabiente de primer grado, siendo que por un trámite anterior de Retiros Mínimos, conocía de su existencia; conducta que lesiona la disposición del artículo 4º

(*Verificación de Registros y Documentos*) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, correspondiendo su sanción conforme lo ha determinado el Ente Regulador en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010.

Asimismo, resulta inequívoca la finalidad del mencionado artículo 4º del Anexo I, de que necesaria y obligatoriamente, se considere a los Derechohabientes de primer grado determinados dentro del trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones; así también, que no existe en el trámite vulneración al principio de tipicidad, por cuanto la conducta de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, es efectivamente contraria al Manual de Procedimiento de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual. No obstante ello, la cuantía de la sanción en $us. 3.000.- no se encuentra debidamente establecida, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.

2. CARGO Nº 2: INCLUSIÓN DEL NOMBRE DE LA SEÑORA NORMA LILIAN ARTEAGA EN LA CLÁUSULA 24 DEL CONTRATO DE PAGO DE COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES MENSUAL.-

2.1 Antecedentes.-

En fecha 22 de enero de 2008, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES suscribe el "Contrato de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes a cargo de una Administradora de Fondos de Pensiones" correspondiente al Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, y que consta de 24 (veinticuatro) cláusulas, siendo pertinente la transcripción de las siguientes:

> "…*CLÁUSULA 1. DE LAS PARTES*
>
> *Son partes en el contrato:*
>
> *1.1.- Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, representada legalmente por CARLOS HENRY GARRIDO VILLARROEL, en su calidad de Gerente Regional Santa Cruz, con domicilio en SANTA CRUZ en adelante la "AFP Suscriptora"*
>
> *1.2.- El (La) señor(a)* ***GLORIA SOLIZ VILLAGOMEZ VDA. DE RIVERA****, mayor de edad, con Documento de Identidad No. CI 1035428.* (sic)
>
> *respectivamente en calidad de conyuge Derechohabientes* (sic) *de PRIMER grado del Afiliado fallecido (o del Registrado Fallecido) Sr. (Sra.) VALENTIN FRANKLIN RIVERA FERNANDEZ, con documento de identidad Nº 264286 y NRF 100425082 de 57 años de edad a la fecha de fallecimiento, con domicilio en NORTE AV. ALEMANA Nº 3110, en lo sucesivo el(los) Derechohabiente (s).*
>
> (…)
>
> *CLÁUSULA 24. ACEPTACIÓN*

Nosotros, CARLOS HENRY GARRIDO VILLARROEL en representación de AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. por una parte y ***NORMA LILIAN ARTEAGA TERÁN*** *por otra, aceptamos todas y cada una de las cláusulas del presente contrato, sujetándonos a su fiel y estricto cumplimiento.*

Fecha: 22 de Enero de 2008

CLÁUSULA 24. ACEPTACIÓN

Nosotros, CARLOS HENRY GARRIDO VILLARROEL en representación de AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. por una parte y ***GLORIA SOLIZ VILLAGOMEZ VDA. DE RIVERA*** *por otra, aceptamos todas y cada una de las cláusulas del presente contrato, sujetándonos a su fiel y estricto cumplimiento.*

Fecha: 22 de Enero de 2008" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al pie del contrato constan las firmas de los señores Carlos Henry Garrido Villarroel como Gerente Regional Santa Cruz de Futuro de Bolivia S.A. AFP y Gloria Solíz Villagomez Vda. de Rivera como la cónyuge del Afiliado fallecido; no consta la firma, ni espacio reservado para lo mismo, de la mencionada señora Norma Lilian Arteaga Terán.

El extremo dio lugar a la imposición del Cargo Nº 2 por parte de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, toda vez que "*la AFP incluyó el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, sin que la misma sea parte del Contrato*".

Al respecto, la recurrente, a tiempo de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, ha señalado que:

"*…bajo el mismo argumento que utiliza la AP, nosotros decimos que* ***si bien se ha consignado un nombre, no es parte del Contrato y al no estar acreditada su firma, en realidad no tiene ningún efecto, ni jurídico, ni antijurídico****, además que este aspecto ha sido subsanado, esto mediante la suscripción de una Adenda que ha tenido como objeto dos cosas especificas: primero, excluir el nombre de la señora Norma de la cláusula veinticuatro del Contrato, pese a que no existe ni su firma ni es ella parte de la solicitud, pero tiene ese objetivo, subsanar un error, no de fondo sino simplemente de forma, entonces la Adenda tiene ese objeto, subsanar este hecho; y segundo, incluirla como beneficiaria a la menor Ilse que es la hija de esta señora Norma, para que pueda también ser beneficiaria del Pago de la Compensación de Cotizaciones.*

Entonces, nosotros creemos que ***nuestro accionar en este caso, ha sido sin intencionalidad, no se ha ocasionado ningún tipo de daño a ninguna de las partes intervinientes****, y tampoco es un tipo de error que sea consecutivo, que sea consuetudinario, digamos, en las actividades de la AFP; ha sido un único caso por un*

tema de sistemas, le reitero, que desde nuestra perspectiva no amerita la imposición de una multa de esta naturaleza. Creemos que debe ajustarse, mas bien, al principio de proporcionalidad que se ha sentado mediante la Resolución Jerárquica del SIREFI, la RJ 38 2005, del 15 de setiembre del 2005…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2 Carácter formal de la infracción referida por el Cargo N° 2.-

El fundamento al Cargo N° 2 en los términos de la nota AP/DJ/1926/2010 (Notificación con cargos) resulta en una observación de **carácter únicamente formal**, puesto que no atañe al fondo mismo del contrato suscrito con la señora Gloria Solíz Villagomez Vda. de Rivera, no refiriéndose el Cargo a la conducta de la recurrente respecto a la observancia o inobservancia de los derechos sustanciales que les corresponden a las Derechohabientes Gloria Solíz Villagomez Vda. de Rivera o Ilse Adriana Rivera Arteaga, como emergencia del fallecimiento de su común causante, señor Valentín Franklin Rivera Fernández.

Consiguientemente, no es atendible el argumento que sale en el Recurso Jerárquico, de justificar la infracción que importa el Cargo N° 2 con "*los argumentos expresados para el Cargo N° 1, relacionadas a lo prescrito por los artículos 4 y 5 del Anexo I de la resolución* (sic) *Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005*", entonces pretendiendo hacer inherentes tales normas también al Cargo N° 2, por cuanto, Cargos distintos como son y conforme lo visto en el numeral 1 supra, el Cargo N° 1 está referido a la no consideración de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga en el trámite de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, todo lo que hace a una cuestión enteramente sustancial, a diferencia de lo que acontece con el Cargo N° 2.

2.3 Acerca de la vigencia y subsistencia de la segunda cláusula 24 del contrato, y de la invalidez de la primera cláusula 24.-

El contrato, como documento físico, ha sido elaborado por la propia Administradora de Fondos de Pensiones conforme se lo ordena el artículo 7 de Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, extremo que se evidencia del membrete en el papel utilizado para ello; por tanto, la responsabilidad por las deficiencias adjetivas en su elaboración le son enteramente atribuibles a FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.

Dichas deficiencias resultan las siguientes:

a) Presenta dos cláusulas de *Aceptación* (N° 24) con contenidos en definitiva diferentes.

b) En una de las dos cláusulas de *Aceptación*, se menciona a una persona -Norma Lilian Arteaga Terán- que, al tenor de la cláusula *De las partes* (N° 1), es ajena al contrato, por tanto no correspondía ser mencionada (además, sin considerar que cualquier actuación de la señora Norma Lilian Arteaga Terán no era en su propio nombre, como sugiere la cláusula, sino como tutora legal de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga, extremo que era de conocimiento de la ahora recurrente).

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, a tiempo de plantear el Recurso Jerárquico, reconoce que la infracción establecida por el Cargo Nº 2 se origina en un error involuntario, empero señala que la inclusión del nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán en la cláusula 24 (*De aceptación*) "*no solo es extemporánea, sino que no surte ningún efecto jurídico o antijurídico, pues no tiene acreditada su firma*".

La norma que prevé la existencia del contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, es el Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, conforme a su artículo Nº 25 a continuación transcrito:

> "…*Artículo 25.- (CONTRATO DE PAGO DE CC MENSUAL).*
>
> *Si el Afiliado y los Derechohabientes señalados en el Artículo 23 precedente tuvieran derecho a Compensación de Cotizaciones mensual, ésta será pagada de manera vitalicia por la AFP,* ***a través de un Contrato de Pago de CC mensual****…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Concretamente a lo que atañe al "Contrato de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes a cargo de una Administradora de Fondos de Pensiones" suscrito en fecha 22 de enero de 2008, que en líneas generales corresponde al Anexo IX de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, y que hace al Cargo que se analiza, se establece que del mismo intervienen solo dos partes: 1) **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y 2) la señora **GLORIA SOLÍZ VILLAGOMEZ VIUDA DE RIVERA**, ninguna de ellas persona de Derecho Público, por tanto, resulta en un **contrato firmado entre particulares** y no así por instancia administrativa alguna, no obstante el origen señalado, lo que no cambia la naturaleza particular del documento, resultando esta la verdad material a la que se refiere el principio establecido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo).

Entonces, encontrándose suscrito el contrato que se analiza exclusivamente por particulares, y constituyendo uno de ellos una **sociedad comercial**, hace aplicable al caso el artículo 9º del Código de Comercio de 25 de febrero de 1977 ("*Si el acto es comercial para una de las partes, se rige también por las disposiciones de este Código*"), mismo Código que en su artículo 786º prescribe la aplicación supletoria a los negocios comerciales, de "*los principios y normas de los contratos y obligaciones,… regulados, respectivamente, por el Código Civil*"; por consiguiente, el análisis de la controversia se circunscribe a la Teoría General de los Contratos, concepción civilista pertinente al caso y que en la definición de Cabanellas en el Diccionario, establece que contrato es el "*Convenio obligatorio entre dos o más personas, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa.*"

Los artículos del Código Civil de 6 de agosto de 1975, pertinentes a la presente consideración del Cargo, establecen lo siguiente:

> "…*Art. 510º.- (INTENCIÓN COMÚN DE LOS CONTRATANTES).*

I. *En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la **intención común de las partes** y no limitarse al sentido literal de las palabras.*

II. *En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de éstos y **las circunstancias del contrato**.*

Art. 511°.- (CLÁUSULAS AMBIGUAS).

*Cuando una cláusula es susceptible de diversos **sentidos**, **se le debe dar el que pueda producir algún efecto** nunca el de ninguno…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En función a ese articulado, es pertinente rescatar que, según la cláusula 4 del contrato, el mismo tiene por objeto:

"*…el pago de la CCM por parte de la AFP suscriptora a favor de los Derechohabientes, en sujeción a lo determinado por los artículos 22 o 25 del Decreto Supremo 27324 del 22 de enero del 2004 y demás normas conexas…*"

Entonces, en los términos del Código Civil, radica allí la común intención de las partes y la circunstancia del contrato, que determinan el sentido más conveniente a su materia y naturaleza, y que resulta del conjunto del acto contratado.

Desde luego que la coexistencia de dos cláusulas 24 que incorporan a dos grupos familiares distintos, no puede resultar en algo regular, determinando que la primera cláusula 24 del contrato (que incluye a la señora Norma Lilian Arteaga Terán cuando la misma no es parte suscriptora del mismo contrato), sea susceptible de no ser tomada en cuenta, por cuanto de la misma no surte ningún efecto.

Amén de ello, se debe considerar que conforme consta de fojas 27 a 29, en fecha 15 de abril de 2008 **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, y las señoras Gloria Soliz Villagomez Vda. de Rivera y Norma Lilian Arteaga Terán procedieron a suscribir una "Adenda de enmienda de un Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes a cargo de una Administradora de Fondos de Pensiones"**, mismo que ha sido elaborado por la ahora recurrente conforme se constata del membrete del papel en el que ha sido impreso, y que en sus cláusulas 1, 2 y 3 -partes pertinentes- señala lo siguiente:

"*…<u>CLÁUSULA 1. DE LAS PARTES.-</u>*

Son partes en el presente contrato

FUTURO DE BOLIVIA S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, (…)

*La señora **Gloria Solíz Villagomez Vda. de Rivera** mayor de edad con Cédula de Identidad N° 1035428 en su condición de cónyuge y derechohabiente de*

primer grado del afiliado (registrado) fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, y, la señorita ***Ilse Adriana Rivera Arteaga*** *con Cédula de Identidad Nº 9100237 en su condición de hija y derechohabiente de primer grado del afiliado (registrado) fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, quien por su minoría de edad y para los efectos de la firma de la presente adenda, estará* ***representada por su Madre y Tutora Natural, la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán****, mayor de edad con Cédula de Identidad No. 2452749, en adelante La Derechohabiente.*

CLÁUSULA 2.- OBJETO

La presenta (sic) *Adenda tiene por objeto la* ***inclusión de nuevos Derechohabientes de primer grado****, según lo establecido en la cláusula 8 del Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual* ***Así como la exclusión expresa de la cláusula 24 del contrato de pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes en la que se hace referencia a la aceptación por parte de la Sra Norma Lilian Arteaga Terán, ya que la misma no formó parte de la suscripción del citado contrato***

CLÁUSULA 3.- ANTECEDENTES:

1. ***En fecha 22 de enero de 2008, la Sra. Gloria Soliz Villagomez de Rivera derechohabiente del afiliado (registrado) fallecido Sr Valentín Franklin Rivera Fernández con NUA 100425082, suscribió un contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual****, el mismo que está sujeto a las disposiciones de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y normas reglamentarias y complementarias contenidas en Decretos Supremos y Resoluciones Administrativas de la Superintendencia de pensiones, Valores y Seguros (SPVS)…"*

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

Del cotejo de la fecha de la Adenda (15 de abril de 2008) con la del inicio del presente proceso sancionatorio (7 de julio de 2010, cuando se hizo llegar la primera citación para la notificación con los cargos, conforme consta en la nota AP/DJ/1927/2010 de foja 11), resulta que el Ente Regulador procedió a sancionar a la recurrente por un extremo que ya se encontraba subsanado; ello no importa que no se hubiera producido una actuación negligente por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, y que como tal, esa conducta no sea violatoria a la disposición del artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones). Es pertinente dejar establecido que la interpretación de la Adenda no puede hacérsela con independencia del contrato principal, sino que debe entenderse que ambos documentos configuran un único acto.

2.4 Sobre el no haberse aplicado el principio de proporcionalidad.-

A tiempo de su recurso, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES ha señalado que:

> "…*desde nuestra perspectiva no se ha aplicado el principio de proporcionalidad establecido por el Artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ni la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión*…"

El Principio de Proporcionalidad, se halla definido por el artículo 75 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), de la siguiente manera:

> "…*Artículo 75.- (Principio de Proporcionalidad). El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimento de las normas infringidas*…"

Toda vez que tal definición importa la proporcionalidad activa, donde se advierte contra la preferencia del infractor a incumplir la norma por resultarle la sanción más beneficiosa que cumplirla (lo que no se acomoda al caso), es pertinente remitirse nuevamente a la Sentencia Constitucional 1464/2004-R, la que en cuanto a los principios que hacen al Derecho Administrativo, señala:

> "…*siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento*…"

Para el caso, cuando la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones inicia el proceso sancionatorio, el extremo al que se refiere el Cargo N° 2 no era susceptible de una calificación de gravedad media, por cuanto la conducta no se acomoda a la disposición del artículo 286, inciso b) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el entendido de que no se ha comprobado la existencia de daño en la actuación de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, resultando en una actuación desproporcionada del Ente Regulador en la imposición de la sanción a la que se refiere el Cargo N° 2, a tiempo de la Resolución Administrativa N° 185-2010 de 20 de agosto de 2010.

2.5 Conclusiones referidas al Cargo Nº 2.-

Resulta evidente que, al haber incluido el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga en la primera cláusula 24 del contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, la recurrente ha incurrido en una actuación negligente, conducta aceptada por el recurrente cuando expresa que fue un error de sistema; sin embargo tal irregularidad no ha afectado la validez de la restante cláusula 24 como tampoco, en general, al restante contrato, no constando que hubiera ocasionado daño alguno, por lo que la sanción de pago de multa en bolivianos en un monto equivalente a $us. 3.000.- para el Cargo Nº 2 que sale de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, resulta francamente desproporcionada, máxime si se tiene presente que es el mismo Ente Regulador que para el Cargo Nº 1 y en la misma resolución sancionatoria (entonces debió actuar con igual criterio de valoración), ha dispuesto una sanción en idéntica cuantía que la impuesta para el otro Cargo, sin que conste justificación al porqué dos conductas enteramente distintas, generan una igual cuantía de multa.

3. CARGO Nº 3: DESCUENTOS EN LOS PAGOS DEVENGADOS A LA SEÑORITA ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA, POR CONCEPTO DE SERVICIOS DE SALUD.-

3.1 Antecedentes.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES a tiempo de pagar las pensiones que correspondieron a la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga, por los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de la gestión 2008, le descontó el 3% (tres por ciento) por concepto de servicios de salud; no obstante, a la misma aún no se le habían otorgado las prestaciones de corto plazo que ameriten tal descuento.

Tal conducta es contraria a lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, el que a la letra dice:

> "…*ARTÍCULO 32.- (DESCUENTOS PARA SALUD)*
>
> *Se deberá proceder a los descuentos de salud establecidos en el inciso 1) del Articulo 31 de la Ley de Pensiones y, el Artículo 5 del Decreto Supremo Nº 24469,* ***a partir del mes en que los Entes Gestores de Salud otorguen las prestaciones de corto plazo*** *a los Afiliados pasivos*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

3.2 Acerca de la inexistencia de reglamentación que permita una adecuada aplicación del artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES justifica su incumplimiento al artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, en el artículo siguiente, el 33, el que establece que:

> "…*Artículo 33.- (REGULACION).*

La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, regulará mediante Resolución Administrativa, los procedimientos y otros aspectos ***necesarios para cumplir con lo dispuesto en los artículos precedentes****…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, la recurrente pretende se revoque la sanción por no existir los reglamentos "*que permitan una adecuada aplicación de lo establecido por el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.*"

No obstante, la misma redacción del artículo 33 alude a la generalidad de artículos que le preceden, es decir del 1 al 32, no únicamente a este último, refiriéndose además en concreto, a los procedimientos **que sean necesarios**; por tanto y obviamente, no corresponde ningún reglamento cuando ello no fuere necesario; el artículo 33 no se refiere concreta y exclusivamente al primer párrafo del artículo 32, pertinente al caso, de manera tal que, si se revisa nuevamente la redacción del artículo 32 en función de lo señalado por el artículo 33, ambos arriba transcritos, se concluye en que **no es necesario un reglamento para evitar los descuentos por concepto de salud cuando los Entes Gestores de Salud no hayan otorgado aún las prestaciones de corto plazo**.

Encontrándose vigente el Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 a tiempo del pago de las pensiones a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, debieron evitarse los descuentos por concepto de salud, por cuanto, el Ente Gestor de Salud no le había otorgado aún las prestaciones de corto plazo, lo que de ninguna manera depende de alguna reglamentación especial como sugiere la recurrente; entonces, el pretender justificar el incumplimiento del artículo 32 en lo señalado por el artículo 33 es impertinente.

Por otra parte, el régimen de deducciones para pago al Ente Gestor de Salud deviene de la propia Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones (artículo 31, inciso l) de 29 de noviembre de 1996, y se desarrolla a través de otras normas: Decreto Supremo N° 24469 del 17 de enero de 1997 (artículo 5), Decreto Supremo N° 26069 de 09 de febrero de 2001 (artículo 39) y el mencionado Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 (artículo 32), determinando este último, únicamente, la modificación a la oportunidad del descuento para el Ente Gestor de Salud del monto de Compensación de Cotizaciones Mensual, el cual debe realizarse a partir del mes en que los Afiliados o Derechohabientes reciban atención del servicio de salud.

En ese entendido, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede justificar su incumplimiento en la falta de normativa emitida por la Entidad Reguladora, más aún si proceder a los descuentos hace a su entera responsabilidad.

3.3 Acerca de la restitución de los montos de dinero descontados.-

El memorial del Recurso Jerárquico señala también que:

"*…nuestra AFP ha restituido los descuentos efectuados a la pensión correspondiente*

de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga con recursos propios aplicando la tasa que resultó mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal, utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor…"

Al tenor del artículo 35, literal c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al haberse procedido a los descuentos cuando, de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, esto debió haber sucedido "*a partir del mes en que los Entes Gestores de Salud otorguen las prestaciones de corto plazo*".

Por tanto, constituyendo una rebaja ilegítima del monto que en calidad de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual le correspondía a la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga, ameritó su devolución a ella en los términos señalados por la propia recurrente; consiguientemente la devolución de los dineros descontados, lo cual no desvirtúa el Cargo imputado.

3.4 De la inexistencia de fundamento para la cuantía de la sanción.-

No obstante, llama la atención el que la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de 20 de agosto de 2010, la que dispone las sanciones en contra de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, hubiera dispuesto que por la infracción correspondiente al Cargo N° 3, la ahora recurrente deba hacer efectivo el pago de una multa "*en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*", por cuanto, las únicas referencias a su motivación son las que salen en las páginas 11 y 12 de la misma Resolución Administrativa, y que se limitan a hacer referencia a las disposiciones de los artículos 286 y 287 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, **sin fundamentar** las razones por las que la infracción amerita la cuantía de la multa señalada.

Resulta entonces que, el Ente Regulador ha impuesto una multa por haber la Administradora de Fondos de Pensiones aplicado descuentos por servicios de salud, a los pagos devengados de Compensación de Cotizaciones Mensual que se realizaron a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, cuando tal Derechohabiente no se beneficiaba de tales servicios; empero **se desconoce el fundamento y motivo** por el que esa multa alcanza el monto equivalente a $us. 3.000,00.-

Conforme se ha señalado en el numeral1.4 supra, el artículo 287 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de enero de 1997, establece que la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción, no determinando la norma, montos precisos para cada sanción calificada, concediendo al Ente Regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones leves "*Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses*", conforme al artículo 291, inciso c del mismo Decreto Supremo N° 24469.

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones,

para el caso de una infracción leve, pudo discrecionalmente optar por un monto de hasta $us. 5.000.- (CINCO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) a ser pagado en su equivalente en moneda nacional; si bien las disposiciones de los artículos 287 y 288 del Decreto Supremo Nº 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Nº 1464/2004-R, la que ha sido transcrita en el numeral 1.4 supra (referida al Principio de los límites a la discrecionalidad), determinando ello el que nuevamente, ahora para el Cargo Nº 3, no se hubiera **fundamentado** el motivo a la cuantía de la sanción por haberse aplicado descuentos por servicios de salud, a los pagos devengados de Compensación de Cotizaciones Mensual que se realizaron a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, cuando tal Derechohabiente no se beneficiaba de tales servicios, en el monto equivalente a $us. 3.000,00.-, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.

3.5 Conclusiones referidas al Cargo Nº 3.-

Resulta evidente que, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES ha aplicado descuentos por servicios de salud, a los pagos devengados de Compensación de Cotizaciones Mensual que se realizaron a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, cuando la misma no se beneficiaba de tal servicio, lo que importando una conducta que transgrede la disposición del artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, ameritando la sanción de la ahora recurrente conforme lo ha determinado el Ente Regulador en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, sin que resulte eximente de la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones infractora, el que hubiera restituido los dineros descontados, así como tampoco es válido el justificativo referido a la inexistencia de reglamentación que permita una adecuada aplicación del artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324, por cuanto siendo clara la prohibición infringida, no requería de ningún reglamento previo para su cumplimiento. No obstante, la cuantía de la sanción en $us. 3.000.- no se encuentra debidamente fundamentada, sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.

4. CARGO Nº 4: ACREDITACIÓN DE LA SEÑORITA ELISA LUCERO RIVERA TRONCOSO COMO DERECHOHABIENTE DESPUES DE TREINTA Y SEIS MESES DE FALLECIDO EL CAUSANTE.-

4.1 Antecedentes.-

Conforme se tiene afirmado en el numeral 1 supra, el Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández falleció en fecha 30 de junio de 2004; en la posición de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, expresada en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2011 de 20 de agosto de 2011, tal fecha determinó el inicio del plazo a efectos del pago de Compensación de Cotizaciones Mensual en cuanto al pago a los Derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el contrato, criterio que se fundamenta en los artículos: 20º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, modificado por el artículo 27º de la Ley Nº 2064 de 3 de abril de 2000 de Reactivación Económica, y 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 219 de 4 de marzo de 2008.

Conforme consta a fojas 53, en oportunidad de la Resolución Administrativa sancionatoria, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ha señalado que:

> "…*Los Derechohabientes del señor Rivera podían ser acreditados hasta el 30 de junio de 2007, sin embargo, la AFP aceptó la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso el 10 de enero de 2009, fecha en la que suscribió la Adenda al Contrato de Pago de CC Mensual, es decir* ***sesenta y seis (66) meses después del fallecimiento del Titular****, generando con la suscripción de la Adenda y el pago correspondiente un derecho a la mencionada señorita Elisa Rivera…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Radicando en ello el motivo a la imputación del Cargo (por el que se le impuso la sanción a FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES), la ahora recurrente expresa sus argumentos contra el Cargo N° 4 conforme se analizan a continuación:

4.2 Sobre la inaplicabilidad del artículo 20 de la Ley N° 1732 por no tratarse la otorgación de Pago de Compensación de Cotizaciones una prestación por muerte o invalidez.-

En el entender de la recurrente, refiriéndose el caso de autos al **pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes de Registrados Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones Mensual**, no se trata de la **Prestación por Muerte o Invalidez** establecida por el artículo 20 de la Ley N° 1732, por lo que no le es aplicable la consideración sobre los 36 meses a los que se refiere esta norma.

Sobre este punto se pronunció en su oportunidad la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 016-2011 de 20 de enero de 2011, cuando señala:

> "…*Sobre lo expresado por la AFP, corresponde aclarar que el artículo 20 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, si bien señala que las prestaciones de invalidez, riesgos profesionales y muerte, deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses,* ***no limita que dicho plazo sea aplicado a todas las prestaciones o pagos del SSO, incluyéndose la Compensación de Cotizaciones****, la cual a la fecha de emisión de la citada Ley no se encontraba establecida, ya que fue aprobada mediante Decreto Supremo N° 26069 de 09 de febrero de 2001…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En ese entendido, conforme a lo establecido en el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 "***la CC forma parte de las prestaciones del SSO***", haciendo por tanto extensible los criterios de gestión del régimen del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, a los de la de Compensación de Cotizaciones Mensual.

4.3 Acerca de la vulneración al principio de tipicidad.-

Con referencia al artículo 20 de la Ley N° 1732 y a tiempo de la audiencia de Exposición Oral

de Fundamentos, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES ha señalado que:

> "…*no se puede, por un principio de tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, imputar por una norma que rige la otorgación de prestaciones por invalidez y muerte, a un trámite que no tiene nada que ver con ello, que es un trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensuales*…"

Al respecto, se sobrecartan los argumentos jurídicos generales expresados en el numeral 1.3 supra, en lo que resulten pertinentes también para la consideración del Cargo N° 4 y permiten definir los alcances administrativos del principio de tipicidad establecidos por el artículo 73 de la Ley N° 2341.

Por ello mismo, toca ahora dejar constancia que tal principio hace al Derecho Administrativo Sancionador, y como tal es inherente al proceso sancionador previsto por el capítulo IV del Título Tercero de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, referido al régimen procedimental destinado a la sanción "*que las autoridades competentes deban imponer a las personas*" (artículo 71 de la ley N° 2341); los regímenes de prestaciones por invalidez y muerte, y de pago de Compensación de Cotizaciones Mensuales, en cambio, se rigen por los principios que les son propios al Derecho de la Seguridad Social de largo plazo, y los que determinan precisamente su autonomía científica, por tanto, no se rigen ordinariamente por los principios del Derecho Administrativo Sancionador, ni siquiera por los del Derecho Administrativo general.

Eso sí, la vulneración de las normas que hacen a **su administración** (como acto administrativo al tenor del artículo 2, parágrafo IV de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo) da lugar, como no puede ser de otra manera, a la concurrencia del régimen administrativo sancionador, empero en lo sustancial, no tiene que ver ello con la otorgación de prestaciones por vejez y muerte o con el pago de Compensación de Cotizaciones Mensual. Todos estos extremos refieren que, la recurrente involucra impertinentemente consideraciones que hacen a la sustancia de la Seguridad Social de largo plazo (y que por tanto se rigen por sus propios principios), con otras que son propias del Derecho Administrativo Sancionador, lo que hace inatendible su pretensión referida en el presente numeral.

4.4 Acerca de que no existiría plazo para registrarse a efectos del pago.-

La recurrente indica que mediante el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, se amplió el alcance del artículo 7 del Decreto Supremo N° 28888 de 18 de octubre de 2006, cuyo reglamento fue realizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 545 de 06 de julio de 2007, indicando que la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso cumple las condiciones exigidas para el registro del Causante en el Registro de Fallecidos para Compensación de Cotizaciones, por lo que en su entender le correspondía acceder al Pago de Compensación de Cotizaciones.

De la misma manera, hace referencia a que con anterioridad al Decreto Supremo N° 29138

de 30 de mayo de 2007, los Derechohabientes de primer o segundo grado de un Afiliado, no podían acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones en virtud a que el artículo 63 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones), establecía que los Derechohabientes de Afiliados fallecidos antes de cumplir los 65 años, tenían derecho al pago de Compensación de Cotizaciones cuando este en vida hubiera cumplido los 65 años de edad; agrega que con la creación del Registro de Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones se beneficiaba a los Derechohabientes permitiéndoles el acceso al pago de la Compensación de Cotizaciones al cumplir el causante las edades mínimas exigidas por el sistema de reparto. Tales extremos le sirven a la recurrente para concluir que bajo el razonamiento del Ente Regulador, ningún grupo familiar debería percibir el pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, ya que dentro de los treinta y seis (36) meses del fallecimiento del Afiliado, no existe ningún contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual suscrito.

Al respecto, en fecha 18 de octubre de 2006, mediante Decreto Supremo N° 28888 se establece el Registro de Fallecidos para Compensación de Cotizaciones – RFCC para habilitar a las personas con derecho a la Compensación de Cotizaciones, que no se hubieran registrado como afiliados o hubieran fallecido. Contenido que es ampliado mediante el artículo 3º, numeral I, del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, disponiendo a las Administradoras de Fondos de Pensiones consignen en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones a:

> "***a. Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)
>
> Refiriéndose a los Afiliados fallecidos que no cumplen con los requisitos de cobertura para que sus Derechohabientes puedan acceder a una Pensión por Muerte (no obstante haber presentado estos su solicitud dentro del plazo determinado en el artículo 20 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones: treinta y seis -36- meses posteriores al fallecimiento), determinando que puedan acceder a una Compensación de Cotizaciones.
>
> A este criterio se acomodan las Derechohabientes:
>
> - Señora Gloria Solíz Vda. de Rivera (cónyugue), quien presentó su Solicitud de Pensión por Muerte en fecha 13 de agosto de 2004, dentro de los treinta y seis (36) meses siguientes a la fecha de fallecimiento del Afiliado.
>
> - Señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga (hija), quien se acreditó como Derechohabiente de primer grado y se habilitó para acceder al Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, a través de la suscripción de la Solicitud de Retiros Mínimos de fecha 28 de marzo de 2005, lo que también sucedió dentro del plazo de los 36 meses siguientes al fallecimiento del causante.

"***b. Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro el vencimiento establecido en la norma vigente"*** (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A diferencia de la anterior, esta casuística se aplica a los Afiliados fallecidos cuyos Derechohabientes también tienen derecho a la Compensación de Cotizaciones, empero que **NO** presentaron su Solicitud de Pensión por Muerte dentro del plazo de treinta y seis (36) meses posteriores al fallecimiento (independientemente de si cumplen o no con los requisitos de cobertura para acceder a una Pensión por Muerte) **caso al que la recurrente acomoda a la Derechohabiente señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso (y cuya situación, en definitiva, se cuestiona a través del Cargo N° 4)**, quien a través de la señora María del Carmen Troncoso de Ruck (su tutora legal dada su minoridad) presentó su solicitud de acreditación en fecha 16 de diciembre de 2008, es decir, 53 (cincuenta y tres) meses después de fallecido el causante.

c. Asegurados fallecidos antes de la fecha de inicio del Seguro Social Obligatorio, sin haber accedido a una renta o pago del Sistema de Reparto o sin haber generado una renta por muerte en el citado régimen…"

La ahora impugnada Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 016-2011 de 20 de enero de 2011, a fojas 203 ha establecido que:

"…*el inciso a, se aplica a los casos de Afiliados fallecidos en los cuales la solicitud de pensión ha sido presentada dentro del plazo establecido en norma pero que no cuentan con cobertura y el inciso b, se aplica a los casos de Afiliados fallecidos en los cuales la solicitud de pensión ha sido presentada fuera del citado plazo;* ***entendiéndose por tanto que dichas opciones son de carácter excluyente***…" (negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De ello, se concluye que el Órgano Regulador entiende de la simple coexistencia de los referidos incisos a) y b) -inclusive c)- un carácter excluyente entre los mismos, **sin mencionar mayor fundamentación a tal criterio**.

Consiguientemente, el Órgano Regulador debe justificar su disposición referida al Cargo N° 4, tal cual se lo exigen los artículos 28°, inciso e), y 30°, inciso a), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), por cuanto lo contrario importaría infracción a lo dispuesto por el artículo 4°, inciso c) de la misma Ley, o como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004:

"…*El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos.*

Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso";…"

Al mismo extremo y por idéntica razón, debe sujetarse la consideración sobre la reclamada "*interpretación parcial que hace la AP*" del artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 219 de 4 de marzo de 2008, como sobre del supuesto reconocimiento indebido de derechos a favor de la Derechohabiente Elisa Lucero Rivera Troncoso (que sale del resuelve segundo de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010).

4.5 De la inexistencia de fundamento para la calificación de la infracción.-

Llama la atención que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010 (que dispone las sanciones en contra de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES) hubiera establecido que por la infracción correspondiente al Cargo Nº 4, la ahora recurrente deba hacer efectivo el pago de una multa "*en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*", por cuanto, las únicas referencias a su gravedad media, son las que salen en las páginas 11 y 12 de la misma Resolución Administrativa, y que se limitan a hacer referencia a las disposiciones de los artículos 286 y 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, **sin fundamentar** las razones para la calificación señalada.

Resulta entonces que, el Ente Regulador ha impuesto una multa por haber acreditado a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso después de 36 meses de fallecido el Afiliado señor Valentín Franklin Rivera Fernández; empero **se desconoce el fundamento y motivo** por el que resulta en una infracción calificada como de gravedad media.

Ahora bien; conforme al artículo 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones), la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción.

La norma no determina montos precisos para cada sanción calificada, sino que concede al regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones de gravedad media "*De cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses*", conforme al artículo 291, inciso b) del mismo Decreto Supremo Nº 24469.

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no pudo discrecionalmente calificar a la infracción como de gravedad media; si bien las disposiciones de los artículos 287 y 288 del Decreto Supremo Nº 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su mencionada Sentencia Nº 1464/2004-R, la que establece:

"*…Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes*

discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…"

Para el caso, es de tener en cuenta lo señalado por el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469, cuando dice que:

"…ARTÍCULO 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD) Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:

a) Gravedad máxima: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el transgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.

b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún afiliado…"

Consiguientemente, no se encuentra **fundamentada** la calificación de la gravedad de la sanción por haberse acreditado a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso después de 36 meses de fallecido el Afiliado señor Valentín Franklin Rivera Fernández, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional N° 1464/2004-R.

4.6 Conclusiones referidas al Cargo Nº 4.-

Para el Órgano Regulador, la simple coexistencia de los incisos a) y b) del artículo 3º, numeral I, del Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 un carácter excluyente entre los mismos, sin mencionar mayor fundamentación a tal criterio, correspondiendo que justifique y fundamente su disposición por cuanto lo contrario importaría infracción a lo dispuesto por el artículo 4º, inciso c) de la misma Ley y a lo establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004. Al mismo extremo y por idéntica consideración, deben sujetarse la reclamada "*interpretación parcial que hace la AP*" del artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 219 de 4 de marzo de 2008, y el supuesto reconocimiento indebido de derechos a favor de la Derechohabiente Elisa Lucero Rivera Troncoso que sale del resuelve segundo de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010.

Independientemente de ello, la calificación de la gravedad media, no se encuentra fundamentada, sin la cual la calificación resulta desproporcionada en los términos de la Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.

5. CARGO Nº 5: NO HABER RESPONDIDO EN EL PLAZO ESTABLECIDO UNA SOLICITUD DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN.-

5.1 Antecedentes.-

Mediante nota AP/DPC/375/2009 de fecha 9 de julio de 2009, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones comunicó a FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, haber recibido una nota de reclamo por parte de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, la cual para efectos de su análisis, le instruye remitir "*en un **plazo máximo de cuatro (4) días hábiles administrativos de recibida la presente nota***", la serie de documentos e informes cuyo detalle sale de fojas 2 a 4 de obrados (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La nota de referencia fue recibida por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES en fecha **13 de julio de 2009**, de manera tal que el plazo venció en fecha **21 de julio de 2009**; no obstante, la ahora recurrente remitió lo requerido recién en fecha **22 de julio de 2009**, con **1 (un) día de demora**, vulnerando de esta manera lo dispuesto por el artículo 19 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, el que a la letra dice:

> "…*Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos). Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, **instructivos** y directivas, **obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación** o publicación*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En relación a este, existe el Procedimiento de notificación de actos administrativos,

aprobado por la Resolución Administrativa/SPVS/Nº 355 de 15 de mayo de 2007, el que refiere:

> "…*SEGUNDO.-(TÉRMINOS Y PLAZOS)*
>
> (…)
>
> *II.* ***Los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios*** *tanto para la SPVS, como* ***para las Entidades Reguladas*** *y personas interesadas*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal extremo determinó que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, imponga la sanción del Cargo Nº 5 a FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, por no haber respondido en el plazo establecido, la solicitud de información y documentación realizada mediante nota AP/DPC/375/2009 de 9 de julio de 2009.

5.2 Acerca de haberse incumplido el plazo de la entrega de la respuesta pero no así con la entrega propiamente dicha.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES señala en su Recurso Jerárquico, que "*los feriados que se establecieron con motivo del bicentenario, y el cálculo de fechas efectuado por la AP, se hubiera incumplido el plazo para la entrega de la información solicitada, pero no así, con la entrega de la información propiamente dicha*", es decir, que no obstante al retraso, la instrucción sí fue cumplida.

La anterior explicación es intrascendente y no importa un descargo válido contra el Cargo Nº 5, por cuanto el mismo no consiste, como erróneamente lo sugiere la recurrente, en si se cumplió o no con la instrucción que sale de la nota AP/DPC/375/2009, sino en **haberlo hecho fuera del plazo establecido para ese efecto**, extremo que evita mayor consideración y análisis.

5.3 Sobre el no haberse aplicado el principio de proporcionalidad.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, a tiempo del Recurso Jerárquico, ha referido que:

> "…*el regulador al momento de efectuar la valoración de la infracción y la norma imputada no ha aplicado el principio de proporcionalidad establecido por el Artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ni la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI)*…"

La parte pertinente del fallo administrativo al que al recurrente hace referencia, establece que:

"…*en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador:* ***a)*** *La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b)*** *La naturaleza de los perjuicios acusados y* ***c)*** *La reincidencia en la comisión*…"

La recurrente ha ampliado su criterio a tiempo de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos de fecha 8 de abril de 2011, cuando ha señalado que "*la tipificación o modo o la manera en que se ha catalogado esta infracción, no está de acuerdo, digamos, a la magnitud de los hechos que en la práctica se han dado*".

Entonces en principio, su impugnación no está referida ahora a la valoración sobre la conducta subsumida como infracción, sino a la sanción que le ha sido impuesta por ella, sanción que de la transcripción de la parte pertinente de la resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185/2010, consiste en:

"…*e)* ***Cargo Nº 5*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el inciso s) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 19 de Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003*…"

Entonces y en concreto, por la demora de 1 (un) día hábil administrativo, en el envío de la información y documentación instruida por el Ente Regulador, ha sido multada con un monto en Bolivianos equivalente a $us. 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

5.4 De la inexistencia de fundamento para la cuantía de la sanción.-

Llama la atención el que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, la que dispone las sanciones en contra de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, hubiera dispuesto que por la infracción correspondiente al Cargo Nº 5, la ahora recurrente deba hacer efectivo el pago de una multa "*en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*", por cuanto, las únicas referencias a su motivación son las que salen en las páginas 11 y 12 de la misma Resolución Administrativa, y que se limitan a hacer referencia a las disposiciones de los artículos 286 y 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, **sin fundamentar** las razones por las que la infracción amerita la cuantía de la multa señalada.

Resulta entonces que, el Ente Regulador ha impuesto una multa por no haberse respondido en el plazo establecido, la solicitud de información y documentación realizada por el Ente Regulador mediante nota AP/DPC/375/2009 de 9 de julio de 2009; empero **se desconoce el fundamento y motivo** por el que esa multa alcanza el monto equivalente a $us. 2.000,00.-

Ahora bien; conforme al artículo 287 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones), la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción.

La norma no determina montos precisos para cada sanción calificada, sino que concede al regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones leves "*Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses*", conforme al artículo 291, inciso c) del mismo Decreto Supremo N° 24469.

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, para el caso de una infracción leve, pudo discrecionalmente optar por un monto hasta $us. 5.000.- (CINCO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) a ser pagado en su equivalente en moneda nacional; si bien las disposiciones de los artículos 287 y 288 del Decreto Supremo N° 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 1464/2004-R, la que establece:

> "…*Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…*"

Para el caso, es de tener en cuenta lo señalado por el artículo 288 del Decreto Supremo N° 24469, cuando dice que "*Las sanciones se aplicarán, por la Superintendencia, según la gravedad de la infracción, acción u omisión…*", y en coincidencia con ello, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en oportunidad de la recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 016/2011, ha señalado que:

> "…*es necesario dejar establecido que es potestad de esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en*

normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo examen de los hechos y la prueba existente.…"

Lo anterior sirve para justificar la calificación de la infracción como leve, empero no para **fundamentar** la cuantía de la sanción por no haber presentado la documentación e información solicitada, dentro del plazo otorgado para ello, en el monto equivalente a $us.2.000,00.-, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional N° 1464/2004-R.

5.5 Conclusiones referidas al Cargo N° 5.-

Resulta evidente que FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES no ha respondido en el plazo establecido, la solicitud de información y documentación realizada por el Ente Regulador mediante nota AP/DPC/375/2009 de fecha 9 de julio de 2009, en inobservancia del artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sin que exista un descargo admisible que se oponga a lo mismo, por cuanto la ahora recurrente se limita a señalar que la entrega propiamente dicha, de la información y documentación requerida, si fue realizada, aunque fuera del plazo otorgado para ello; no obstante, la cuantía de la sanción en $us. 2.000.- no se encuentra debidamente fundamentada, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la Sentencia Constitucional N° 1464/2004-R.

CONSIDERANDO:

Que, de lo expuesto se tiene que en el presente caso, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, no ha realizado una correcta fundamentación sobre la cuantía de las sanciones en el caso de los Cargos Nos. 1, 2, 3 y 5, ni sobre la calificación de la infracción en el caso del Cargo N° 4; asimismo y con respecto al mismo Cargo N° 4, resulta en una Resolución contradictoria al determinar la inviabilidad de derechos que luego los va a reconocer indebidamente, determinando que las sanciones resulten desproporcionadas e inadecuadas a los fines de la norma, en infracción a los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad, y conforme a los cuales le corresponde realizar una adecuada calificación de los Cargos y aplicación de las sanciones emergentes.

Que, sin perjuicio de ello y bajo el principio de economía procesal, esta Autoridad ha realizado la compulsa necesaria para la correcta aplicación de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a

tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 20 de enero de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE
ROGER RAMIREZ CALLE

RESOLUCIÓN RECURRIDA
AP/DJ/DPC/Nº 022-2011 DE 26 DE ENERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA
AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN
MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 032/2011 DE 24 DE JUNIO DE 2011

FALLO
CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 032/2011

La Paz, 24 de junio de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ROGER RAMIREZ CALLE** a través de su apoderada legal la Dra. Doris Conde Ordoñez contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 022-2011 de 26 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJDPC/Nº 293-2010 de 08 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 067/2011 de 17 de junio de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 14 de febrero de 2011, el señor Roger Ramírez Calle representado legalmente a través de su apoderada la Dra. Doris Conde Ordoñez, tal como acredita el Testimonio de Poder No. 1215/2010 de 15 de diciembre de 2010, otorgado por

ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 026 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Marlene Cabrera Jauregui, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 022-2011 de 26 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJDPC/Nº 293-2010 de 08 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones,

Que, mediante nota AP/DJ/477/2011 con fecha de recepción de 15 de febrero de 2011, la ex Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 022-2011 de 26 de enero de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 18 de febrero de 2011, notificado en fecha 25 de febrero.

Que, mediante Auto de fecha 17 de febrero de 2011, el Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros acepta y aprueba la excusa presentada por la Dra. Ericka Balderrama Pérez Jefa de la Unidad de Recursos Jerárquicos el SIREFI, designando a la Dra. Patricia Mirabal Fanola Jefa de la Unidad del Sistema de Reparto para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas a la Dra. Balderrama en la tramitación del Proceso Recursivo hasta su conclusión.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 10 de mayo de 2011 se amplía el plazo hasta un máximo de noventa (90) días hábiles administrativos, para resolver el Recurso Jerárquico interpuesto.

Que, en fecha 05 de abril y 30 de mayo de 2011 se recibieron las Exposiciones Orales de Fundamentos de la abogada apoderada del recurrente Roger Ramírez Calle la Dra. Doris Conde Ordoñez y la señora Ana María Choque en su condición de legitima Tercera Interesada respectivamente.

CONSIDERANDO:

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

1. MEMORIAL PRESENTADO POR ROGER RAMIREZ CALLE.-

Mediante memorial de fecha 03 de noviembre de 2010 Roger Ramírez Calle presentado ante la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones acompaña nueva prueba a la denuncia presentada en contra Ana María Choque Villca por la cual ésta no tiene derecho a la pensión otorgada, acompañando Sentencia del Juzgado Primero de Partido en lo Civil por la cual se dispone excluir del casillero del certificado de defunción de Jaime Ramírez Solares la figura de "esposa" con relación al difunto, debiendo la Dirección de registro Civil Sala Murillo dar cumplimiento a tal disposición; haciendo también mención a la perdida de condición del estado civil de "viuda" de la derechohabiente tanto en el certificad de defunción, de matrimonio y el carnet de identidad.

2. NOTA AP/DJ/DPC/3319/2010 DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2010

La ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante nota AP/DJ/DPC/3319/2010 de 12 de noviembre de 2010 responde a la solicitud del impetrante de acurdo a lo siguiente:

> *"Mediante la presente acusamos recibo del memorial de referencia, por el cual se hace conocer a esta Autoridad que la señora Ana María Choque Villca continuaría utilizando el apellido de Ramírez cuando existe una resolución que establece la nulidad de matrimonio con el señor Jaime Ramírez Solares, perdiendo por tanto la calidad de viuda; asimismo señala que se le estaría otorgando una pensión cuando la misma no le corresponde por el motivo señalado precedentemente; concluye indicando que no existiría cosa juzgada en materia administrativa.*
>
> *Al respecto, es importante recordar a usted que lo resuelto por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, se encuentra firme en sede administrativa para todos los efectos legales que correspondan, conforme prevé el artículo 60 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.*
>
> *Por consiguiente, la existencia de un pronunciamiento administrativo de carácter final, emergente de la dilucidación y los antecedentes del caso, es obligatorio para el ente regulador y los regulados, al tener éste las características de ser definitivo, inalterable e irrevisable; conforme la línea jurisprudencial determinada por el Tribunal Constitucional expresada en la Sentencia Constitucional 1173/2003-R de 19 de agosto de 2003, no existiendo posibilidad de revisión por el ente regulador."*

3. SOLICITUD DE RESOLUCIÓN EXPRESA Y EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 293-2010 DE 08 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Como consecuencia de la carta de respuesta realizada por la autoridad administrativa, Roger Ramírez Calle mediante nota con fecha de recepción de 24 de noviembre solicita que la citada correspondencia de respuesta a su solicitud sea puesta en Resolución expresa, por lo que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 293-2010 de 08 de diciembre de 2010 la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resuelve lo siguiente:

> ***"RESUELVE**:*
>
> ***ÚNICO.-** Esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones-AP se pronuncia rechazando los argumentos planteados por el señor Roger Ramírez Calle, al no advertir un escenario legal contrario al que evidencia la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, la cual es definitiva en sede administrativa."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 29 de octubre de 2010, Doris Conde Ordoñez en representación legal de *Roger*

Ramírez Calle, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC Nº 293/2010 de 08 de diciembre de 2010 con los siguientes argumentos:

*Antes de exponer el recurso de revocatoria se les hace conocer que tienen la obligación de fundamentar sus decisiones y no ampararse en SENTENCIA CONSTITUCIONAL que **no** da línea jurisprudencial al Decreto Reglamentario Nº 27175 de la AP, y utilizan otra sentencia constitucional que da línea jurisprudencial al 'ESTATUTO DEL FUNCIONARIO PUBLICO' como lo es la Sentencia Constitucional Nº 1173/2003-R de 19 de agosto de 2003, de su lectura se puede verificar que da calidad de cosa-juzgada con relacione c las resoluciones que determinan derechos a los **'funcionarios públicos'**, no a las personas particulares que reclaman el inicio de proceso administrativo, aspecto que ha sido negado en forma sistemática por la AP. No consideran que se tienen que aplicar el Art. 2 del D.S Nº27175 que determina: **'… aplicaran los procedimientos y recursos administrativos establecidos en el presente Reglamentaren el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y de acuerdo a la normativa sectorial aplicable…'** al pretender aplicar una Sentencia Constitucional del Estatuto del Funcionario Público, se está errando de derecho la aplicación de línea jurisprudencial (sic), la norma señala el - camino legal que se tiene que seguir, no han fundamentado su resolución sobre sentencias constitucionales que den calidad de cosa juzgada a sus resoluciones administrativas, una cosa muy distinta es el administrador del estado y otro los particulares que piden revisión de actos de la administración, en su caso '**tienen una norma que regula sus actos administrativos'**, que de ninguna manera les faculta que tienen calidad de jueces y menos irse en contra de fallos jurisdiccionales que tienen calidad de cosa juzgada.*

I.BASE LEGAL PARA LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA

a) Por Ley Nº234l de 23 de abril de 2002, se ordena al poder ejecutivo proceda al análisis y presentación de proyectos reglamentarios respectivos para cada sistema de organización administrativa señalados en su artículo 2, en cuyo parágrafo i, inciso a) se encuentra comprendida el sistema de regulación financiera - SIREFI.

b) Por Ley Nº 2427 de 28 de Noviembre de 2002, (Ley del Bonosol). se crea la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, como órgano autárquico y persona jurídica de derecho público con jurisdicción nacional debiendo regir el SIREFI. que queda integrado por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, y la Superintendencia de Pensiones. Valores y Seguros.

c) El Decreto Supremo Nº27175 de 15 de septiembre de 2003, tiene por objeto reglamentar la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, (Actual AP).

d) El Artículo 1.- (Objeto), del D.S. Nº27175, tiene por objeto establecer las normas generales aplicables a los procedimientos administrativos en el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI (AP), así como el Procedimiento Administrativo para lo interposición de recursos administrativos, de acuerdo a la Ley 2341 de 23

de abril de 2002 Ley de Procedimiento Administrativo (sic).

e) *El Art. 2 (Procedimientos y Recursos Administrativos) del D.S. Nº 27175, determina que las Superintendencias del SIREFI (Actual AP) en relación a sus funciones y atribuciones, regula, controla y supervisa las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguros Social Obligatorio a Largo Plazo, Bancos y Entidades Financieras, Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, Mercado de Valores y Empresas* ***aplicaran los procedimientos y recursos administrativos establecidos en el presente Reglamento en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y de acuerdo a la normativa sectorial aplicable****.*

f) *El Art. 3.- (Ámbito de Aplicación) del D.S. 27175, señala que las normas del presente Reglamento, se aplicarán por las Superintendencias del SIREFI (Actual AP)* ***en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección de los usuarios****, y en los tramites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquico.*

II. LEGITIMACION

En calidad de hijo de JAIME RAMIREZ SOLARES mi representado, legitima su participación en el proceso administrativo en aplicación del artículo 15.- (Personas Interesadas y Legitimación), del D.S. Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que determina que toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la superintendencia Sectorial del SIREFI (AP), solicitando la realización de un procedimiento administrativo para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos. ***Se considere que se quiere dejar sin efecto la renta de viudedad de ANA MARIA CHOQUE al haberse presentado 'nuevas pruebas' las mismas acreditan que ANA MARIA CHOQUE no tiene calidad de viuda, PRUEBA que constan de resoluciones ejecutoriadas con calidad de cosa juzgada, sin embargo contra todo criterio legal no se ha considerado toda esta prueba aportada,*** *todas las acciones legales realizadas en contra de ANA MARIA CHOQUE han sido emitidas a favor de mi familia, esta pruebas ha (sic) sido presentadas ante su autoridad en copia legalizada, en aplicación del artículo 1311 del C.C., lamentablemente no señalan porque no soma consideradas cada una de ellas.*

III, AGRAVIOS DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA Nº AP/DJ/DPC Nº (sic) 293-2010 de 8 de diciembre de 2010

En representación de Roger Ramírez Calle parte del grupo familiar de JAIME RAMIREZ solicito la revocatoria de la ***RESOLUCION ADMINISTRATIVA Nº (sic) AP/DJ/DPC Nº 293-2010****, bajo el siguiente fundamento:*

a) *Se enuncia los principios de la seguridad social de: universalidad, integridad, solidaridad, unidad de gestión económica, oportunidad interculturalidad y eficacia, de la CPE., ¿¿ SIN FUNDAMENTAR PORQUE LOS UTILIZAN EN LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA??*

b) *Señalan que la norma que le otorga facultades a la AP es el D.S. Nº 0071, esta norma no determina que tienen facultad para ir en contra de sentencia (sic) jurisdiccionales que tienen calidad de cosa juzgada, como se han atribuido de manera incorrecta.*

c) *Señalan que se tiene tramite de pensión de muerte del afiliado JAIME RAMIREZ SOLARES, en el cual la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, llevo adelante un proceso administrativo sobre la procedencia de acreditación de la Sra. Ana María Choque Villca como derechohabiente (cónyuge supérstite) que ha concluido con su instancia administrativa, con la emisión de la resolución jerárquica ASG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, que determina otorga (sic) la pensión de viudedad a ANA MARIA CHOQUE VILLCA, sin considerar que se tiene nuevas pruebas que no han sido valoradas, las cuales determinan que a ANA MARÍA CHOQUE no le corresponde ser considerada viuda de Jaime Ramírez, en esta parte no se entiende el criterio legal fundan(sic) tal razonamiento jurídico, este es el punto que queremos que explique la AP. Tienen que considerar que son una institución pública no abogados defensores de la parte que no se ha burlado de su institución.*

d) *Señalan que mi representado Roger Ramírez Calle, hijo del afiliado fallecido y parte del segundo grupo familiar dentro del trámite de pensión de muerte de afiliado fallecido Jaime Ramírez Solares, ha solicitado la suspensión de la pensión que se le otorga a la señora ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, alegando la existencia de hechos ilícitos, así como cuestionando el "estado civil" de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, porque existía otra viuda a la muerte de Jaime Ramírez y existen nuevas pruebas, en esta parte se quiere que la AP se pronuncie sobre cada una de las pruebas presentadas y por qué no son consideradas.*

e) *Por nota de fecha 22 de noviembre de 2010, se ha solicitado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, se pronuncie con relación a los reclamos realizados, porque se están convalidando delitos de la anterior gestión al otorgar una renta de viudedad en forma irregular a ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, con relación a este tema se ha denunciado el delito de prevaricato, no se tiene pronunciamiento con relaciona a este delito.*

f) *Señalan que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) pronunciarse sobre los aspectos vertidos por Roger Ramírez, así como de la documentación cursante en el expediente administrativo, como procede a continuación es importante considerar lo que señala el artículo 60 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, que determina lo*

siguiente: Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa, en esta parte no se han pronunciado sobre la totalidad de las pruebas aportadas???. Menos sobre todos los aspectos vertidos???.

g) *La AP señala que bajo el marco legal señalado precedentemente y de los antecedentes, con los que cuenta de la ex Superintendencia del Sistema de Regulación Financiera, mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre, es definitiva en sede administrativa, para todos los efectos legales que correspondan.* ***(Esta resolución no puede considerarse constitutiva de derechos, cuando los mismos se encuentran en discusión en la vía jurisdiccional, la AP no es un juzgado o tribunal, hasta una sentencia en materia penal y civil tienen el recurso extraordinario de revisión, en su caso la Corte Suprema señala que sus resoluciones pueden ser revisada por interés social y la transgresión de derechos)***

h) *Señalan que la "cosa juzgada administrativa" en inimpugnable, irrevocable e irrevisable, porque ha creado derechos adquiridos y no existe vicio alguno que lo haga susceptible de ser revocado, por tanto el ente regulador violentaría la cosa decidida administrativamente cuando resuelve de manera diferente lo ya decidido por actos administrativos definitivos, creadores y declarativos de un derecho.* ***(Doctrinal y jurídicamente no existe 'cosa juzgada administrativa'*** *este* ***es un invento de la AP). ¿¿¿Solicito que nos señalen porque*** *creen que* ***existe cosa juzgada administrativa???.***

i) *Señalan que las decisiones de la ex SIREFI son definitivas, no merecen revisión porque llegan a agotar la vía administrativa, ámbito legal en el cual se desenvuelve esta autoridad, en cumplimiento al inciso II del Art. 60 del D.S. N°27175, aspecto que no es verdad porque la administración pública al ver temas de interés público pueden, REEVER sus decisiones que son embrionarias, tal como señala la Sentencia de Sala Plena 131-A/2009, en esta parte solicito que consideren el artículo 40 del D.S. N°27175.*

j) *Que respalda el criterio adoptado por esta autoridad, cuando luego de la revisión a la documentación que ha venido presentando el Sr. Roger Ramírez Calle, se tiene que la misma ya fue considerada y evaluada por la ex SPVS, para emitir la resolución administrativa SPVS IP N°803 de 28 de julio de 2006, que confirmaría Resolución -Administrativa SPVS.IP N° 708, señalan que no tiene incidencia objetiva y directa en los beneficios que ahora asisten a la señora ANA MARÍA CHOQUE VILLCA como derechohabiente del afiliado fallecido, o que no demuestra una situación contraria a la que evidencia la ex SIREFI para resolver el proceso llevado a cabo en dicha ocasión. En esta parte no se señala porque llegan a esa conclusión en forma legal pasando sobre la documentación presentada. En esta parte deberían considerar la nueva prueba aportada y no señalar que no tiene incidencia, no es posible que no se considere PRUEBAS JURISDICCIONALES.*

k) Finalmente resuelven rechazando todos los argumentos planteados por ROGER RAMÍREZ CALLE, al no advertir, un escenario legal contrario al que evidencia la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 del 23 de octubre de 2006, en esta parte no analizan y rechazan todos los puntos objetados.

IV. FUNDA-MENTACIÓN LEGAL DE LOS AGRAVIOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, ADMINISTRATIVA N° AP/DJ/DPC N°293-2010 DE 8 DE DICIEMBRE DE 2010

Se hace una relación de los agravios de la Resolución Administrativa N° AP/DJ/DPC N°293-2010 de 8 de diciembre de 2010, de acuerdo a los puntos señalados en la primera parte del resumen de agravios:

a) En esta parte se hace referencia a los principios constitucionales en los cuales no fundamentan ¿porque utilizan los principios constitucionales?, en las resoluciones administrativas no solo se debe enunciar la norma, sino que se tiene señalar como subsumen la norma a los hechos.

b) Señalan que la norma que le otorga facultades a la AP es el D.S. N°0071, sin embargo no señalan que parte esa norma, porque la misma hace referencia a varias instituciones, por lo que se infiere que su redacción es muy genérica, de la lectura de la misma se evidencia que no se les faculta a ignorar sentencias que tienen calidad de cosa-juzgada como es la sentencia N° 196/2010 de 26 de agosto de 2010 y el Auto de Vista N°353/08 de 10 de septiembre de 2008 emitido por la Sala Civil Primera, solicito que explique su decisión de irse en contra de fallos jurisdiccionales.

*c) Al señalar la AP que se llevó adelante un proceso administrativo sobre la procedencia de acreditación de la Sra. Ana María Choque Villca como derechohabiente **(cónyuge supérstite)**, en esta parte nuevamente los abogados de la AP, incurren en error de derecho al pretender desconocer **SENTENCIAS, AUTO DE VISTA E INFORMES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE IDENTIFICACIONES,** resoluciones que no reconocen a ANA MARÍA CHOQUE VILLCA como viuda de JAIME RAMÍREZ, la única institución que tiene un criterio **ILEGAL** es la AP, a tal extremo que les hacen cometer delitos que están siendo denunciados ante las instancias correspondientes. Ana María Choque Villca, no puede ser considerada VIUDA, porque a la muerte de Jaime Ramírez existía otra viuda, es por este motivo que se ha anulado su matrimonio y se ha rectificado el certificado de defunción de mi padre, conforme se acredito por la sentencia N°196/2010 de 26 de agosto de 2010, sentencia presentada ante su autoridad, además se ha presentado el Auto de Vista N°353, el mismo señala que ANA MARÍA CHOQUE no puede ser considerada como viuda de Jaime Ramírez, su institución se ha negado pronunciarse existiendo tantas pruebas presentadas, como si ignorar lo evidente salva su responsabilidad, como funcionarios públicos, no puede negar una cosa juzgada que tiene calidad de prueba tasada. Es más la*

Dirección Nacional de Identificaciones ha determinado en forma textual: ***'Se proceda a la renovación de la(sic) CI N°2477546 de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA con el ESTADO CIVIL de SOLTERA, en cumplimiento al decreto de fecha 1 de febrero de 2008 y decreto de fecha 3 de agosto de 2010, asimismo conforme a la Sentencia Judicial N°267/2003 de 18 de septiembre de 2003 de ANULABIUDAD ABSOLUTA DE MATRIMONIO; CERTIFICACO DE Matrimonio ORC N°178, libro n°2-77, Partida N°98, Folio N°49 con fecha de partida 20 de enero de 1980, de Jaime Ramírez Solares y Ana María Choque Villca, con la CANCELACIÓN debida y en atención al AUTO de VISTA Resolución N°353/08 de 10 de septiembre de 2008, emitido por la Sala Civil Primera; Resolución Judicial N°196/2010 de fecha 26 de agosto de 2010, emitido por el Juzgado Primero de Partido en lo Civil y Comercial; Certificado de Defunción de JAIME RAMÍREZ solares (sic) fallecido el 27 de junio de 1999 con la EXCLUSIÓN del dato de ESPOSA y demás antecedentes'.*** *Como se verifica por este informe que presentamos la Srta. Ana María Choque Villca Choque, no puede seguir presentándose como viuda de Jaime Ramírez, este derecho no se le ha reconocido a ANA MARÍA CHOQUE, porque no existe ninguna disposición legal o resolución judicial que tenga calidad de cosa juzgada que le permita* ***ANA*** *MARÍA CHOUE (sic) continuar utilizando el apellido de* ***RAMÍREZ y*** *continuar utilizando el estado civil de viuda y menos se* ***le otorga*** *derechos sobre el patrimonio de JAIME RAMÍREZ SOLARES, que solo le correspondía a Clorinda Guerra, de la lectura de la sentencia de ANULACIÓN DE SU MATRIMONIO, se evidencia que no se otorga ningún derecho a ANA MARÍA CHOQUE, porque su matrimonio ha sido anulado, es más la misma solicita que se le autorice a llevar el apellido de Ramírez, esta prueba también ha sido presentada a su institución, pero al parecer no ha sido leída por sus abogados, ya que no presentan ningún fundamento legal para no analizarlas.* ***EN ESTA PARTE EXPLIQUE PORQUE LA 'AP' CREE QUE ANA MARÍA CHOQUE ES VIUDA de JAIME RAMÍREZ SOLARES.***

d) *EL* ***'estado civil'*** *de la persona es un concepto que se tiene que considerar porque determina las formas de las relaciones de las personas con su entorno social, por tanto se tiene que considerar lo siguiente: La Srta. ANA MARÍA CHOQUE VILLCA al hacerse declararse (sic) heredera, está incurriendo en una serie de irregularidades que están siendo demandadas, sin embargo se tiene que considerar que:*
'El estado civil es un atributo de la personalidad, que es la calidad permanente que tiene una persona en sociedad y que depende principalmente de sus relaciones de familia. La palabra estado deriva del latín status, que designa los atributos necesarios para adquirir la personalidad'.

Siendo el estado civil un atributo de la personalidad está unido a la persona, de ahí que sus características sean:

- ***TODA PERSONA TIENE NECESARIAMENTE UN ESTADO CIVIL.-*** *No puede 'haber personas sin estado civil y así será siempre o casado, o viudo, o soltero, o*

separado, o divorciado, etc. En el caso de la ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, con la anulabilidad de su matrimonio vuelve a su estado civil de soltera, no se la puede considerar viuda, más cuando existía otra viuda que no se había divorciado (Clorinda Guerra).

- ***EL ESTADO CIVIL ES UNO E INDIVISIBLE.-*** *Señala que nadie al mismo tiempo puede ser soltero y casado, mayor o menor de edad, en consecuencia la unidad e indivisibilidad del estado está en relación a su fuente u origen, y no puede haber dos viudas por la muerte de una persona, este vínculo es único e indivisible por causas expresamente determinadas por ley, en el caso de la Srta. ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, la sentencia de anulabilidad de matrimonio no señala que ella puede conservar su calidad de viuda o pueda usurpar la calidad de viuda que le correspondía únicamente a la esposa supérstite, a la muerte del de cujus, CLORINDA GUERRA RODRÍGUEZ.*

- ***EL ESTADO CIVIL ES DE ORDEN PUBLICO.-*** *Quiere decir que es irrenunciable, imprescriptible e intransmisible. Como el estado civil no corresponde al grupo de los derechos personales, no pueden celebrarse actos de ninguna naturaleza que tiendan a renunciar es estado que uno tiene, a prescribir o trasmitir, le es aplicable la regla del artículo 21 del Código Civil, concordante con el artículo 23 de la precitada disposición.*

- ***EL ESTADO CIVIL ES PERMANENTE.-*** *O sea que el estado que una persona tiene, lo mantiene 'permanentemente' en tanto dicho estado no sea cambiando. Así el soltero sigue siendo soltero hasta que se case, y entonces adquiere el estado de casado, que mantiene también 'permanentemente' hasta que enviuda, se separa o se (sic) divorcia, en el presente caso la anulabilidad del matrimonio tiene efectos retroactivos, es como si ANA MARÍA CHOQUE VILLCA nunca se hubiera casado con JAIME RAMÍREZ SOLAREZ, por tanto vuelve a su calidad de soltera.*

- *No se entiende como la AP desconoce esta situación Jurídica de principios básicos de derecho, y soslayan todo nuestros argumentos legales.*

e) Se ha reclamado que se está convalidando delitos ele la anterior gestión al otorgar una renta de viudedad en forma irregular a ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, con relación a este punto se tiene que considerar que se ha cometido de(sic) ***'delito de prevaricato'*** *al reconocer derechos a ANA MARÍA CHOQUE, ignorando toda la interpretación legal de la calidad de las presunciones legales que tiene las sentencias que tienen calidad de cosa juzgada y las propias normas artículo 1106 del C.C., en esta parte se tiene las siguientes transgresiones legales:*

- *Se tiene que considerar que el PATRIMONIO es uno e indivisible, se señala que la vocación hereditaria del cónyuge supone como el principio general, la existencia de un matrimonio válido.* ***'Pero esta regla no es absoluta, la declaración de la nulidad del matrimonio produce la caducidad de la***

vocación sucesoria; sin embargo, cuando el matrimonio declarado nulo después que murió uno de los cónyuges, el sobreviviente de buen fe tiene derecho a la sucesión del premuerto conforme a las cuotas que le corresponde, sin embargo queda excluido de la sucesión, de la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por matrimonio valido en el momento de su fallecimiento. Debemos recordar que siempre el cónyuge verdadero excluye al putativo aunque este hubiera actuado de buena fe; es decir que el matrimonio putativo produce los efectos civiles respecto al esposo de buena fe, pero no a costa de los efectos de un matrimonio legítimo y legal.' (Cita *de Dr. Gonzalo Castellanos de su Libro Derecho Sucesorio), se ha tratado de explicar que la vocación hereditaria la tenía la Sra. Clorinda Guerra, hasta la fecha la AP y antes el SIREFI no entienden que existe una sentencia que tiene calidad de cosa juzgada, que no puede ser desconocida por una resolución Administrativa que va en contra de todo el ordenamiento Jurídico.*

- *El nombre patronímico de familia, se puede considerar como uno o dos apellidos, el primero generalmente corresponde al del padre y el segundo al de la madre, sin embargo es necesario considerar que el apellido según la filiación de las personas se regula: a) Apellido del Hijo, b) Hijos de padre y madre casados, c) el nombre de la mujer casada, del profesional, de la viuda y de la divorciada, en el caso de la Srta. Ana María Choque su matrimonio ha sido anulado por lo tanto es aplicable el artículo 92 del Código de Familia (EFECTOS DEL MATRIMONIO ANULADO), que señala:* ***'El matrimonio anulado produce sin embargo sus efectos, como si hubiera sido valido, hasta que la sentencia de anulación pasa en autoridad de cosa juzgada, si se lo contrajo de buena fe, existiendo solo buena fe uno de los esposos, el matrimonio produce sus efectos únicamente a favor de este'****, concordante este articulo con el artículo (sic) 1106 del Código Civil, sin embargo en esta parte transcribo integra la glosa del Código de Familia de Morales Guillen, con relación a los efectos del matrimonio anulado de la página 235 Art. 92 del C.F:* ***'Los efectos del matrimonio putativo tienen su corolario en materia sucesoria, en cuyo dominio de aplicación, el art. 1106 del C.C. reconoce al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido anulado después de que murió el otro, el derecho de suceder a éste, conforme a las reglas que al efecto da el ordenamiento civil, esta regla no presenta problema alguno en su aplicación, a menos que se presente la excepción del parágrafo 11 del citado art. 1106 del c.c., que excluye a ese cónyuge supérstite de la sucesión, cuando la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por matrimonio válido en el momento de su muerte',*** *de la revisión de la sentencia hasta la ejecutoria del divorcio de Jaime Ramírez con Clorinda Guerra se evidencia que el aún seguía casado a su muerte con la misma, ANA MARÍA*

CHOQUE era la segunda esposa sin derecho por efecto del artículo 1106 del C.C., parágrafo II. La AP con una simple resolución administrativa no puede negar una verdad jurídica que viene como consecuencia de un homicidio.

- *El Art. 1106.- (Sucesión del cónyuge de buena fe en matrimonio putativo) señala: "/.* ***Cuando el matrimonio ha sido declarado nulo después que murió uno de los cónyuges, el sobreviviente de*** *buena fe tiene derecho a la sucesión* ***del premuerto conforme a las disposiciones anteriores. II. El 'cónyuge sobreviviente de buena fe' queda, sin embargo, excluido de la sucesión si la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por patrimonio válido en el momento de su muerte'.*** *El prg. II,(sic) ha de entenderse en el sentido de que la sucesión acordada en el prg.I (sic), tiene lugar siempre y cuando la persona de cuya sucesión se trata no haya estado casada con otra persona diversa de aquella cuyo matrimonio fue anulado. En el caso que nos ocupa se evidencia que ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, no tiene derecho a herencia y al nombre de RAMÍREZ, porque el utilizar el apellido como viuda solo le corresponde a la esposa de JAIME RAMÍREZ que es CLORINDA GUERRA (Hasta la ejecutoria de su sentencia de divorcio del 16 de noviembre de 2010), y no ANA MARÍA CHOQUE VILLCA.*

- *La sentencia de Anulabilidad Absoluta de matrimonio de la Srta. Ana María Choque con mi padre Jaime Ramírez Solares se ejecutorio en fecha 4 de Agosto de 2005, es por este motivo que con justo derecho a mi favor, se ha determinado mediante la DIRECCIÓN NACIONAL DE IDENTIFICACIONES que ANA MARÍA CHOQUE aclare su ESTADO CIVIL antes de otorgarle su carnet de identidad, la misma no quiere aceptar los efectos de la sentencia, que son los determinados por el artículo 92 del Código de Familia, el parágrafo II del Art. 1106 del CC.*

- *Se presentó copia del memorial del proceso de Anulabilidad Absoluta de Matrimonio, en que la(sic) ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, solicita al Juzgado Tercero de Partido en Familia* ***AUTORIZACIÓN PARA UTILIZAR EL APELLIDO DE LA FAMILIA RAMÍREZ, SITUACIÓN QUE FUE NEGADA POR SU AUTORIDAD POR SER IMPROCEDENTE AL ESTAR ANULADO EL MATRIMONIO DE LA DEMANDANTE,*** *esta prueba no ha sido considerada, este memorial se lo considera como confesión de parte.*

- *La SUPERINTENDENCIA GENERAL DEL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA y la AP determina (sic) de manera irregular y se va en contra de un FALLO del Juzgado 4ro (sic) de Partido en Familia, desconociendo que la sentencia en materia familiar tiene un tratamiento especial y no como señala la* ***RESOLUCIÓN JERÁRQUICA,*** *al otorgar de manera irregular renta de viudedad a la Srta. ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, quien ha iniciado procesos en contra de mis familiares, por el solo hecho de seguir el proceso por el asesinato de mi padre en contra de ella y de mi medio hermano RODRIGO RAMÍREZ CHOQUE*

(HOMICIDA DE MI PADRE), perjudicando mi calidad de heredero forzoso de mi representando (sic) cuyo padre es JAIME RAMÍREZ SOLARES.

f) *Señalan que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) pronunciarse sobre los aspectos vertidos por Roger Ramírez, así como de la documentación cursante en el expediente administrativo, como procede a continuación es importante considerar lo que señala el artículo 60 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, que determina lo siguiente: Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa, con relación a esta afirmación se tiene los siguientes inconsistencias legales que no ha considerado la AP:*

   – *Es controversial cual la AP señala que se tiene que pronunciar sobre todos los aspectos vertidos, así como de la documentación cursante, CUANDO NO SE HA PRONUNCIADO CON FUNDAMENTO LEGAL SOBRE TODOS LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS, que son la sentencia de anulabilidad de matrimonio de Ana María Choque que se constituye en una presunción legal, Sentencia de rectificación del certificado de defunción de Jaime Ramírez Solares en el que se ha excluido la relación a ANA MARÍA CHOQUE con JAIME RAMÍREZ SOLARES sentencia que tiene calidad de cosa juzgada asimismo se ha acompañado el certificado de defunción en que ya no consta la relación de ANA MARÍA CHOQUE como esposa, no se entiende que prueba más se tiene que presentar, tampoco se han pronunciado, sobre el Auto de Vista N° 353/ 08 de 10 de septiembre de 2008, emitido por las Sala Civil Primera que anula obrados de (sic) bajo e (sic) fundamento que el matrimonio de ANA MARÍA CHQUE VILLCA con JAIME RAMÍREZ ya fue anulado, con anterioridad por consiguiente ya no corresponde que ANA MARÍA CHOQUE añada a su nombre y apellido 'VIUDA DE RAMÍREZ', tampoco se han pronunciado sobre los informes de la Dirección Nacional de Identificaciones, solicitudes de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA rechazadas por los juzgados y tribunales.*

   – *No se ha considerado que no existe ninguna resolución jurisdiccional y/norma (sic) que le permita a ANA MARÍA CHOQUE ser considerada viuda solo su institución se agarra de fundamentos que no se comprenden, y admiten un derecho que no existe en favor de ANA MARIA CHOQUE VILLCA.*

g) *La AP señala que tiene el marco legal de la ex Superintendencia del Sistema de Regulación Financiera, dada mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, es decir que nuevamente sin considerar lo que significa los efectos de la cosa juzgada de la sentencia de anulabilidad del matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE y JAIME RAMÍREZ SOLARES y las nuevas pruebas, que van en contra del ordenamiento legal señaladas en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006 que son las siguientes:*

   – *En el punto 1.1 se hace una relación del matrimonio de Clorinda Guerra y Jaime Ramírez Solares, en el mismo se señala que la sentencia de divorcio fue elevada*

en revisión ante la Sala Primera de Corte Superior de Justicia, la cual mediante Resolución N°241/80 de fecha 9 de junio de 198(sic) la que declaro su APROBACIÓN, ANA MARÍA CHOQUE VILLCA se casó el 20 de enero de 1980, es decir que se casó cuando la sentencia de divorcio aún no había sido REVISADA ni APROBADA por la Corte Superior de Distrito de La Paz, todo en cumplimiento D.L. N°14849, todas las sentencias de divorcio tenían que ser elevadas en REVISIÓN en aplicación del artículo 397 (CONTENIDO Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA) que señala: ***'La sentencia que declara de divorcio o la separación de los esposos proveerá en los que corresponda a los puntos previstos por los artículo 142 y 148 y dispondrá la separación definitiva de los bienes. Se elevara en revisión de oficio, ante la Corte Superior, sin perjuicio de apelación, y se la comunicara al oficial de registro civil cuando quede ejecutoriada'.*** *De manera irresponsable la Resolución Jerárquica del SIREFI aplica el artículo 515 del C.P.C, sin considerar que esta norma es aplicable solo de manera supletoria no es de aplicación obligatoria en materia familiar, antes de hacer una absurda relación jurídica, deberían haber leído (DE LA COMPETENCIA Y EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN FAMILIAR) y Art.369 (NULIDAD) del Código de Familia, concordante con el Art.383 (APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMEINTO CIVIL) del mismo código, que señala:* ***'Las disposiciones del C.P.C se aplicaran a los asuntos de la jurisdicción familiar en todo lo que no opongan a la reglas particulares que rigen los procesos ordinarios y sumarios así como los procedimientos voluntarios y especiales, establecido en el presente código'.*** *No es posible que abogados de la ex Superintendencia no hayan considerado esta normativa legal que ustedes quieren aplicar, al parecer la ex SIREFI* ***NO CONOCÍA NORMAS FAMILIARES,*** *que señala que era obligación del cualquier juez en materia familiar antes de la Ley N°996 de 4 de abril de 1988, enviar la sentencias de divorcio en REVISIÓN para que se ejecutoríen, aun cuando las partes no la hubieran apelado, esta lógica jurídica se debía a que la familia tiene protección del estado, y era una medida para que no exista colusión entre los esposos para su divorcio, esta revisión de la sentencia fue derogada el 4 de abril de 1988, por lo que la sentencia de DIVORCIO de JAIME RAMÍREZ SOLARES y CLORINDA GUERRA antes de su ejecutoria fue enviada en revisión, ANA MARÍA CHOQUE se casó el 20 de enero de 1980 y la APROBACIÓN DE LA SENTENCIA DE LOS ESPOSOS JAIME RAMÍREZ y CLORINDA GUERRA fue aprobado en fecha 9 de junio de 1980, es decir se (sic) la sentencia se revisó cinco meses después que ANA MARÍA CHOQUE se casó por una violación con Jaime Ramírez.*

- *Con una total parcialización las ex autoridades han desconocido todo el ordenamiento en materia familiar que DEBE SER CASTIGADA Y SANCIONADA COMO DELITO DE PREVARICATO, INCUMPLIMIENTO DE DEBERES Y OTROS, lo lamentable es que su actual gestión pese a ser advertida de todas estas irregularidades las pasan por alto, y se adhieren a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006, SIN FUNDAMENTAR NADA, solo señalan que tiene toda la base legal que requieren.*

- *En la página de la Resolución 2, se señala que hay ejecutoria cuando ambas partes consienten expresa o tácitamente la ejecutoria, esta parte se aplican materia* ***CIVIL*** *no en materia FAMILIAR como deberían, porque en materia familiar antes de la Ley N°996 se aplicaba el D.L. N° 14849, las sentencias en materia familiar tenían que ser elevadas en REVISIÓN en aplicación del artículo 397 (CONTENIDO Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA),* ***¿¿¿Cómo no van entender este aspecto legal????.***

- *En la página 3 hace referencia a que el divorcio de JAIME RAMÍREZ con CLORINDA GUERRA se ejecutorio en fecha 30 de mayo de 1979,* ***"IGNORANDO"*** *que se tiene sentencia de anulabilidad de matrimonio ejecutoriada en fecha 5 de agosto de 2005, la causa de la anulación ha sido la falta de estado de JAIME RAMÍREZ SOLARES (Art. 45 C.F), esta sentencia tiene calidad de cosa juzgada en aplicación del Art. 1451.- (Cosa juzgada) del C.C, que señala:* ***'Lo dispuesto por la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada causa estado a todos ¡os efectos entre las partes, sus herederos y causahabientes'****, Art. 1534.- (Fuerza probatoria) se* ***señala: 'I. Las partidas asentadas en los registros del estado civil así como las copias otorgadas por la Dirección General de Registros Públicos hacen fe sobre actos que constan en ellas. II. Las indicaciones o menciones extrañas al acto objeto de la inscripción no tiene validez'.***

- *No se ha considerado el Art. 1537.- (Modificaciones, rectificaciones y adiciones) determina:* ***'I. Es absolutamente prohibido modificar, rectificar o adicionar una partida asentada en los registros. II. Las modificaciones, rectificaciones o adiciones sólo pueden hacerse en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. III. Esta última regla rige para la reposición de una partida extraviada o destruida',*** *ANA MARÍA CHOQUE presentaba en todo sus actos jurídicos el certificado de defunción de JAIME RAMÍREZ en el que constaba como viuda no presentaba el certificado de matrimonio por estar anulado, es por ese motivo que se inició proceso de RECTIFICACIÓN del certificado de defunción de JAIME RAMÍREZ, habiéndose concluido este proceso, es por ese motivo que ANA MARÍA CHOQUE no puede adicionar a su apellido el apellido RAMÍREZ, todo en cumplimiento a la* ***RECTIFICACIÓN*** *(Sentencia N° 196/08 de 26 de agosto de 2010 prueba presentada) sentencia por la cual se la excluye ANA MARÍA CHOQUE como esposa de JAIME RAMÍREZ, esta prueba tiene calidad de cosa juzgada y es una presunción legal que no ha sido considerada es toda su extensión legal. Solo señalan que no tiene ninguna* ***¿¿incidencia objetiva directa 'envíos beneficios que ahora le asisten a la Sra. Ana María Choque Villca???,*** *¿¿¿Cómo su institución puede expresar esa ABERRACIÓN LEGAL DE DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO, esta RECTIFICACIÓN legal con sentencia que tiene calidad de cosa juzgada, pese a ser NUEVA PRUEBA no ha sido considerada para dejar sin efecto una resolución administrativa que le otorga renta de viudedad a ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, esta sentencia ha sido sustentada por el Auto de Vista N°353/2008 de la Sala Civil Primera que tampoco ha sido considerada, menos enervada.*

h) *Señalan que:* ***'La cosa juzgada administrativa en inimpugnable, irrevocable e irrevisable, porque ha creado derechos adquiridos y no existe vicio alguno que lo haga susceptible de ser revocado'****, en esta parte se tiene que considerar que '****no existe'** *COSA JUZGADA EN MATERIA ADMINISTRATIVA, esta aseveración se la tiene en aplicación a la sentencia de Sala Plena N°131-A de 17 de abril de 2009, por tanto la aplicación de este articulo ha sido evaluada(sic) por un alto tribunal este aspecto nuevamente no ha sido considerado, más CUANDO HAY NUEVAS PRUEBAS APORTADAS PARA HACER VALER MIS DERECHOS DE DERECHOHABIENTE, por tanto el articulo 60 D.S.27127, solo es válido mientras no existan nuevas pruebas, su institución no es una instancia jurisdiccional que determina derechos, solo es una institución que declara derechos mientras existan documentos que acrediten ese derecho, en el caso de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, se han presentado muevas pruebas que acreditan que ella no puede ser considerada como viuda, estas pruebas no han sido consideradas por su institución, el motivo se desconoce.*

i) *Señalan que:* ***'...las decisiones de la ex SIREFI definitivas, no merecen revisión porque llegan a agotar la vía administrativa, ámbito legal en el cual se desenvuelve esta autoridad, en cumplimiento al inciso 11 del Art. 60 del D.S. N°27175'****, con relación a este aspecto reiteramos que se tiene la Sentencia N°131-A de 17 de abril de 2009 y además se tiene todas las pruebas legales que determinan que ANA MARÍA CHOQUE no puede ser considerada como viuda de JAIME RAMÍREZ por toda la prueba presentada se ha evidenciado que la viuda a la muerte de Jaime Ramírez a su muerte era Clorinda Guerra, NO Ana María Choque.*

j) *Señalan que todas las pruebas han sido valoradas, la pregunta es cómo?? y cuándo?? y porque no han sido nombradas en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°293-2010???. SOLICITO QUE SE FUNDAMENTE PORQUE NO HAN SIDO CONSIDERADAS, con subsunción de la norma a los hechos denunciados.*

FUNDAMENTO CONCEPTUAL DE LA SOLICITUD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Al parecer los abogados de la AP pareciera que ignoran conceptos básicos que regulan la actividad jurídica con relación a la calidad de derechohabientes, cosa juzgada formal administrativa, anulabilidad de matrimonio con sus efectos, rectificación de partida de nacimiento, estado civil derecho al nombre, identidad de las personas con relación al D.S. 22766, delito de prevaricato, control social jurisprudencia del (sic) Corte Suprema de Justicia, Sentencias Constitucionales.
Se tiene que realizar una breve explicación doctrinal de estos conceptos básicos que al parecer no son entendidos o se pretende no entenderlos.

a) ***Derechohabiente,*** *de acuerdo a la Ley de Pensiones son: De orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, mientras no contraiga nuevo matrimonio o sostenga relación de convivencia, y los hijos del afiliado, estos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta lo dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta los veinticinco (25) de edad o los que sean declarados*

inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad mientras vivan estas personas son derechohabientes en forma forzosa.

Con relación a este punto se tiene que considerar quien es la esposa supérstite a muerte del cónyuge, en este aspecto se considera a esposa que no se ha divorciado al momento de la muerte, en este caso es CLORINDA GUERRA RODRÍGUEZ, esto es señalado por sentencia que ha adquirido calidad de cosa juzgada.

b) *Se considera cosa juzgada administrativa lo que se determina en la Sentencia de Sala Plena 131 - A/2009, que señala que en la 'cosa juzgada', debe tenerse presente que el concepto de autoridad de la cosa juzgada, en general, es materia propia del ordenamiento procesal en el sistema judicial pues es ésta la jurisdicción que tiene atribuida la competencia en materia contencioso administrativa. El fundamento de la cosa juzgada radica en que no existe razón para ocuparse de nuevo de una pretensión ya satisfecha, no corresponde alegar la existencia de cosa juzgada cuando la sentencia admite la interposición de un recurso cuyo objeto es precisamente su impugnación y el nuevo examen de la pretensión, en tanto exista la posibilidad de un recurso o revisión de una sentencia 'se está juzgando todavía la procedencia de una pretensión', conforme expresa el tratadista Rafael Bielsa en su obra 'Principios de Derecho Administrativo', la expresión 'cosa juzgada' suele emplearse en la administración pública erróneamente y eso ocurre cuando se atribuye tal carácter a cualquier resolución dictada a petición de parte o por denuncia (...). El acto administrativo -continúa el autor citado-, no implica reconocer autoridad de cosa juzgada; se trata del carácter jurídico del acto y del interés público que protege; en suma, es una limitación impuesta a la revocabilidad del acto o una autolimitación de la potestad o autoridad que tiene el órgano administrativo, pues, la administración pública, en razón de que toda su actividad y fin de ella, es la realización del interés público, puede rever sus decisiones, aunque se hubieren dictado en forma embrionaria de juicio como es el caso de un Recurso Jerárquico.*

c) *Anulabilidad de matrimonio con sus efectos, se tiene este concepto conforme señala el libro del Dr. Félix Paz (Pg. 280 y 281):* ***'La anulación del matrimonio proviene de una sentencia declarativa pronunciada por una autoridad jurisdiccional competente es decir el Juez de Partido en Familia, que vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulados, proyecta sus efectos con carácter retroactivo al día en que se constituyó el acto jurídico, esto en forma similar como ocurre en materia civil. Siendo más precisos, en el régimen matrimonial el efecto de la sentencia de anulabilidad tiene la virtud de dejar sin eficacia el vínculo jurídico, con carácter retroactivo al día de su celebración basado en el impedimento dirimente o el vicio de provoca la anulación de la cual emergen varios efectos".***

FUNDAMENTO LEGAL NO CONSIDERADO POR LA AP, QUE SOLICITAMOS QUE CONSIDEREN AL MOMENTO DE EMITIR EL RECURSO REVOCATORIA,

a) *En fecha 9 de octubre de 1996 en el Distrito Judicial N° 11, por el Condado DADE, Florida DIVISIÓN FAMILIA, con el N° CASO 96-22179 FC 39, se emite sentencia final de disolución de MATRIMONIO de JAIME RAMÍREZ con ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, que determina que a partir del 9 de octubre de 1996 ANA MARÍA CHOQUE VILLCA no se la puede considerada como esposa de JAIME RAMÍREZ SOLARES. Pese que a que ya no gozaba del Estado Civil de esposa, vuelve de Estado Unidos el año 1997, y, supuestamente comienza nuevamente a convivir con JAIME RAMÍREZ SOLARES, esta sentencia ejecutoriada EEUU, no fue homologada ante la Corte Suprema de Justicia, sin ser esposa y menos declara que se ha divorciado de JAIME RAMÍREZ solicita renta a la AP. (Primer antecedente de la mala fe de Ana María Choque sabe que está divorciada y continua con su Imagen de viuda), prueba presentada el año 2006.*

b) *En fecha 27 de junio de 1.999 en el inmueble de la zona de Achumani, calle 30 N° 19-A, de propiedad de Jaime Ramírez Solares, perdió la vida mi padre, la causa de su muerte fue por un Traumatismo Encéfalo Craneal, siendo el autor de su muerte Rodrigo Ramírez Choque (Hijo de Ana María Choque Villca la supuesta viuda), este homicidio fue ocultado por Ana María Choque Villca, ya que ambos mienten a la Policía señalando que mi padre se habría suicidado, sin embargo por las investigaciones realizadas se determina que JAIME RAMÍREZ FUE MUERTO POR SU HIJO EN PRESENCIA DE LA MADRE, prueba presentada.*

c) *Como consecuencia de la infortunada muerte de mi padre en manos del hijo de Ana María Choque Villca, ella comienza a realizar una serie de maquinaciones para que todos los bienes dejados por JAIME RAMÍREZ SOLARES se que (sic) queden únicamente con ella, quien se hace llamar viuda en todos sus actos, realizadas las averiguaciones se llega a descubrir que JAIME RAMÍREZ SOLARES, nunca se divorció de su primera esposa CLORINDA GUERRA RODRÍGUEZ.*

d) *El matrimonio de los esposos Jaime Ramírez Solares y Clorinda Guerra Gutiérrez fue celebrado en fecha 21 de agosto de 1971, ambos con libertad de estado, de cuyo matrimonio tienen como único descendiente a IGOR JAIME RAMÍREZ GUERRA, ambos deciden divorciarse en aplicación de la causal 131 del Código de Familia, habiéndose dictado sentencia en el Juzgado Cuarto de Partido en Familia mediante Resolución N° 95/79 de 30 de mayo de 1979, sentencia que recién se* ***ejecutoria en fecha 16 de noviembre de 2001,*** *es decir que JAIME RAMÍREZ SOLARES a su muerte seguía casado con CLORINDA GUERRA, en esta parte la Ex Superintendencia no ha considerado que las sentencias en materia familiar por D.L. N°14849, tenían que ser elevadas en REVISIÓN en aplicación del artículo 397 (CONTENIDO Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA) que señala:* ***'La sentencia que declara de divorcio o la separación de los esposos proveerá en los que corresponda a los puntos previstos por los artículo 142 y 148 y dispondrá la separación definitiva de los bienes. Se elevara en revisión de oficio, ante la Corte Superior, sin perjuicio de***

<u>apelación, y se la comunicara al oficial de registro civil cuando quede ejecutoriada'.</u>

e) *Cabe señalar que el artículo 397 en su segunda parte fue modificado por Ley N° 996 que eleva a rango de ley el CÓDIGO DE FAMILIA LEY N° 996 el 4 de abril de 1988, por lo que se colige que durante el divorcio con Clorinda Guerra se aplicaba en forma obligatoria la revisión de sentencias en materia familiar antes de que se declare ejecutoriada la sentencia, no como absurdamente señala la resolución Jerárquica que se aplica el Código de Procedimiento Civil IGNORANDO UNA SENTENCIA QUE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA siendo una verdad jurídica que no admite prueba en contra, si se verifica la fecha de la* ***'<u>Revisión'</u>*** *de la sentencia de divorcio entre Jaime Ramírez Solares y Clorinda Guerra la misma fue realizada en junio de 1980, y el matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA con JAIME RAMÍREZ SOLARES fue realizado en enero de 1980, es decir que ANA MARÍA CHOQUE se casó cinco meses antes de que la Corte Superior REVISARA la sentencia, todo en aplicación del D.L. N°14849, (Art. 397 CONTENIDO Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA) es increíble que una institución tan seria como era el SIREFI actual AP se va en contra de la ley,* ***'IGNORAN LA EXISTENCIA DE LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS'.***

f) *El 20 de enero de 1980 y como consecuencia de una supuesta violación a ANA MARÍA CHOQUE obliga a casarse a mi padre, cuando aún continuaba casado con su primera esposa, por existir estos antecedentes se inicia proceso ordinario de* ***<u>ANULABILIDAD DE MATRIMONIO de JAIME RAMÍREZ SOLARES con ANA MARÍA CHOQUE VILLCA</u>,*** *cuyo fallo determina que Jaime Ramírez Solares no gozaba con Libertad de Estado, para contraer matrimonio con ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, por no cumplir el requisito establecido en el artículo 46 (LIBERTAD DE ESTADO) del Código de Familia, el fallo es emitido en fecha 18 de septiembre de 2003 mediante Resolución N° 267/2003 por el Juzgado Tercero de Partido en Familia, que declara PROBADA la demanda de ANULABILIDAD ABSOLUTA DE MATRIMONIO de JAIME RAMÍREZ SOLARES Y ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, en consecuencia se ANULA EL MATRIMONIO CIVIL efectuado entre los mismos realizado en fecha 20 de enero de 1980, por ante la Oficialía del Registro Civil N° 178 de esta ciudad y registrado bajo la partida N° 98 del libro N° 2-77, sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada por Auto de Vista de fecha 4 de agosto de 2005, por tanto la sindicada ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, no tiene ningún derecho sobre el patrimonio de JAIME RAMÍREZ SOLAREZ que comprende: a) derechos, b) bienes y c) acciones; al haberse demostrado que su matrimonio no tenía validez.*

g) *Cuando se emitió la Resolución Jerárquica de Regulación financiera SG SIREFI RJ 74/2006 de 26 de octubre de 2006, pese a que se tenía pruebas suficientes para demostrar que ANA MARÍA CHOQUE VILLCA no tenía derecho a percibir su renta, su institución ha hecho caso omiso de una SENTENCIA EJECUTORIADA QUE SEÑALA QUE ELLA NO PODÍA SER CONSIDERADA COMO ESPOSA. A la fecha ya se tiene nuevas pruebas y fundamentos legales para que su institución pueda asumir defensa y recuperar el dinero indebidamente percibido por la Srta. Ana María Choque Villca.*

h) Que no se considere en la Resolución Jerárquica señala de manera absurda y errar que Jaime Ramírez tenia libertad de estado, porque se tiene que la misma se casó cinco meses antes de la revisión de la sentencia de divorcio de Jaime Ramírez con Clorinda Guerra.

En aplicación del artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que determina que un acto administrativo puede ser suspendido, el mismo procede siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros, y sobre la base de los nuevos elementos legales solicito se considere en el recurso de REVOCATORIA para la suspensión de la renta de viudedad de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, para que se suspenda la ejecución de las resoluciones Administrativas N° SPVS N°803 de 28 de julio de 2006 y SPVS N° 708 de 29 de junio de 2006, mientras se evalúe la situación de ANA MARÍA CHOQUE con la aportación de nuevos elementos que se constituyen en sentencias ejecutoriadas.

JURISPRUDENCIA

Para esta parte se transcribe parte del Auto Supremo N° 131-A de 17 de abril de 2009, del Ministro Dr. Hugo Suarez Calbimonte, '…el acto administrativo -continua el autor citado-, puede también dictarse con carácter definitivo, no revocable ad libittum y tener así estabilidad, pero ello no implica reconocer autoridad de cosa juzgada; ***se trata del carácter jurídico del acto y del interés público que protege, en suma, es una limitación impuesta a la revocabilidad del acto o una autolimitación a la autoridad que tiene el órgano administrativo, pues la administración pública en razón de que toda su actividad y fin de ella, es la realización del interés público, puede rever sus decisiones, aunque se hubieran dictado en forma embrionaria de juicio como es el caso del recurso jerárquico.***

Esta jurisprudencia me ampara, en lo que muchas se ha manifestado es que yo hubiera perdido (sic) continuar con el contencioso administrativo, aspecto que no corresponde porque la Corte Suprema de Justicia señala que NO EXISTE COSA JUZGADA EN MATERIA ADMINISTRATIVA, por tanto al denunciar las irregularidades en otorgar renta a ANA MARÍA CHOQUE, quien se burla de todas las autoridades señalando que ella es viuda."

(…) "PRUEBA PRESENTADA A SU INSTITUCIÓN Y NO CONSIDERADA

A. ***Se presento copia legalizada de la Resolución 420/07 de 16 de octubre de 2007, resolución en la cual el Juez Cuarto de Partido en Familia, señala que no corresponde que ANA MARÍA CHOQUE VILLCA seguir utilizando el apellido de Ramírez al haberse anulado su matrimonio, por lo que vuelve a su estado anterior de soltera,***

B. *La resolución anterior ha sido objeto de apelación, la misma ha sido resuelta por la Sala Civil Primera N°353/2008 de 18 de septiembre del presente año, la misma confirma la resolución N° 420/07 de 16 de octubre, señalado que el matrimonio de Ana María Choque Villca ya fue anulado con anterioridad, por consiguiente ya no correspondía que Ana María Choque añada a su nombre y apellido "Vda. de Ramírez", teniendo presente que el Art. 11 del Código Civil por consiguiente se debe tener presente que en caso de autos el matrimonio ha sido anulado, no hubo desvinculación del matrimonio por demanda de divorcio, por consiguiente no existe convenio de partes, ni autorización del juez, para que pueda seguir utilizando el apellido del esposo.*

C. *Se tiene la RECONVENCIÓN A LA DEMANDA DE NULIDAD DE DECLARATORIA DE HEREDEROS.*

D. *Se tiene el Informe Legal del Asesor Legal de la Dirección Nacional de identificaciones, que determina que la ANA MARÍA CHOQUE VILLCA no puede renovar su carnet de identidad de la Dirección Nacional, que se (sic)*

E. *Se ha iniciado proceso penal en contra de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA a la fecha se encuentra con acusación y tiene imputación con la solicitud de medida cautelar de detención preventiva por el peligro que existe, en el cual se expresan todos los argumentos legales para que la misma sea sancionada por simular su estado civil como viuda de Jaime Ramírez Solares.*

F. *Resolución 353/2008 de 10 de septiembre de 2008, de la Sala Civil Primera, que acompaño al presente memorial, y por qué se prueba que el matrimonio anulado no faculta a Ana María Choque Villca a utilizar el apellido de Ramírez porque su desvinculación matrimonial se debe a nulidad no a un divorcio.*

G. *Copia del memorial de reconvención dentro del proceso de NULIDAD DE DECLARATORIA DE HEREDEROS proceso en el cual ANA MARÍA CHOQUE reconviene solicitando AUTORIZACIÓN PARA SEGUIR UTILIZANDO EL APELLIDO DE FAMILIA.*

H. *Memorial presentado al Juez Tercero de Partido en Familia en el cual ANA MARÍA CHOQUE pide que se le autorice a llevar el nombre de su consorte premuerto, a tal petición el juez de la causa señalo que no corresponde tal situación debido a que a que acabado su competencia.*

I. *Sentencia N° 196/2010 de Juzgado Primero de Partido en lo Civil, sentencia en la cual se RECTIFICA el certificado de defunción de Jaime Ramírez Solares, excluyendo la calidad de viuda de ANA MARÍA CHOQUE.*

J. Informe Nº 103/2010 de la Dirección Nacional de Identificaciones, el cual se determina que no se le puede reconocer calidad de viuda ANA MARIA CHOQUE por tanto se ordena renovar su carnet de identidad como SOLTERA, y no como viuda."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 398/2009 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009.-

La ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 022/2011 de 26 de enero de 2011, resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 293/2010 de 08 de diciembre de 2010, con los siguientes fundamentos:

"…CONSIDERANDO:

Que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP pronunciarse sobre los argumentos vertidos en el Recurso de Revocatoria y documentación cursante en el expediente administrativo, como se procede a continuación:

Que para iniciar la presente fundamentación, se tiene que el artículo 4, bajo el nomen jurís de 'Principios Generales de la Actividad Administrativa', literal d) de la Ley ***N° 2341*** *de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, expresa: 'Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la* ***verdad material en oposición a*** *la verdad formal que rige el* ***procedimiento civil'****; marco normativo concordante con el artículo 5 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, para el sistema financiero.*

Que el precepto legal anterior se ve reflejado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema do Regulación Financiera ***(SIREFI),*** *que con relación al Principio de Verdad Material o Verdad Jurídica Objetiva en el ámbito administrativo, señala lo siguiente:*

'La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.

Entonces, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados.'

Que de lo expuesto anteriormente, se establece que el análisis adoptado por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, en el presente caso de autos, sigue y aplica entre otros Principios Administrativos, el de la Verdad Material, es decir que, investigará para evaluar la Verdad Jurídica Objetiva administrativa, en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

CONSIDERANDO:

Que para esta parte del análisis, corresponde aclarar al interesado que, el primer Considerando de la R.A.293-2010, versa sobre aspectos normativos de carácter general relacionados a los principios constitucionales que rigen la seguridad social en el Estado Plurinacional de Bolivia, así como la competencia administrativa que asiste a esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, en la seguridad social de largo plazo, no haciendo mención ni injerencia alguna al ámbito jurisdiccional, en cuanto a sus determinaciones.

Que el interesado en la impugnación presentada, hace una interpretación sesgada de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, al indicar que otorga derecho a pensión a la señora Ana María Choque Villca, sin considerar que se tiene nuevas pruebas que no han sido valoradas, las que determinarían que la citada señora no le corresponde la pensión. Al respecto, corresponde señalar que la resolución señalada precedentemente, antes de ser emitida necesariamente tuvo que considerar toda la prueba existente hasta antes de su dilucidación, y claro está, no aquella presentada de forma posterior. Por lo tanto, la nueva prueba que señala el interesado no pudo haber sido tomada en cuenta en un proceso culminado, y menos que la misma tenga efectos en la seguridad social, fuera de los ya determinados y sin previo proceso administrativo correspondiente.

Que con relación a los presuntos hechos ilícitos, la R.A.293-2010 ha señalado con meridiana claridad que, al no contarse con el pronunciamiento final de la autoridad competente que determine que la señora Ana María Choque Villca es autora de delitos atribuidos por el Señor Roger Ramírez Calle, se presumiría su inocencia, y para los efectos en la seguridad social de largo plazo, la calidad de Derechohabiente.

Que con respecto al estado civil de la señora Choque Villca y el tratamiento en la seguridad social de largo plazo, esta Autoridad se remite al análisis realizado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, la cual expresa lo siguiente:

'En consecuencia, la Ley y la doctrina le reconocen al cónyuge supérstite putativo los mismos derechos que le corresponderían a un cónyuge casado por matrimonio válido, por lo que la institución de derechohabiente de primer grado al cónyuge o conviviente supérstite que hace la ***Ley de Pensiones, también alcanza a los cónyuges putativos,*** *lógicamente* ***mientras no exista un cónyuge por matrimonio válido que excluya al putativo****, de conformidad al Artículo 1106 del Código Civil.*

Los derechos de todos los hijos de Jaime Ramírez Solares se mantienen incólumes y deben ser respetados de conformidad a las normas y regulaciones aplicables.

IV.5. Conclusiones

De acuerdo a las consideraciones efectuadas, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. *Jaime Ramírez Solares se encontraba casado con Ana María Choque Villca en matrimonio putativo, al memento de su muerte el 27 de junio de 1999.*

2. *El matrimonio de Jaime Ramírez Solares con Ana María Choque Villca fue anulado por sentencia de 13 de septiembre de 2003, es decir después del fallecimiento de Jaime Ramírez Solares.*

3. *El Sr. Ramírez, al momento de su fallecimiento,* ***se encontraba ligado por matrimonio putativo con Ana María Choque Villca y no se encontraba ligado por matrimonio válido con ninguna otra persona****, puesto que su primer matrimonio con Clorinda Guerra fue di suelto cuando la sentencia de divorcio adquirió la calidad de Cosa Juzgada, de conformidad a! Artículo 141 del Código de Familia y fue aprobada por la Corte Superior de Justicia de La Paz el 9 de junio de 1980.*

4. *En la sentencia de anulación del matrimonio, Ana María Choque Villca fue declarada de Buena Fe por la autoridad judicial competente que dictó la sentencia, fallo que adquirió la calidad de Cosa Juzgada con todos los efectos señalados anteriormente, por lo que* ***todos los efectos del matrimonio putativo le favorecen.***

5. *De acuerdo al Artículo 5 de la Ley de Pensiones, son derechohabientes de primer grado el cónyuge o conviviente supérstite y los hijos, por lo que el cónyuge putativo, al gozar de todos los derechos de un cónyuge casado por matrimonio normal,* ***también tiene derecho a ser derechohabiente*** *de los beneficios del Seguro Social Obligatorio.*

POR TANTO:

El Superintendente General a. i. del Sistema de Regulación Financiera, en suplencia legal, designado por Resolución Administrativa No. 015/2006 de 14 de junio de 2006, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVE:

Primero.- *Confirmar la Resolución Administrativa SPVS IP No.803 de 28 de julio de 2006 que confirmó la Resolución Administrativa SPVS IP No. 708/2006 de 29 de junio de 2006, ambas emitidas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.*

Segundo.- Levantar la suspensión *de la ejecución de las Resoluciones señaladas dispuesta por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Auto de 15 de agosto de 2006." (Las negrillas son nuestras)*

Que en virtud a lo transcrito anteriormente, se entiende que el SIREFI a través de la fundamentación realizada y la decisión asumida, ha dejado establecida la situación jurídica en la que se encuentra la señora Choque Villca y los efectos que ésta tiene en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Que asimismo, es necesario hacer notar al señor Ramírez que el SIREFI expresó que, si bien para la normativa de pensiones se consideran también válidos los matrimonios putativos; sin embargo, señala también que esta situación sólo sería vigente mientras no exista un cónyuge por matrimonio válido que excluya al putativo.

Que se recuerda al interesado que el carácter putativo del matrimonio, proviene de la Sentencia de 18 de septiembre de 2003 emitida por el Juez Tercero de Partido de Familia, confirmada por la Corte Superior de Distrito mediante Auto de Vista No. 5 - 052/2005 de 29 de julio de 2005, donde si bien se determina la anulación del matrimonio de Jaime Ramírez Solares y Ana María Choque Villca, se declara la mala fe del cónyuge, por lo que se resuelve salvar los derechos de la señora Choque, al presumirse su Buena Fe al momento de contraer matrimonio, y no demostrarse lo contrario. Por lo expuesto, la Administración Pública considera también para la fundamentación de sus actos, las determinaciones asumidas en sede jurisdiccional.

Que en ese comprendido, mientras no haya el pronunciamiento apropiado al caso, y emitido por autoridad competente que establezca lo contrario a la situación jurídica de la señora Choque, los efectos en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, continúan siendo vigentes.

Con relación a las pruebas presentadas en el presente proceso administrativo con memorial de 01 de noviembre de 2010, corresponde señalar lo siguiente:

- *Certificado de Defunción N° 24489.- De la evaluación de dicho documento se advierte que el mismo es auténtico y tiene la fuerza probatoria respecto a la declaración que contiene y a los hechos de los cuales el funcionario público deja constancia, dando plena fe de la defunción del señor Jaime Ramírez Solares; pero; no respecto a la relación conyugal putativa subsistente con la*

señora Choque Villca (Sentencia de 18 de septiembre de 2003 emitida por el Juez Tercero de Partido de Familia, confirmada por la Corte Superior de Distrito mediante Auto de Vista No. 5 - 052/2005 de 29 de julio de 2005), quién figura en dicho documento como la persona que pidió la inscripción.

En ese entendido, el Certificado de Defunción presentado, acredita el óbito del Afiliado, siendo los efectos que acarrea dicho documento, el sucesorio y, en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo la acreditación de Derechohabientes.

- *Fotocopia legalizada de la Resolución N° 196/2010 de 26 de agosto de 2010 (Sentencia).- Este documento es emergente de un proceso ordinario de Rectificación de Datos en Partida de Defunción, cuyo fallo dispone expresamente que: "se proceda a la EXCLUSIÓN del dato: "ESPOSA" en el casillero correspondiente a relación con el difunto y sea en el certificado de defunción registrado en la O.R.C.N^{0} 2432, Libro N° 1-97, Partida N° 53, Folio N° 72, con fecha de partida 28 de junio de 1999, correspondiente al departamento de La Paz, perteneciente a JAIME RAMÍREZ SOLARES, manteniéndose los demás datos firmes y subsistentes/'. De la evaluación a la señalada documentación, se tiene que por resolución jurisdiccional se ha resuelto solamente la exclusión de un dato en el Certificado de Defunción; pero como se dijo en el punto anterior, no determina expresamente la extinción de la situación jurídica putativa de la señora Choque Villca, por tanto, no puede ser considerado como un documento suficiente para desacreditar a la señora Choque en su calidad de Derechohabiente de Primer Grado.*

Que el análisis precedente viene a ratificar lo señalado en la R.A.293-2010, donde se indicó que se trata de documentación que no tiene incidencia objetiva y directa en los beneficios que actualmente asisten a la señora Ana María Choque Villca, como Derechohabiente del Afiliado Jaime Ramírez Solares, o que muestre una situación diferente a la que evidenció la ex SIREFI, para resolver el proceso llevado a cabo en dicha ocasión.

Que en cuanto al Informe No. 1031/2010 de 14 de octubre de 2010 emitido por Asesoría Legal de la Dirección Nacional de Identificación Personal, el mismo no tiene la naturaleza jurídica suficiente para dejar sin efecto la situación legal en la que se encuentra la señora Choque Villca, al tratarse de un análisis que sólo concluye en sugerencias, las cuales debieran ser puestas en conocimiento de la autoridad competente para su consideración integral. En virtud a lo expuesto, el informe señalado anteriormente no enerva dé ninguna manera lo determinado por la ex SIREFI.

Que el carácter definitivo y el deber de cumplimiento obligatorio de las decisiones emitidas por la ex SIREFI, se funda en lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, normativa en la cual se desenvuelve esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP. Asimismo, la señalada norma establece que, con el pronunciamiento de la entidad jerárquica se agota la vía

administrativa, por tanto se entiende que opera el concepto jurídico de cosa juzgada administrativa.

Que con referencia a las observaciones que señala el interesado respecto al contenido de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, las mismas no merecen mayor análisis por esta Autoridad, al considerarse que se trata de decisiones asumidas en otra instancia administrativa.

Que en lo referente a la parte denominada 'Fundamento legal no considerado por la AP, que solicitamos que consideren al momento de emitir el Recurso de Revocatoria', corresponde señalar que, los argumentos plasmados en esta parte del Recurso de Revocatoria versan sobre hechos y actuaciones que no ven con aspectos propios del caso porque atingen a otra competencia o que ya fueron considerados oportunamente dentro del ámbito administrativo.

Que con relación a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, transcrita por el interesado en el Recurso de Revocatoria, corresponde establecer que luego de su evaluación, dichos precedentes no guardan relación estricta con el presente caso de autos, además de que los mismos no tienen el carácter de ser vinculantes o no pertenecen necesariamente a la esfera administrativa, respecto a los temas tratados en el presente proceso administrativo. Sin perjuicio de lo señalado, como ejemplo, se tiene la Sentencia: 131A/2009, la cual hace mención a un proceso contencioso administrativo, es decir a un trámite que no corresponde a la competencia administrativa propiamente dicha, sino a un asunto de la esfera jurisdiccional.

Que a mayor abundamiento, se hace saber al interesado que en lo referente a los precedentes y su consideración, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2C07, señala lo siguiente:

> *'...un precedente puede ser vinculante en varios sentidos. En primer lugar, puede obligar a todas las autoridades en la medida en que éstos deben decidir los casos futuros de una manera idéntica a como fueron decididos los casos anteriores. Esta modalidad de vinculación es sólo concebible en abstracto y no se presenta ni siquiera en un sistema de derecho común ya que las autoridades al decidir los casos futuros pueden distinguir el nuevo caso del caso anterior y así fallar de manera idéntica a como fue decidido el precedente'*

Que en otra parte del análisis, lo argüido por el interesado en el Recurso de Revocatoria, de que la prueba presentada no habría sido considerada; al respecto corresponde señalar que, la misma fue evaluada debidamente, no encontrando aspectos trascendentales que cambien la situación jurídica de la señora Choque Villca, en cuanto al carácter putativo, así como que la decisión judicial que le otorga esta condición sea modificada o rectificada expresamente por otra de jerarquía similar.

*Que finalmente, dentro del Recurso Revocatoria interpuesto, en la parte de Legitimación, la apoderada del señor Roger Fernando Ramírez Calle, como interesado dentro del presente proceso administrativo, expresa lo siguiente: '... **Se quiere dejar sin efecto la renta de viudedad de ANA MARÍA CHOQUE al haberse presentado 'nuevas pruebas', las mismas que acredita que ANA MARÍA CHOQUE no tiene calidad de viuda, PRUEBA que constan de resoluciones ejecutoriadas con calidad de cosa juzgada, sin embargo contra todo criterio legal no se ha considerado toda esta nueva prueba aportada,...".** De lo expuesto precedentemente, se tiene claro que la (pretensión del señor Ramírez, no es atendible en razón de que hasta el presente, no se han presentado suficientes elementos legales de convicción que permitan concluir que la situación jurídica de la Derechohabiente señora Ana María Choque Villca, haya sido modificada.*

Que en virtud a los fundamentos desarrollados anteriormente y evaluada la documentación que cursa en el presente proceso administrativo sancionatorio, corresponde ratificar la R.A.293-2010.

CONSIDERANDO:

Que en cuanto a la solicitud de suspensión de la pensión a la señora Ana María Choque Villca, corresponde señalar al interesado que la Disposición Segunda de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, levantó la suspensión; por lo que advirtiendo la instrucción expresa de la SIREFI y por la falta de motivos suficientes de orden legal como probatorio, se consolida la misma.

Que las Resoluciones Administrativas, una vez notificadas, gozan de legalidad, fuerza ejecutiva y deben ejecutarse, por lo que la prestación consolidada hasta el presente de la señora Choque, no puede ser afectada, por la interposición de recursos.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la señora Doris Cinthya Conde Ordoñez apoderada legal del señor Roger Fernando Ramírez Calle, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A.293-2010. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica '. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…'."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 14 de diciembre de 2011, Doris Conde Ordoñez, apoderada legal de Roger Ramírez Calle, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 022/2011 de 26 de enero de 2011, expresando lo siguiente:

"…CON EL PRESENTE RECURSO SE ESTA RECLAMANDO QUE SE SOLUCIONE UNA INJUSTICIA COMETIDA POR LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES DE BOLIVIA, AL NO CORREGIR ERRORES EN LA OTORGACION DE LA RENTA DE VIUDAD A LA SEGUNDA ESPOSA DE MI PADRE (ANA MARÍA CHOQUE VILLCA), SIN CONSIDERAR QUE MI PADRE NO ESTABA DIVORCIADO DE SU PRIMERA ESPOSA (CLORINDA GUERRA), COMO ES DE CONOCIMIENTO GENERAL AL EXISTIR DOS ESPOSAS, LA PRIMERA ESPOSA ANULA LA CALIDAD DE ESPOSA DE LA SEGUNDA, Y TODOS LOS DERECHOS LE CORRESPONDE A LA PRIMERA ESPOSA, ESTO ES LO QUE SE RECLAMA CON EL PRESENTE RECURSO JERÁRQUICO.

I. ANTECEDENTES QUE PROMUEVEN EL RECURSO JERÁRQUICO

Desde hace varios años la Srta. ANA MARÍA CHOQUE VILLCA ***no quiere entender*** *que al anularse su matrimonio con mi padre JAIME RAMÍREZ SOLARES, ella no puede ser considerada* ***VIUDA DE JAIME RAMÍREZ Y MENOS TENER DERECHOS DE ESPOSA, PORQUE LOS MISMOS LE CORRESPONDEN A LA PRIMERA ESPOSA DE JAIME RAMÍREZ (CLORINDA GUERRA),*** *porque Jaime Ramírez (+) no contaba con libertad de estado (Art. 46 del C.F.) al momento de casarse con ANA MARÍA CHOQUE, es por ese motivo que se anuló el matrimonio RAMÍREZ - CHOQUE:*

a) *Mi padre el día de muerte aún se encontraba casado con su primera esposa (Clorinda Guerra) de quien no se divorció hasta el día de su muerte.*

b) *Mi padre fue muerto en fecha 27 de junio de 1.999, en el inmueble de la zona de Achumani Calle 30 N° 19-A, por un disparo con arma, el autor de este hecho de sangre fue* ***Rodrigo Ramírez Choque,*** *(Su hijo con Ana María Choque Villca), hecho realizado en presencia de Ana María Choque Villca, quién miente en sus declaraciones señalando que fue un suicidio, cuando en realidad es su hijo quien lo mato, a la fecha se tiene una sentencia condenatoria en contra de Rodrigo Ramírez Choque.*

c) *En el transcurso de las investigaciones policiales del proceso penal que se les inicio por la muerte de Jaime Ramírez, se evidencio que nuestro padre* ***nunca se divorció de su primera esposa (CLORINDA GUERRA),*** *para probar esta aseveración de (sic) presento testimonio de la nulidad del matrimonio JAIME RAMÍREZ con ANA MARÍA CHOQUE VILICA a la AP, con lo que se demuestra que la esposa supérstite a la muerte de JAIME RAMÍREZ SOLARES era CLORINDA GUERRA RODRÍGUEZ, sin ser esposa supérstite ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, la ex Superintendencia de Pensiones y actual AP otorga renta de viudedad en favor de ANA MARÍA*

*CHOQUE **'segunda esposa' (ANA MARÍA CHOQUE)**, no a la primera esposa (Clorinda Guerra) como era lo correcto.*

II ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS LEGALES DE LA NULABILIDAD DEL MATRIMONIO DE ANA MARÍA CHOQUE VILLCA.

a) *El matrimonio de los esposos Jaime Ramírez Solares y Clorinda Guerra Gutiérrez fue celebrado en fecha 21 de agosto de 1971, ambos con libertad de estado, teniendo como hijo del matrimonio a IGOR RAMIREZ GUERRA, ambos deciden divorciarse en aplicación de la causal 131 del Código de Familia,* ***proceso de divorcio concluye con la ejecutoria de la sentencia en fecha 16 de noviembre de 2001.***

b) *Al haberse constatado que nuestro padre no contaba con Libertad de Estado, para contraer matrimonio con ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, por no cumplir con el artículo 46 (LIBERTAD DE ESTADO) del Código de Familia, que señala:* ***'No se puede contraer nuevo matrimonio antes de la disolución del anterior', se le inicia proceso*** *familiar en aplicación del artículo 80 de C.F., de ANULABILIDAD ABSOLUTA DEL MATRIMONIO ANA MARÍA CHOQUE VILLCA.*

c) *En fecha 18 de septiembre de 2003, por Resolución N° 267/2003, el Juzgado Tercero de Partido en Familia, dicta Sentencia en el proceso de ANULABILIDAD ABSOLUTA DE MATRIMONIO del matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA con JAIME RAMÍREZ SOLARES, que determina:* ***'...PROBADA la demanda de ANULABILIDAD ABSOLUTA DE MATRIMONIO al haber contraído nupcias JAIME RAMÍREZ SOLARES con ANA MARÍA CHOQUE VILLCA en contravención de los dispuesto por el artículo 46 del C.F. en consecuencia se ANULA EL MATRIMONIO civil efectuado entre los mismos realizado en fecha 20 de enero de 1980 por ante la oficialía del registro Civil N° J 78 de esta ciudad y registrado bajo la partida N° 98 del libro N° 2-77, debiendo procederse en ejecución del presente fallo a la cancelación de la partida matrimonial correspondiente por ante la Dirección de Registro Civil conforme lo dispone el Código de familia en su parte pertinente'.***

d) *La sentencia dictada como consecuencia de la ANULABILIDAD ABSOLUTA DE MATRIMONIO fue ejecutoriada por Auto de Vista, de fecha 4 de agosto de 2005;* ***al haberse demostrado que el matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE no tiene validez, por existir un matrimonio anterior se aplica el artículo 1106 parágrafo II del C.C.***

e) *De la revisión de la sentencia de anulabilidad de matrimonio, no se evidencia que se haya otorgado derecho a ANA MARÍA CHOQUE VILLCA a que las misma sea considerada viuda, la única viuda a la muerte de JAIME RAMÍREZ SOLARES era CLORINDA GUERRA, por tanto ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, está usurpando el estado civil de* ***"Vda. de Ramírez",*** *en contraposición del artículo 11 del Código Civil, que señala que solamente la mujer casada conserva su propio nombre,*

pudiendo agregar el de su marido, precediendo la preposición "de", como distintivo de su estado civil y seguir, usándolo aún es estado de viudez, ANA MARÍA CHOQUE no puede ser considerada viuda de Jaime Ramírez Solares en aplicación del Art. 92 del C.F, concordante con el Art. 1106 parágrafo II del C.C.

f) *El artículo 1106 del Código Civil en su II con relación al caso que nos ocupa determina que: **'El conyugue sobreviviente de buena fe queda, sin embargo, excluido de la sucesión si la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por matrimonio válido en el momento de su muerte'.** Este artículo es resultado lógico de la invalidez que se atribuye al matrimonio putativo, el parágrafo II, ha de entenderse en el sentido de que la sucesión acordada en el parágrafo I del artículo 1106, tiene lugar siempre y cuando la persona de cuya sucesión se trata no está casada con otra persona diversa de aquella cuyo matrimonio fue anulado.*

g) *Como prueba de que ANA MARÍA CHOQUE VILLCA sabe que no tiene derecho a seguir siendo considerada como viuda, se acompañó a la prueba presentada a la AP copia legalizada del memorial presentado por ANA MARÍA CHOQUE al Juez 3° de Partido en Familia, que llevo el proceso anulabilidad (sic) de su matrimonio, en el mismo ella le solicita que le autorice a llevar el ESTADO CIVIL DE VIUDA, petición que fue negada por el Dr. Cusicanqui, este memorial y auto fue presentado a la AP se acompañó en copia legalizada prueba que la AP que no consideró esta prueba.*

PRUEBAS PRESENTADAS Y NO CONSIDERADAS POR LA AP

*Con todos los memoriales presentados a la AP, se han presentado pruebas documentales en copias legalizadas que no ha sido consideradas por la PA, por lo que **SOLICITO EN FORMA EXPRESA QUE EN LA RSOLUCION DEL RECURSOS JERÁRQUICO SEAN CONSIDERADAS Y EN CASO DE SER RECHAZADAS SE SEÑALE LA NORMA POR LA CUAL NO SON CONSIDERADAS,** pruebas son las siguientes:*

a) *Testimonio del matrimonio anulado de Ana maría Choque, que va en contraposición de los artículos 73 y 92 C.F. y el parágrafo II del artículo 1106 del C.C., el mismo es una consecuencia del matrimonio anulado de ANA MARÍA CHOQUE que no entiende al AP.*

b) *A raíz de haberse anulado el matrimonio de Ana María Choque, por Auto de Vista de la Sala Civil Primera N°353/2008 de 10 de septiembre de 2008 el mismo que se encuentra ejecutoriado, el mimos determina que al haberse anulado el matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA no corresponde que sea considerada como viuda y que ostente tal calidad.*

c) *Debido a la nulidad del matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE, se inició proceso de RECTIFICACIÓN DEL CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN, cuya sentencia determina la EXCLUSIÓN del nombre de ANA MARÍA CHOQUE como ESPOSA en el CERTIFICADO*

DE DEFUNCIÓN de JAIME RAMÍREZ SOLARES, el Juez en este proceso ha determinado que la nulidad que afecta el matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE tiene como efecto la retroactividad, como consecuencia todos los actos realizado en calidad de esposa y viuda de JAIME RAMÍREZ también quedan nulo como una consecuencia lógica, esta prueba fue presentada a la AP pero tampoco ha sido valorada.

d) *Debido a la nulidad del matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE la DIRECCIÓN NACIONAL DE IDENTIFICACIONES emite el Informe N°1031 de 14 de octubre de 2010, que señala:* ***'Se proceda a la renovación de la C.I. N°2477546 de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, con el ESTADO CIVIL DE SOLTERA',*** *esta prueba se acompaña al presente recurso jerárquico.*

e) *No se ha considerado que los documentos que acreditan la filiación de una persona son: certificado de nacimiento,* ***el certificado de matrimonio conforme al artículo 73 del C.F es en único documento que acredita la filiación de los esposos, en el caso de ANA MARÍA CHOQUE su certificado de matrimonio ya no existe****, otro documento que acredita la filiación de viuda es el certificado de defunción en el caso de ANA MARÍA CHOQUE el* ***CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN HA SIDO RECTIFICADO y se ha EXCLUIDO a ANA MARÍA CHOQUE COMO ESPOSA DE JAIME RAMÍREZ SOLARES,*** *a la fecha la DIRECCIÓN NACIONAL DE IDENTIFICACIONES señala que no le va renovar su carnet de identidad a ANA MARÍA CHOQUE porque tiene anulado su matrimonio, pese a haberse presentado toda esta prueba la AP no la considero y menos la nombro en la* ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC N°022-2011 DE 26 DE ENERO DE 2011****.*

f) *Por todas las pruebas que presentamos, se acredita que ninguna institución pública o privada reconoce que ANA MARÍA CHOQUE COMO LA VIUDA DE JAIME RAMÍREZ, menos le otorgan derechos de viuda, la única institución que persiste en reconocerle derechos que no tienep (sic), pese a conocer toda esta documentación es la AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES DE BOLIVIA, que va en contra de sentencias que tiene calidad de cosa juzgada, y que determinan que a ANA MARÍA CHOQUE VILLCA no corresponde que sea considerada como viuda de JAIME RAMÍREZ SOLARES.*

FUNDAMENTO DEL RECURSO JERÁRQUICO

I. AGRAVIOS Y ERRORES EN EL TRÁMITE DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES DE BOLIVIA

Las dos resoluciones emitidas por la AP: R.A.293-2010 y la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ N° 022-2011 que resuelven el proceso administrativo, no tiene asidero legal no señalan los artículos que en los cuales apoyan su determinación, en este sentido era la obligación de la AP fundamentar sus decisiones y no ampararse en una SENTENCIA CONSTITUCIONAL que ***no*** *da línea jurisprudencial al Decreto Reglamentario N° 27175 de la AP, y que erróneamente utilizan, ya que el mismo da línea jurisprudencial al*

'ESTATUTO DEL FUNCIONARIO PUBLICO', (S.C N° 1173/2003-R de 19 de agosto de 2003), para justificar su decisión, no consideran que tienen que aplicar el Art. 2 del D.S N°27175 que señala: ***'...aplicarán los procedimientos y recursos administrativos establecidos en el presente Reglamento en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y de acuerdo a la normativa sectorial aplicable...',*** *sin considerar todo el ordenamiento legal, y se van en contra de fallos jurisdiccionales que tienen calidad de cosa juzgada, este el primer error cometido por la AP, en la valoración de las pruebas.*

II.LEGITIMACION

La calidad de hijo de JAIME RAMÍREZ SOLARES, se legitima en aplicación del artículo 15.- (Personas Interesadas y Legitimación), del D.S. N° N°27175 de 15 de septiembre de 2003.

Por esta legitimación, se está solicitando que se deje sin efecto la renta de viudedad de ANA MARÍA CHOQUE al haberse presentado 'nuevas pruebas', que acreditan que ANA MARÍA CHOQUE no tiene calidad de viuda, PRUEBA que constan de 'Resoluciones Jurisdiccionales ejecutoriadas con calidad de cosa juzgada que determinan que derechos tiene ANA MARÍA CHOQUE al haberse anulado su matrimonio', sin embargo contra todo criterio legal la AP no ha considerado toda la prueba aportada.

III. AGRAVIOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° AP/DJ/DPC N°022-2011 de 26 de enero de 2011

En representación de Roger Ramírez Calle parte del grupo familiar del causante JAIME RAMÍREZ solicito la revocatoria de la ***RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° AP/DJ/DPC N°293-2010,*** *bajo el siguiente fundamento:*

a) *Señalan que la resolución jerárquica ASG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, que determina otorga (sic) pensión de viudedad a ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, no puede ser dejada sin efecto y no se pueden considerar las nuevas pruebas!!!* ***no señalan porque no pueden considerar las muevas pruebas que determina que ANA MARÍA NO ES VIUDA DE JAIME RAMIREZ!!!***

b) *La AP hace una copia de la SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, sin considerar ninguno de los argumentos legales, señalando: "...ha dejado establecida la situación jurídica en la que se encuentra la señora Choque Villca y los efectos que esta tiene en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo",* ***CON ESTE SIMPLE ARGUMENTO IGNORAN TODO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y NORMAS LEGALES que se les ha hecho conocer.***

c) *En Resolución Revocatoria, hacen referencia solo al certificado de Defunción N°24489 presentado como prueba, sin considerar que el certificado de defunción es el documento por el cual una viuda solicita que se le otorgue la renta de viudedad, al EXCLUIRSE a ANA MARÍA CHOQUE del certificado de defunción ANA MARÍA CHOQUE, la misma no puede ser considerada como viuda Jaime Ramírez porque no existe un documento que acredite su calidad*

de tal.

d) Señalan que la sentencia N° 196/2010 de 25 de agosto de 2010 no determina la extinción de su calidad de esposa putativa de ANA MARÍA CHOQUE, al parecer la AP no ha leído el artículo 1106 parágrafo II del C.C., que es una presunción legal, que no ha merecido ninguna valoración, soslayan este parágrafo como si no existiera.

e) Concluyen de manera errónea que todas las pruebas aportadas no representa suficientes elementos legales de convicción que permitan concluir que la situación jurídica de ANA MARÍA CHOQUE sea modificada, reitero no señalan en que norma amparan tal aberración legal.

f) La AP señala que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre, es definitiva en sede administrativa, para todos los efectos legales que correspondan. ***(Esta resolución no puede considerarse definitiva y constitutiva de derechos, cuando los mismos se encuentran en discusión en la vía jurisdiccional, la AP no es un juzgado o tribunal hasta una sentencia en materia penal y civil tienen el recurso extraordinario de revisión sentencia, en este caso la Corte Suprema señala que sus resoluciones de la vía administrativa pueden ser revisada por interés social y la transgresión de derechos).***

g) Señalan que las decisiones de la ex SIREFI son definitivas, no merecen revisión porque llegan a agotar la vía administrativa, este aspecto que no es verdad porque ***la administración pública puede "REVER"*** *sus decisiones, que son embrionarias,* ***tal como señala la Sentencia de Sala Plena 131-A/2009, y en esta parte solicito además que consideren el artículo 40 del D.S. N°27175.***

h) Finalmente resuelven rechazando todos los argumentos planteados por ROGER RAMÍREZ CALLE, al no advertir un escenario legal contrario al que evidencia la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 del 23 de octubre de 2006, en esta parte no analizan y rechazan todos los puntos objetados, solo rechazan los puntos que les conviene.

IV, FUNDAMENTACION LEGAL DE LOS AGRAVIOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, ADMINISTRATIVA N° AP/DJ/DPC N°022-2(n 1 DE 26 DE ENERO DE 2011.

Se hace una relación de los agravios de la Resolución Administrativa N° AP/DJ/DPC N°022-2011 de 26 de enero de 2011, de acuerdo a los puntos señalados en la primera parte del resumen de agravios:

a) La AP ignora sentencias que tienen calidad de cosa juzgada: como es la sentencia N° 196/2010 de 26 de agosto de 2010 y el Auto de Vista N°353/08 de 10 de septiembre de 2008 emitido por la Sala Civil Primera, y la sentencia que

anula el matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE, estas pruebas demuestran que ANA MARÍA CHOQUE no tiene ningún documento que acredite que tiene calidad de viuda de JAIME RAMÍREZ, la AP pasando por todo el ordenamiento jurídico simplemente decide no considerar esta documentación, SOLO DECIDE NO FUNDAMENTA JURICAMENTE NADA, a toda esta prueba documental se tiene el informe legal de la Dirección Nacional de Identificaciones en el mismo se determina no renovar su CARNET DE IDENTIDAD COMO VIUDA AL NO CONTAR CON NINGÚN DOCUMENTO QUE ACREDITE TAL SITUACIÓN.

b) *Señalan que la Srta. Ana María Choque Villca es derechohabiente* ***(cónyuge supérstite),*** *en esta parte nuevamente los abogados de la AP se equivocan en sus consideraciones legales,* ***Ana María Choque Villca, no puede ser considerada VIUDA, porque a la muerte de Jaime Ramírez existía otra viuda (CLORINDA GUERRA),*** *es por este motivo que se anuló su matrimonio y se ha rectificado el certificado de defunción de mi padre, conforme se acredito por la sentencia N° 196/2010 de 26 de agosto de 2010, sentencia presentada ante su autoridad, en esta parte se tiene que aplicar el artículo 73 del C.F.*

c) *NO se ha considerado en la prueba aportada el Auto de Vista N°353, el mismo señala que ANA MARÍA CHOQUE no puede ser considerada como viuda de Jaime Ramírez, la AP se ha negado pronunciarse sobre esta prueba, HASTA LA FECHA LA AP NO LA MENCIONA PARA NADA.*

d) *No se ha considerado la prueba de la Dirección Nacional de Identificaciones que ha determinado en forma textual:* ***'Se proceda a la renovación de la CI N°2477546 de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA con el ESTADO CIVIL de SOLTERA, en cumplimiento al decreto de fecha 1 de febrero de 2008 y decreto de fecha 3 de agosto de 2010, asimismo conforme a la Sentencia Judicial N°267/2003 de 18 de septiembre de 2003 de ANULABILIDAD ABSOLUTA DE MATRIMONIO; CERTIFICACO DE Matrimonio ORC N°178, libro n°2-77, Partida N°98, Folio N°49 con fecha de partida 20 de enero de 1980, de Jaime Ramírez Solares y Ana María Choque Villca, con la CANCELACIÓN debida y en atención al AUTO de VISTA Resolución N°353/08 de 10 de septiembre de 2008, emitido por la Sala Civil Primera; Resolución Judicial N°l96/2010 de fecha 26 de agosto de 2010, emitido por el Juzgado Primero de Partido en lo Civil y Comercial; Certificado de Defunción de JAIME RAMÍREZ solares(sic) fallecido el 27 de junio de 1999 con la EXCLUSIÓN del dato de ESPOSA y demás antecedentes'.***

e) *No consideran que Ana María Choque Villca Choque (sic), no puede seguir presentándose como viuda de Jaime Ramírez,* ***porque no existe ninguna disposición legal o resolución judicial que tenga calidad de cosa juzgada que le permita ANA MARÍA CHOUE considerarse VIUDA, que solo le correspondía a Clorinda Guerra.***

f) *Se ha denunciado delitos de la anterior gestión al otorgar una renta de viudedad en forma irregular a ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, se ha cometido de* ***'delito de prevaricato',*** *al otorgar renta de viudedad, sin considerar sentencias que tienen calidad de cosa juzgada.*

g) *No ha aplicado correctamente el artículo 1106 del C.C., en esta parte se tiene las siguientes transgresiones legales:*

– *Se ha transgredido el parágrafo II del artículo 1106 del C.C., para que se comprenda, transcribo in extenso la interpretación del Dr. Gonzalo Castellanos, con relación al parágrafo II del Art. 1106 del* ***C.C: 'Pero esta regla no es absoluta, la declaración de la nulidad del matrimonio produce la caducidad de la vocación sucesoria; sin embargo, cuando el matrimonio declarado nulo después que murió uno de los cónyuges, el sobreviviente de buen fe tiene derecho a la sucesión del premuerto conforme a las cuotas que le corresponde, sin embargo queda excluido de la sucesión, de la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por matrimonio valido en el momento de su fallecimiento. Debemos recordar que siempre el cónyuge verdadero excluye al putativo aunque este hubiera actuado de buena fe; es decir que el matrimonio putativo produce los efectos civiles respecto al esposo de buena fe, pero no a costa de los efectos de un matrimonio legítimo y legal****.'(Cita de Dr. Gonzalo Castellanos de su Libro Derecho Sucesorio). En esta parte se puede interpretar que el MATRIMONIO DE CLORINDA GUERRA es válido ya que se ha anulado el matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, justamente por existir un matrimonio valido con CLORINDA GUERRA a la muerte de JAIME RAMÍREZ, hasta que el mismo ha sido ejecutoriado el 16 de noviembre de 2001.*

– *En el caso de la Srta. Ana María Choque su matrimonio ha sido anulado por lo tanto es aplicable los artículos 73 y 92 del Código de Familia (EFECTOS DEL MATRIMONIO ANULADO), que señala: 'El* ***matrimonio anulado produce sin embargo sus efectos, como si hubiera sido valido, hasta Que la sentencia de anulación pasa en autoridad de cosa juzgada, si se lo contrajo de buena fe, existiendo solo buena fe uno de los esposos, el matrimonio produce sus efectos únicamente a favor de este',*** *concordante este artículo con el artículo (sic) 1106 del Código Civil, en esta parte transcribo lo señalado en el Código de Familia de Morales Guillen, con relación a los efectos del matrimonio anulado de la página* ***235 Art. 92 del C.F: 'Los efectos del matrimonio putativo tienen su corolario en materia sucesoria, en cuyo dominio de aplicación, el art. 1106 del C.C. reconoce al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido anulado después de que murió el otro, el derecho de suceder a éste, conforme a las reglas que al efecto da el ordenamiento civil esta regla no presenta problema alguno en su aplicación, a menos que se presente la excepción del parágrafo II del citado art. 1106 del ce, que excluye a ese cónyuge supérstite de la sucesión, cuando la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por matrimonio válido en el momento de su muerte'****, de la lectura de la sentencia nulidad (sic) del matrimonio de AN (sic) MARÍA CHOQUE, se evidencia que Clorinda Guerra*

seguía casada con Jaime Ramírez a su muerte con la misma. La AP con una simple resolución administrativa no puede negar una verdad jurídica que viene como consecuencia de un homicidio.

– *El Art. 1106.- (Sucesión del cónyuge de buena fe en matrimonio putativo) del C.C, señala en forma extensa: 'I.* ***Cuando el matrimonio ha sido declarado nulo después que murió uno de los cónyuges, el sobreviviente de buena fe tiene derecho a la sucesión del premuerto conforme a las disposiciones anteriores.***

II. El 'cónyuge sobreviviente de buena fe' queda sin embargo, excluido de la sucesión si la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por patrimonio válido en el momento de su muerte'. *En el caso que nos ocupa se evidencia que ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, no tiene derecho a herencia y al nombre de RAMÍREZ, porque todos los derechos de esposa supérstite solo le correspondía a la primera esposa de JAIME RAMÍREZ que es CLORINDA GUERRA (Hasta la ejecutoria de su sentencia de divorcio del 16 de noviembre de 2010), y no ANA MARÍA CHOQUE VILLCA.*

h) ***No se ha considerado que no existe ninguna resolución jurisdiccional y/norma que le permita a ANA MARÍA CHOQUE ser considerada viuda solo su institución se agarra de fundamentos que no se comprenden, y admiten un derecho que no existe en favor de AMA MARÍA CHOQUE VILLCA.***

i) *Señalan que: "****Lo AP señala que la cosa juzgada administrativa en inimpugnable, irrevocable e irrevisable, porque ha creado derechos adquiridos y no existe vicio alguno que lo haga susceptible de ser revocado",*** *en esta parte se tiene que considerar que '****no existe'*** *COSA JUZGADA EN MATERIA ADMINISTRATIVA, esta aseveración se la tiene en aplicación a la sentencia de Sala Plena N°131-A de 17 de abril de 2009, señala que la '****cosa juzgada administrativa'*** *se la conceptualiza conforme a la Sentencia de Sala Plena 131 - A/2009, conforme expresa el tratadista Rafael Bielsa en su obra 'Principios de Derecho Administrativo', la expresión 'cosa juzgada' suele emplearse en la administración pública erróneamente y eso ocurre cuando se atribuye tal carácter a cualquier resolución dictada a petición de parte o por denuncia (...). El acto administrativo -continúa el autor citado-, no implica reconocer autoridad de cosa juzgada; se trata del carácter jurídico del acto y del interés público que protege; en suma, es una limitación impuesta a la revocabilidad del acto o una autolimitación de la potestad o autoridad que tiene el órgano administrativo, pues, la administración pública, en razón de que toda su actividad y fin de ella, es la realización del interés público, puede rever sus decisiones, aunque se hubieren dictado en forma embrionaria de juicio como es el caso de un Recurso Jerárquico.*

j) *NO consideran los* ***efectos de la Anulabilidad de matrimonio,*** *con relación a este concepto se tiene la doctrina del Dr. Félix Paz (Pg. 280 y 281) en cuanto a la anulación hace la siguiente glosa:* ***'la anulación del matrimonio proviene de una***

sentencia declarativa pronunciada por una autoridad jurisdiccional competente es decir el Juez de Partido en Familia, que vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulados, proyecta sus efectos con carácter retroactivo al día en que se constituyó el acto jurídico, esto en forma similar como ocurre en materia civil. Siendo más precisos, en el régimen matrimonial el efecto de la sentencia de anulabilidad tiene la virtud de dejar sin eficacia el vínculo jurídico, con carácter retroactivo al día de su celebración basado en el impedimento dirimente o el vicio de provoca la anulación de la cual emergen varios efectos'.

k) La Ex Superintendencia no ha considerado que las sentencias en materia familiar por D.L. N°14849, tenían que ser elevadas en REVISIÓN en aplicación del artículo 397 (CONTENIDO Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA) que señala: '***La sentencia que declara de divorcio o la separación de los esposos proveerá en los que corresponda a los puntos previstos por los artículo 142 y 148 y dispondrá la separación definitiva de los bienes. Se elevara en revisión de oficio, ante la Corte Superior, sin perjuicio de apelación, y se la comunicara al oficial de registro civil cuando quede ejecutoriada'.***

l) Cabe señalar que el artículo 397 en su segunda parte fue modificado por Ley N° 996 que eleva a rango de ley el CÓDIGO DE FAMILIA LEY N° **996** el 4 de abril de 1988, por lo que se colige que durante el divorcio con Clorinda Guerra se aplicaba en forma obligatoria la revisión de sentencias en materia familiar antes de que se declare ejecutoriada la sentencia, no como absurdamente señala la resolución Jerárquica que se aplica el Código de Procedimiento Civil, IGNORANDO UNA SENTENCIA QUE TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA siendo una verdad jurídica que no admite prueba en contra, si se verifica la fecha de la **'Revisión'** de la sentencia de divorcio entre Jaime Ramírez Solares y Clorinda Guerra la misma fue realizada en junio de 1980, y el matrimonio de ANA MARÍA CHOQUE VILLCA con JAIME RAMÍREZ SOLARES fue realizado en enero de 1980, es decir que ANA MARÍA CHOQUE se casó cinco meses antes de que la Corte Superior REVISARA la sentencia, todo en aplicación del D.L. N°14849, (Art. 397 CONTENIDO Y REVISIÓN DE LA SENTENCIA) es increíble que una institución tan seria como era el SIREFI actual AP se va en contra de la ley, **'IGNORAN LA EXISTENCIA DE LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS SEÑALA POR LEY'.**

m) La norma más importante que no se ha considerado es el artículo 366 del C.F, el mismo señala que se aplica con preferencia la norma familiar y supletoriamente el C.P.C, en el caso de la AP consiente que la ex Superintendencia haya otorgado la renta de viudedad aplicando el C.P.C. en contraposición con el Art. 366 del C.F.

PETITORIO

Solicito que se considere en el **RECURSO JERÁRQUICO** los siguientes aspectos.

I. El artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que un acto administrativo puede ser suspendido, cuando razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros, al existir nuevos elementos probatorios solicito que se deje sin efecto la RENTA DE VIUDEDAD DE ANA MARÍA CHOQUE VILLCA, porque la misma no puede ser considerada viuda al anularse su matrimonio.

II. Solicito que con el RECURSO JERÁRQUICO se suspenda la ejecución de las resoluciones Administrativas N° SPVS N°803 de 28 de julio de 2006 y SPVS N° 708 de 29 de junio de 2006, mientras se evalúe la situación de ANA MARÍA CHOQUE con la aportación de nuevos elementos que se constituyen en sentencias ejecutoriadas, que han sido ignoradas por la AP.

- Se considere la sentencia N°196/2010 que falla DECLARANDO PROBADA la demanda disponiendo que por la Dirección de Registro Civil Sala Murillo, se proceda a la EXCLUSIÓN del dato de "ESPOSA" en el casillero correspondiente a relación con el difunto y sea en el certificado de defunción registrado en el O.R.C. N°2432. Con relación a este punto se ha presentado el certificado en original, documento que no ha sido valorado conforme a la reglas de la prueba tasada y sana critica por los servidores públicos de la AP.

- Se considere que ANA MARÍA CHOQUE ha perdido la calidad de viuda, así de demuestra con el certificado de matrimonio anulado de los esposos Ramírez-Choque, y por sentencia N° 196/2010 se ha excluido del certificado de defunción la calidad de esposa de ANA MARIA CHOQUE VILLCA

- Se considere que la DIRECCIÓN NACIONAL DE IDENTIFICACIONES ha determinado no otorgar carnet de identidad a ANA MARÍA CHOQUE con el estado de viuda de JAIME RAMÍREZ, porque tiene anulado su matrimonio y ya no consta en el certificado de defunción su filiación con Jaime Ramírez Solares, todo en aplicación al D.S. N°22766.

- De acuerdo a la Ley del Pensiones concordante con los artículos 3, 20, 35 y siguientes del Decreto Reglamentario 24469 de la Ley de Pensiones, concordante con el artículo 9 de la Ley de Pensiones, se determina que ANA MARÍA CHOQUE ya no tiene los documentos que acreditaron para que se le otorgue renta de viudedad.

- Se considere que no existe la EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA - EN TEMA ADMINISTRATIVO, tal como quiere hacer valer la AP, sin considerar que se tiene jurisprudencia que avala mi petición.

- Se pronuncien porque consideran que existe cosa juzgada administrativa en materia administrativa.

- Se pronuncien con relación a todas las pruebas presentadas. Señalen porque no se ha denunciado a autoridades por el delito de prevaricato.

- Amplíen el fundamento legal porque consideran' que la cosa juzgada en materia familiar no tiene validez para la AP.

- **Se deje sin efecto la renta de viudedad de ANA MARÍA CHOQUE porque la misma no tiene ningún documento que acredite su filiación con Jaime Ramírez v que avale su calidad de viuda de JAIME RAMÍREZ, para beneficiarse de la renta de viudedad al ser la segunda esposa.**

- **SE CONSIDERE EL EFECTO DE RETROACTIV1DAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS DECLARADOS NULOS O ANULADOS, EN EL CASO DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO A ANA MARÍA CHOQUE SE TIENE QUE CONSIDERAR QUE TODOS LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR LA MISMA TAMBIÉN SON NULOS POR EFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD, ESTE EL FUNDAMENTO DOCTRINAL QUE SE PLANTEA, Y EL MISMO QUE ESTA AMPARADO POR JURISPRUDENCIA.**

7. ALEGATOS TERCERO INTERESADO.-

Mediante memorial presentado en fecha 17 de mayo de 2011 ante esta instancia jerárquica, Ana María Choque Villca, en su condición de tercera legítimamente interesada expone sus alegatos realizando una cronología de los hechos conforme se transcribe a continuación:

"En primer lugar, debo referirme a la falta de legitimidad activa de, Roger Ramírez Calle, por cuanto éste no tiene ningún derecho para arrogarse potestad o facultad para hacer valer los supuestos derechos ajenos de, Clorinda Guerra Rodríguez, es decir, ninguna norma le facultad (sic) para reclamar por derechos ajenos y menos para pretender la suspensión de mi 'pensión por muerte' o 'renta de viudedad'. Entonces, Vuestra autoridad, debe tener muy en cuenta ésta falta de legitimación activa para desestimar in limine el recurso planteado.

En segundo lugar, nuevamente con enorme pesar puedo advertir que después de más de 5 años, en los cuales se consolidó mis derechos a la Seguridad Social de Largo Plazo, Roger Ramírez Calle, pretende vulnerar mis derechos con argucias y documentos que en su oportunidad fueron legal y debidamente analizados tanto por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (actualmente la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) y su institución donde concluyó con la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N° 74/2006 de 23 de octubre, que me restituyó mis derechos sociales que fueron impugnados por la Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida SA.

Sin embargo y para que no quede duda del derecho que me asisten las leyes de la Seguridad Social de Largo Plazo, de Familia y Civil, es necesario referirme a los antecedentes materiales

1. *El 20 de enero de 1980 contraje matrimonio con, Jaime Ramírez Solares, habiendo causado el nacimiento de nuestro hijo, Rodrigo Ramírez Choque, con absoluta buena fe porque ignoraba la vida pasada de mi consorte al momento contraer nupcias.*

2. *Mi cónyuge, antes de casarnos había tenido un hijo de nombre, Igor Jaime Ramírez Guerra y posterior a mi matrimonio incurriendo en 'adulterio' había tenido otros dos hijos nombrados, Roger Fernando y Raúl Ramírez Calle.*

3. *Mi nombrado cónyuge, falleció el 27 de junio de 1999 y como consecuencia de éste hecho, comienzan serie de problemas para mí causados por los hijos de aquel, con el único fin de apoderarse de todos los bienes inmuebles que adquirí en vigencia de mi matrimonio, arguyendo que no soy la cónyuge supérstite y no tengo ningún derecho a nada, entre ellos a la pensión por muerte.*

4. *En mayo de 2000 recién tomé conocimiento que mi cónyuge, Jaime Ramírez, había estado casado con, Clorinda Guerra Rodríguez; empero, éstos por Sentencia Nº 95 de 30 de mayo de 1979 dictada por el Juez Cuarto de Partido de Familia, se habían divorciado, proceso que fue remitido 'de oficio' en grado de revisión de acuerdo al DL N° 14849 por ante la Corte Superior de Distrito, donde fue 'aprobada la sentencia' por Auto de Vista N° 241 de 09 de junio de 1980 dictada por la Sala Civil Primera, en el que se concluyo,'... que al no haber sido objeto de alzada fue elevado en revisión…', lo que significa que la referida sentencia de divorcio adquirió autoridad de cosa juzgada desde la fecha de su aprobación 09 de junio de 1980, momento desde el cual aquel vínculo matrimonial fue disuelto, de acuerdo a lo establecido por el Art. 141 del C. de Familia que dice,* ***'La sentencia de divorcio disuelve el matrimonio desde el día en que pasa en autoridad de cosa juzgada'.***

5. *Posteriormente, Roger y Raúl Ramírez Calle, hijos de mi cónyuge habidos en relación adulterina representados por su madre, Teresa Calle, por ante el Juzgado Tercero de Partido de Familia, me iniciaron demanda de anulabilidad absoluta de mi matrimonio, arguyendo precisamente la falta de libertad de estado de, Jaime Ramírez, habiéndose pronunciado la Sentencia N° 267 de 18 de septiembre de 2003, por el que se anuló el matrimonio que contraje con, Jaime Ramírez Solares y al amparo del Art. 92 del C. de Familia, calificó la mala fe de, Jaime Ramírez y la buena de* ***mi parte expresando, '...se salvan tos derechos de Ana María choque Villca al presumirse su buena fe al momento de contraer matrimonio…'*** *aclarando que se utilizó el término presumir alternativamente a la palabra calificar con el objeto de evitar el uso reiterativo de la misma. Esta sentencia fue apelada por los demandantes, fue* ***'confirmada'*** *por la Corte Superior de Distrito mediante Auto de Vista N° S 052 de 29 de julio de 2005 dictado por la Sala Civil Cuarta y por auto de 04 de agosto de 2005 fue declarada por 'ejecutoriada' recibiéndose en autoridad de*

cosa juzgada. Esto significa que al haberse calificado mi buena fe al contraer matrimonio con, Jaime Ramírez Solares, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 92 del C. de Familia, ***'El matrimonio anulado PRODUCE sin embargo SUS EFECTOS, COMO Sí HUBIERA SIDO VAL/DO, HASTA QUE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN PASA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA, si se lo contrajo de buena fe por ambos cónyuges, EXISTIENDO BUENA FE SOLO POR PARTE DE UNO DE LOS ESPOSOS, EL MATRIMONIO PRODUCE SUS EFECTOS ÚNICAMENTE A FAVOR DE*** *ESTE', norma aplicable a mi caso en razón de haber contraído matrimonio de buena fe sólo por mi parte. En opinión del autor, Morales Guillen, en su Libro Código de Familia Anotado y Concordado, para comprender los efectos que produce un matrimonio anulado contraído de buena fe, expresa,* ***'...si ambos cónyuges procedieron de buena fe, quedan a salvo en las relaciones de los cónyuges ente sí, los efectos del matrimonio, comprendidos los sucesorios (art. 1106 del Código Civil), producidos hasta la fecha de la sentencia que pronuncia la nulidad es decir, HASTA ESE MOMENTO EL MATRIMONIO SE CONSIDERA VALÍDO PARA AMBOS CÓNYUGES y la nulidad opera sin retroactividad, vale decir, ex nunc (desde ahora, esto es, desde la sentencia), por lo que ningún efecto posterior a la sentencia se considera válido o existente, En tercer lugar,… SI SOLO UNO DE LOS CÓNYUGES PROCEDIÓ DE BUENA FE, LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO HASTA EL MOMENTO DE LA EJECUTORÍA DE LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS INHERENTES, SE MANTIENEN SOLO PARA EL CÓNYUGE DE BUENA FE, Para éste es una nulidad ex nunc, para el otro carente de buena fe, es una nulidad ex tunc'***. *Por su parte, el Dr. Julio Ortiz Linares, en su Libro* ***'El Proceso Civil-II' al referirse a los efectos del Art. 92 del C. de Familia, sostiene: 'Este es el caso de los matrimonios anulados, CUYOS EFECTOS CIVILES, según la norma anterior, SON IGUALES QUE LOS QUE PRODUCEN UN MATRIMONIO VÁLIDO, SIEMPRE Y CUANDO HAYAN SIDO CONTRAÍDOS DE BUENA FE, PERO SI HA INTERVENIDO BUENA FE DE PARTE DE UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES, SURTE ÚNICAMENTE EFECTOS CIVILES RESPECTO DE EL y de los hijos y no respecto de otro cónyuge de mala fe. El art. 92 del C de Familia, puede ocasionar alguna situación jurídica en apariencia ambigua, ya que el texto no precisa en parte alguna, que ha de entenderse por EFECTOS presumiéndose que se refiere a los civiles'***. *De la lectura e interpretación del Art. 92 del C. de Familia, quiere decir que el matrimonio de buena fe que de mi parte fue reconocida por la sentencia de anulación de mi matrimonio surtió sus efectos legales patrimoniales y personales al igual que un matrimonio válido desde el 20 de enero de 1980 en que contraje matrimonio hasta el 04 de agosto de 2005 en que adquirió autoridad de cosa juzgada. Entonces, resulta absolutamente temerario expresar que la anulación de mi matrimonio tiene efectos retroactivos o como si nunca se hubiera celebrado o existido jurídicamente.*

6. *Mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre, éste órgano gubernamental analizó, evaluó y valoró toda la documentación probatoria que en su oportunidad produje y resolvió en forma justa y legal: 'Confirmar' la Resolución Administrativa SPVS IP NQ 803 de 28 de julio de 2006 que 'confirmó' a su vez la Resolución Administrativa SPVS IP N° 708/2006 de 29 de junio y Levantó la suspensión de la ejecución de las Resoluciones señaladas, habiéndome restituido mis derechos a la Seguridad Social de Largo Plazo, los cuales se encuentran plena y legalmente consolidados.*

7. *Entonces la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC7 N° 022/2011 de 26 de enero de 2011, ha sido dictada en consecuencia de la prueba aportada y de todos los antecedentes que se ha informado la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, cuyos argumentos son absolutamente correctos, ciertos, lógicos y racionales.*

8. *El recurso jerárquico planteado peca de híbrido y reiterativo pretendiendo revisar fallos administrativos que tienen autoridad de cosa juzgada, haciendo énfasis en la existencia de* ***'nuevas pruebas'*** *consistentes en las fotocopias legalizadas de la Sentencia N° 196/2010 de 26 de agosto de 2010 dictada por el Juez Primero de Partido en lo Civil y Comercial, por el que se habría excluido del certificado de defunción de mi cónyuge, Jaime Ramírez, el dato* ***'esposa'*** *en el casillero correspondiente a la relación con el difunto; en el certificado de defunción; y en el informe N° 1031/2010 de 14 de octubre de 2010 evacuado por Asesoría Jurídica de la Dirección Nacional de Identificación Personal, que darían mérito a la suspensión de mi renta por muerte.*

9. *Sin embargo, tal como argumenta la resolución administrativa ahora impugnada y argumentada por mi parte, el certificado de defunción acredita única y exclusivamente la muerte de, Jaime Ramírez, siendo irrelevante que se haya borrado el dato de* ***'esposa'*** *o cónyuge que ya fue reconocido por la Sentencia N° 267/2003 y por el Auto de Vista N° S 052/2005 dictadas por la jurisdicción ordinaria de familia y civil al reconocer mi matrimonio como putativo; en cuanto a la sentencia N° 196/2010 que dio mérito a la exclusión del dato 'esposa' en el certificado de defunción de mi cónyuge fallecido, debe tener en cuenta que en éste juicio no he sido incluida como parte interesada y menos citada para comparecer y ejercitar mi derecho a la defensa y ser sometida a un debido proceso, logrando si vale el término 'a mis espaldas' se dicte una sentencia sin haber sido oída y juzgada en un debido proceso, vulnerando mis derechos constitucionales sancionados por los Arts. 115, 117-1, 119-11 y 120-1 de la CPE, habiéndome apersonado en dicha instancia para anular todo lo actuado en dicho proceso mediante incidente; en cuanto al malicioso y tendencioso informe N° 1031/2010 evacuado por Asesoría Jurídica de la Dirección Nacional de Identificación Personal, ésta constituye una simple opinión legal y ni siquiera es una resolución administrativa y lo que es peor absoluta impertinente por cuanto se refiere a la no renovación de mi cédula de identidad; éstos documentos tal como reconoce la resolución administrativa impugnada vía recursos (sic) jerárquico, no son medios idóneos para lograr la maliciosa pretensión de suspender mi renta.*

10. *El recurso jerárquico planteado de manera tendenciosa y falsa, sostiene que la Sentencia N° 95/1979 y el Auto de Vista N° 241/1980 por el que se disolvió el matrimonio de, Jaime Ramírez y Clorinda Guerra, por divorció, se habría ejecutoriado mediante Resolución N° 227/2001 de 16 de noviembre, dando la falsa impresión y tratando de confundir a todos que al haber fallecido mi cónyuge, Jaime Ramírez Solares, el 27 de junio de 1999, todavía habría estado unida en matrimonio válido con, Clorinda Guerra Rodríguez, por cuya razón y al amparo del Art. 1106-11*

del C. Civil mi persona estaría excluida del derecho a suceder; nada más falsa ésta temeraria afirmación, porque conforme demuestro de la fotocopia legalizada del certificado evacuado por el Secretario del Juzgado Cuarto de Partido de Familia donde se sustanció aquel divorcio, se establece con claridad meridiana que el expediente original fue sustraído por quienes tienen interés en perjudicarme y la (sic) haberse realizado el trámite de reposición del expediente, por la Resolución N° 227/2001 de 09 de noviembre fue REPUESTA la Sentencia N° 95/1979 y por auto de 16 de noviembre de 2001 se declaró la ejecutoriada de la resolución N° 227/2001 y NO ASI LA SENTENCIA DE DIVORCIO NI DEL AUTO DE VISTA que ya fueron ejecutoriados el 09 de junio de 1980; entonces la falsedad y malicia salta a la vista.

En tercero (sic) lugar, el recurso jerárquico planteado fue planteado (sic)de manera extemporánea.

1. *De la Lectura del recurso jerárquico interpuesto por, Doris Conde Ordóñez, abogada y apoderada convencional de, Roger Ramírez Calle, se puede deducir la mala fe y la mala intención de pretender nuevamente quitarme mis derechos a la Seguridad Social de Largo Plazo, ampliamente reconocidos por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (actualmente la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) y ratificados y ampliamente valorados por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera mediante la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre y reiterados en la resolución administrativa objeto del recursos jerárquico al que contesto.*

2. *Es más, la parte recurrente con el único fin de perjudicarme y pretender en forma ilegal revivir poniendo en vigencia un proceso administrativo totalmente concluido, ejecutoriado y pasado por autoridad de cosa juzgada, abusando y mal utilizando en forma ilegal de los recursos administrativos y burlando el análisis, evaluación y resolución que dictó el SIREFI en su oportunidad, violenta la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 en su Art. 69-a relativo al Agotamiento de la Vía Administrativa, misma que determina que la vía administrativa quedará agotada en los casos siguientes- 'Cuando se trate de resoluciones que resuelvan los recursos jerárquicos interpuestos', en el caso el SIREFI ya resolvió un recurso jerárquico anterior. Asimismo, el Art 70 del mismo cuerpo legal sobre el Proceso Contencioso Administrativo determina que: 'Resuelto el Recurso Jerárquico, el interesado podrá acudir a la impugnación judicial por la vía del proceso contencioso administrativo, ante la Corte Suprema de Justicia', disposición concordante con los Arts. 60 y 61 del DS NQ 27175, por tanto no se puede juzgar dos veces un mismo hecho.*

3. *Para interponer el proceso contencioso administrativo a que dieren lugar las Resoluciones del Poder Ejecutivo, el Código de Procedimiento Civil en su Art.780 determina como 'plazo fatal' 90 días a contar de la fecha en que se notificaré la resolución denegatoria de las reclamaciones hechas ante el Poder Ejecutivo y en el presente caso el mismo ésta precluido, esto con relación a la Resolución SG SIREFI RJ N° 74/2006 de 23 de octubre.*

4. *En consecuencia y habiéndose fundamentado legalmente la imposibilidad de volver a revisar la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre del 2006, a la fecha legal y plenamente ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada, no corresponde bajo ningún concepto aceptar nuevamente el trámite administrativo ilegal que pretende revivir la apoderada y abogada de, Roger Ramírez Calle, ignorando y obviando los principios básicos del derecho al pretender rechazar e ignorar la ejecutoria de la Resolución Jerárquica señalada y al no haber utilizado el recurso oportuno que le franquean las leyes, precluyó su petición.*

En conclusión, al pretenderse conculcar mis derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el Artículo 24 de la Constitución Política del Estado, Artículos 69 y 70 de la Ley Nº 2341 del Procedimiento Administrativo, Artículos 60 y 61 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002 (sic), corresponde a su Autoridad confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 022-2011 de 26 de enero del 2011, que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJDPC//N² 293-2011 de fecha 8 de diciembre del 2010.

POR LO EXPUESTO, SOLICITO TENGA POR CONTESTADO AL RECURSO JERÁRQUICO PLANTEADO EN FORMA NEGATIVA Y EN RESOLUCIÓN PIDO SE DESESTIME.

CONSIDERANDO:

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

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

Que, el Recurso Jerárquico presentado por el recurrente, se circunscribe principalmente en que la derechohabiente Ana María Choque Villca no tiene derecho al pago de la "renta de viudedad" (así denominada por la recurrente) debido a que el de cujus Jaime Ramírez Solares no se encontraba divorciado de la primera esposa Clorinda Guerra; además que el matrimonio de Ana María Choque Villca con Jaime Ramírez Solares fue declarado nulo precisamente porque el esposo no gozaba de libertad de estado a momento de contraer nupcias con la segunda esposa.

Por su parte el acto administrativo objeto de la presente impugnación, fundamenta su fallo en las consideraciones legales expuestas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006, por la cual resuelve en la vía administrativa la calidad de Derechohabiente en base al reconocimiento judicial de conyugue supérstite de buen fe otorgándole el mismo al reconocerla como cónyuge supérstite de buena fe en virtud a la sentencia de nulidad de matrimonio emitida por el Juez

Tercero de Partido de Familia del Distrito Judicial de La Paz.

Ahora bien, con el antecedente citado ut supra corresponde realizar una compulsa adecuada de los fundamentos jurídicos-fácticos expuestos por el recurrente que motivan la solicitud de suspensión de la pensión por muerte derivada de Riesgo Común de Ana María Choque Villca.

1.- SOBRE LOS ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS LEGALES DE LA NULIDAD DE MATRIMONIO QUE PROMUEVEN EL RECURSO JERARQUICO.-

El recurrente en primera instancia realiza una cronología de acontecimientos en los cuales describe hechos y actos jurídicos que conllevaron a la anulación del matrimonio celebrado entre Ana María Choque Villca y Jaime Ramírez Solares, nulidad que fue declarada por autoridad judicial posterior a la muerte del esposo; en consecuencia afirma la recurrente la condición de esposa y viuda de Ana María Choque no puede ser considerada por ninguna autoridad legal, judicial o administrativa.

Efectivamente, el acto jurídico que declara la nulidad del citado matrimonio, conlleva como consecuencia legal que la "esposa" supérstite pierda la condición de tal, así como la posibilidad de otorgarle la condición de "viuda" si el matrimonio fue declarado nulo posterior a la muerte de uno de los cónyuges (como sucedió en el presente caso).

Con relación a que Ana María Choque estaría usurpando la condición civil de "Vda. de Ramírez" en contraposición al artículo 11 del Código Civil, no es una situación legal que pueda ser dirimida en la vía administrativa, ya que como se dijo anteriormente el derecho otorgado a la citada beneficiaria tiene que ver con la condición de **cónyuge de buena fe**, condición que fue declarada por autoridad jurisdiccional (Juez Tercero de Partido de Familia), salvando sus derechos; acto jurídico que constituye una condición legal de jure.

Finalmente se hace alusión a disposiciones legales establecidas en el ordenamiento civil, así como prueba presentada que es reiterada a lo largo del presente recurso; alegatos y documentos que serán objeto de compulsa más adelante.

2.- SOBRE LA PRUEBA PRESENTADA Y NO CONSIDERADA POR LA AP.-

El recurrente acusa la presentación de prueba documental denunciando que la autoridad fiscalizadora no ha considerado a momento de emitir pronunciamiento, solicitando de manera expresa que la documentación que se detalla sea considerada por esta instancia administrativa emitiendo pronunciamiento y valoración de cada una de ellas.

Corresponde aclarar al recurrente que la valoración y consideración de los antecedentes procesales incluida la prueba documental necesariamente debe ser valorada por la administración pública a momento de emitir pronunciamiento como un requisito sine quanum del acto administrativo; es así que la Resolución Revocatoria realiza la correspondiente apreciación de la prueba presentada por el administrado haciendo una valoración y tomando en cuenta tanto los argumentos esbozados como la documentación

presentada, tal como lo evidencia la simple lectura de los considerandos (Ratio decidenidi), del aludido acto administrativo.

Ahora bien, la pretensión del recurrente para que se haga un pronunciamiento individual de toda la documentación presentada no le da mayor relevancia al pronunciamiento emitido, ya que tanto la doctrina como el procedimiento en general, establece que la fundamentación de cualquier acto (ya sea administrativo, judicial, etc.), debe ser claro y concreto, tal cual se evidencia de la lectura de la Resolución Revocatoria AP/DJ/DPC/Nº 293-2010 de 26 de enero de 2011 en la que hace alusión a la nueva prueba presentada por el recurrente y que esta no enerva el pronunciamiento emitido anteriormente por la administración pública.

Sin perjuicio de lo anteriormente esbozado, y con el objeto de evitar futuros cuestionamientos al derecho de petición y demás derechos legales que asisten al recurrente, a continuación se considerará todas y cada una de las documentales al que se hace referencia con la adecuada compulsa y fundamentación:

La apoderada del recurrente hace alusión principal a la presentación del Testimonio de anulación del matrimonio de Ana María Choque con Jaime Ramírez Solares por la causal establecida en el artículo 46 del Código de Familia – falta de libertad de estado por parte del esposo – a momento de contraer segundo matrimonio y que el divorcio llevado a cabo con la primera esposa (Clorinda Guerra) concluye con la ejecutoria de la sentencia en fecha 16 de noviembre de 2001.

Al respecto, tanto la autoridad administrativa fiscalizadora como la ex Superintendencia General del SIREFI ya han emitido pronunciamiento respecto al proceso familiar de nulidad de matrimonio llevado a cabo en el Juzgado Tercero de Partido de Familia, en el que por Resolución de fecha 18 de septiembre de 2003 (Sentencia) declara probada la demanda de nulidad de matrimonio, contraído por Jaime Ramírez Solares con Ana María Choque Villca, además de haber emitido criterio sobre el pronunciamiento de que la autoridad judicial dispuso salvar los derechos de Ana María Choque declarándola de Buena Fe a momento de contraer matrimonio; no siendo evidente lo manifestado por la parte recurrente sobre la supuesta omisión del órgano administrativo de no haber valorado dicho extremo y la documentación que la respalda.

Así mismo es evidente que no se constató que autoridad competente le haya otorgado el derecho a Ana María Choque a asumir la condición, o no, de tener la calidad de "Viuda", empero dicha condición no enerva el derecho otorgado por autoridad administrativa como Derechohabiente de acuerdo a la definición establecida en el artículo 5 de la extinta Ley de Pensiones Nº 1732, recopilada por la recientemente promulgada Ley de Pensiones Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 en su anexo correspondiente al *"Glosario de Términos Previsionales del Sistema Integral de Pensiones"* que a la letra señala:

> *"Derechohabientes: A partir de la publicación d la presente Ley se considera Derechohabientes a las personas de uno de los siguientes grados:*

*Primer Grado: Son, en orden de prelación, **el cónyuge o conviviente supérstite**…" (Las negrillas y subrayado insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Como se podrá apreciar la aludida disposición legal otorga la condición de derechohabiente al cónyuge, no hace mención a una condición de viudedad; simplemente otorga el derecho al **cónyuge o conviviente** indistintamente de la condición de que la Derechohabiente sea considerada, o no, como viuda; aspecto que resulta irrelevante frente a la otorgación del citado derecho; más aun, si una autoridad judicial calificó a la Derechohabiente de Buena Fe, salvando sus derechos en la sentencia de nulidad de matrimonio del citado proceso judicial llevado a cabo en el Juzgado Tercero de Partido de Familia del Distrito Judicial de La Paz

Siguiendo con el presente análisis sobre los fundamentos esbozados por la parte recurrente en el que solicita la revocatoria del acto administrativo impugnado, haciendo alusión de que la autoridad administrativa se apoyó en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006 manifestando que la Pensión por Muerte por Riesgo Común otorgada a Ana María Choque Villca no puede ser dejada sin efecto y no se pueden considerar las nuevas pruebas, denunciando que: "*¡¡¡no señalan porque no pueden considerar las nuevas pruebas que determina que ANA MARIA NO ES VIUDA DE JAIME RAMIREZ¡¡¡*"

La ex Autoridad de Supervisión y Control Social de Pensiones en resguardo al principio de jerarquía procesal se encuentra imposibilitada de valorar prueba alguna ni emitir pronunciamiento contrario al que ya se emitió en instancia procesal superior; a no ser que dicha instancia le otorgue dicha facultad y en tanto no ocurra ello no puede ser susceptible de revisión de un pronunciamiento Jerárquico por una autoridad administrativa de menor rango procesal; el procedimiento administrativo al igual que los procedimientos jurisdiccionales cuenta con etapas procesales de inferior y mayor grado, instancias de impugnación encargadas de valorar y compulsar los actos emitidos por autoridad inferior en grado; entonces, la autoridad inferior carece de competencia para revisar resoluciones emitidas por instancia superior bajo la penalidad de declararse nulo el acto, contraviniendo inclusive disposiciones de orden constitucional establecidas en el artículo 122 de la Constitución Política del Estado. Es en ese entendimiento que la Autoridad administrativa – inferior a la jerárquica – necesariamente tuvo que delimitar su pronunciamiento a los fundamentos y disposiciones establecidas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 74/2006 de 23 de octubre de 2006.

Continuando con el presente análisis, las nuevas pruebas que supuestamente no fueron consideradas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones hacen referencia al carente estado de viudez declarado por autoridades jurisdiccionales en contra de Ana María Choque Villca, situación, que como se dijo anteriormente, no enerva la condición de cónyuge "de buena fe" declarada por autoridad judicial y tomada en cuenta por instancia administrativa al momento de reconocer un derecho; sin perjuicio, que como ya se dijo en el párrafo anterior la autoridad fiscalizadora no tiene competencia para revisar un fallo emitido por instancia jerárquica superior e instancia jerárquica superior no tiene competencia ni atribución para cuestionar la condición (Buena Fe), otorgada por autoridad

judicial

Lo mismo acontece con referencia a la condición de "esposa" que fue retirada del certificado de defunción de Jaime Ramírez Solares, reiterando una vez mas que la condición de "esposa" o "viuda" no desvirtúa la condición de cónyuge "de Buena fe", declarada por autoridad judicial y jerárquica administrativa, correspondiendo remitirse a la fundamentación legal precedentemente citada; como lo es la Ley de Pensiones Nº 1732 vigente a momento de dictarse pronunciamiento anterior como la recientemente Ley de Pensiones promulgada en fecha 10 de diciembre de 2010, fundamentación suficiente concerniente a la materia para otorgar un derecho establecido por una Ley especial.

Asimismo, cabe aclarar que uno de los elementos fundamentales del acto administrativo es precisamente la fundamentación del mismo, estableciendo el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo de manera clara e inequívoca que el fundamento del acto administrativo deberá expresarse de manera concreta respecto a las razones que inducen a emitir dicho acto, entonces, la fundamentación de un acto administrativo no implica traer a colación una serie de normativa legal que no viene al caso y no concierne a la materia, ni realizar una retórica tendiente a adentrarse en el ámbito de la subjetividad y poner en duda la eficacia del pronunciamiento administrativo.

Por otro lado, la parte recurrente hace alusión a la disposición legal establecida en el parágrafo II del artículo 1006 del Código Civil en reiteradas oportunidades aduciendo que dicha disposición legal no ha merecido ninguna valoración, realizando una interpretación propia de la citada norma civil citando doctrina la cual merece su valoración de acuerdo a la siguiente compulsa.

La recurrente afirma que el matrimonio entre Ana María Choque y Jaime Ramírez Solares fue declarado nulo precisamente porque este último no se encontraba en libertad de estado y a momento de contraer matrimonio se encontraba legalmente casado con Clorinda Guerra, situación que excluye a la segunda esposa de la sucesión del premuerto ya que al momento del fallecimiento del de cujus, este estaba ligado a matrimonio válido con la primera esposa; analicemos:

De acuerdo a lo manifestado por el recurrente y la fundamentación legal realizada en instancia jerárquica corresponde realizar una valoración cronológica de los hechos acontecidos en el caso que no ocupa. Retrotrayéndonos en el tiempo tenemos que el matrimonio entre Jaime Ramírez y Clorinda Guerra fue llevado a cabo en fecha 21 de agosto de 1971, posteriormente se evidencia proceso de divorcio entre los citados cónyuges, que radicó en el Juzgado Cuarto de Partido de Familia, mismo que dictó sentencia declarando probada la demanda en fecha 30 de mayo de 1979; luego de dictada la citada sentencia, esta fue en revisión de oficio ante la Corte Superior del Distrito en cumplimiento a lo dispuesto en el abrogado Decreto Ley Nº 14849, por la cual la Sala Civil Primera mediante Resolución Nº 241/80 de 09 de junio de 1980 Aprueba la sentencia elevada en revisión y la ejecutoria de dicha sentencia (conforme lo señala la parte considerativa de la sentencia emitida por el Juez Tercero de Partido de Familia) fue producida en fecha 16 de noviembre de 2001. Ahora bien, con relación al segundo

matrimonio de Jaime Ramírez Solares con Ana María Choque se tiene que el mismo fue llevado a cabo en fecha 20 de enero de 1980, habiéndose declarado nulo por Resolución Nº 257/2003 de 18 de septiembre de 2003, elevado en grado de apelación ante la Sala Civil Cuarta de la Respetable Corte Superior del Distrito de La Paz quien mediante Resolución Nº S-052/2005 de 29 de julio de 2005 confirmó la sentencia pronunciada por el Juez Tercero de Partido de Familia.

Como se puede apreciar de los hechos cronológicos glosados, Ana María Choque Villca contrajo matrimonio civil con Jaime Ramírez Solares aproximadamente cinco meses antes de que la Sala Civil Primera de la Respetable Corte Superior del Distrito de La Paz emitiera la Resolución Nº 241/80 aprobando la Sentencia de divorcio Nº 95/79 pronunciada por el Juzgado Cuarto de Partido de Familia sobre el primer matrimonio contraído por Jaime Ramírez Solares. Lo cual conllevó a que el Juzgado Tercero de Partido de Familia declare la anulabilidad absoluta del segundo matrimonio del citado consorte con Ana María Choque.

El aspecto sobresaliente sobre el presente tema es que la parte recurrente afirma que la ejecutoria de la acción de divorcio del primer matrimonio fue recién ejecutoriada en fecha 16 de noviembre de 2001,(aunque después aseguró que hasta la fecha dicha sentencia no cuenta con la ejecutoria), en consecuencia a momento del fallecimiento de Jaime Ramírez el matrimonio con Clorinda Guerra gozaba de plena validez a decir de la recurrente, por lo que se debió dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 1106 del Código Civil.

Al respecto corresponde traer a colación los presupuestos legales de la cosa juzgada anteriormente analizada por instancia administrativa jerárquica en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG-SIREFI RJ Nº 76/2006 de 23 de octubre de 2006, que a la letra refiere:

> ***"IV.4.2. Cosa Juzgada***
>
> *Al respecto es necesario señalar que el instituto de la cosa juzgada puede ser definido como la adquisición de los atributos de autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ellos medios de impugnación que permitan modificarla, es decir cuando adquiere carácter definitivo, por lo tanto esa sentencia adquiere la calidad de verdad jurídica, inimpugnable, inmodificable y coercible.*
>
> *De conformidad a los Artículos 514 y 515 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada se ejecutarán, sin alterar ni modificar su contenido, por los jueces de primera instancia que hubieren conocidos del proceso. Las sentencias recibirán autoridad de cosa juzgada: 1) Cuando la ley no reconociere en el pleito otra instancia ni recurso. 2) Cuando las partes consintieren expresa o tácitamente en su ejecutoria.*
>
> *De estos Artículos se puede inferir que las sentencias dictadas por los jueces competentes, adquieren calidad de cosa juzgada o pasan en autoridad de cosa juzgada cuando las partes no tienen posibilidad de apelar o cuando teniendo esa potestad no la ejercitan.*
>
> *En el presente caso, la sentencia de divorcio que disolvió el matrimonio del Sr. Jaime Ramírez Solares con Clorínda Guerra adquirió la calidad de fallo inimpugnable, inmodificable y coercible, desde el momento en que una vez transcurrido el plazo para la interposición*

del recurso de apelación, las partes no hicieron uso de ese recurso, haciendo que dicha sentencia de fecha 30 de mayo de 1979 pase en autoridad de cosa juzgada.

De acuerdo al Artículo 141 del Código de Familia la sentencia de divorcio disuelve el matrimonio desde el día en que pasa en autoridad de cosa juzgada, por lo que Jaime Ramírez Solares, al momento de su fallecimiento (27 de junio de 1999) se encontraba divorciado de la Sra. Clorínda Guerra.

Por tanto, el matrimonio de Jaime Ramírez Solares con Ana María Choque Villca fue declarado nulo después de que murió Jaime Ramírez Solares y al momento de su muerte no se encontraba ligado por matrimonio válido con Clorínda Guerra, por lo que el Parágrafo II del Artículo 1106 del Código Civil que establece: 'El cónyuge sobreviviente de buena fe queda, sin embargo, excluido de la sucesión si la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por matrimonio válido en el momento de su muerte .', no se aplica a la situación de Ana María Choque Villca."

De acuerdo a la glosa citada, de manera clara y concreta la instancia jerárquica manifestó el carácter de cosa juzgada que surte sus efectos cuando contra el fallo emitido por autoridad competente no existe o se agotaron los medios legales de impugnación que pudieren modificar dicho fallo, así como teniendo dicha posibilidad de impugnación, las partes no la ejercitan, entonces: la ejecutoria de un determinado fallo corresponde a un acto procesal formal que no cuestiona la calidad de cosa juzgada del acto principal. Asimismo, la doctrina y el derecho ampliamente han establecido el alcance de la ejecutoria de los actos jurídicos, dándoles el carácter de ejecutoria tácita y/o formal.

Ahora bien el parágrafo II del artículo 1106 del Código Civil establece como un requisito sine quanum **la calidad de matrimonio válido** para la exclusión del cónyuge de buena fe, situación legal que no se configura en el presente caso ya que la Resolución N° 241/80 de 09 de junio de 1980 emitida por la Sala Civil Cuarta de la R. Corte Superior del Distrito de la Paz que aprobó la sentencia de divorcio pronunciada por el Juzgado Cuarto de Partido de Familia, no habiendo sido recurrido esta en el plazo procesal establecido adquirió la autoridad de cosa juzgada formal, en consecuencia el matrimonio de Clorinda Guerra y Jaime Ramírez Solares no contaba con la condición de validez desde el momento que ha operado la preclusión del derecho a ser impugnada la Resolución que aprueba dicho divorcio, en consecuencia no constituye un fundamento legalmente sustentable señalar que la ejecutoria de dicha resolución recién se la dio el año 2001 y en consecuencia el matrimonio Ramírez-Guerra gozaba de plena validez.

3.- SOBRE LAS SENTENCIAS CON AUTORIDAD DE COSA JUZGADA EN MATERIA JUDICIAL.-

El recurrente manifiesta también que la autoridad administrativa ha ignorado sentencias judiciales que tienen la autoridad de cosa juzgada como lo es la sentencia y Auto de Vista que declara nulo el matrimonio Ramírez-Choque, la sentencia del Juzgado Primero de Partido en lo Civil que dispone la exclusión de "esposa" de Ana María Choque en el Certificado de Defunción de Jaime Ramírez Solares, así como el informe N° 1031/2010 de 14 de octubre de 2010 emitido por la Dirección Nacional de Identificación Personal dependiente de la Policía Nacional en el que señala que se debe proceder a la renovación del carnet de identidad de Ana María Choque con el estado civil de soltera como consecuencia de la sentencia judicial 267/2003 de 18 de septiembre de 2003.

Respecto a ello corresponde reiterar lo manifestado ut supra en relación a la condición de cónyuge o conviviente que la extinta Ley de Pensiones Nº 1732 y la actual Ley de Pensiones Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 que dispone como requisito para ser declarado Derechohabiente del premuerto; debiendo el recurrente llegar a entender que en el presente caso no se está dilucidando el título con el que quedo la Sra. Choque Villca es decir viuda y/o esposa de Jaime Ramírez Solares, sino la condición de cónyuge o conviviente supérstite de buena fe que le fue otorgada en primera instancia por un juez competente en el que también salva sus derechos, y como consecuencia de ello la instancia administrativa otorgó a Ana María Choque Villca la condición de Derechohabiente de Primer Grado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley de Pensiones en plena vigencia a momento de emitir pronunciamiento. Reiterando una vez más que los documentos a los que hace referencia el recurrente refieren a actos procesales que no enervan la condición de cónyuge o conviviente de buena fe menos un informe emitido por autoridad policial que no causa estado ni siquiera en la vía judicial a la que tantas veces se hace referencia.

Finalmente, de acuerdo a lo manifestado por la propia recurrente "*el matrimonio anulado produce sin embargo sus efectos, como si hubiera sido válido hasta que la sentencia de anulación pasa en autoridad de cosa juzgada,…*" (inciso g y numeral II del punto IV del memorial de Recurso Jerárquico), y en el presente caso la autoridad de cosa juzgada en el matrimonio Ramírez-Guerra fue adquirida a momento de haber trascurrido el plazo procesal para impugnar la Resolución Nº 241/80 de 09 de junio de 1980 emitida por la Sala Civil Primera de la Respetable Corte Superior del Distrito de La Paz aprobando la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado Cuarto de Partido de Familia, en consecuencia y de acuerdo a lo manifestado por instancia jerárquica en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ Nº 74/2006 corresponde la aplicabilidad de los establecido en el parágrafo I del artículo 1006 del Código Civil.

4.- SOBRE LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA EN MATERIA ADMINISTRATIVA.-

En el inciso i) del punto IV del memorial de Recurso Jerárquico el impetrante señala que en materia administrativa no existe la condición de "cosa Juzgada" haciendo alusión a Jurisprudencia establecida en la sentencia de Sala Plena 131-A/2009 de 17 de abril de 2009 así como aspectos doctrinales afirmando que la administración pública puede rever sus decisiones de acuerdo al interés público aunque esta hubieren sido dictadas en forma embrionaria de juicio.

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

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

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

Asimismo, si bien es cierto que determinadas decisiones adoptadas por el órgano judicial deben ser reconocidas en materia administrativa están tendrán que tener relación entre competencias; es por este motivo que la instancia administrativa reconoció del derecho a la pensión por muerte por Riesgo Común a Ana María Choque por una declaración judicial de Cónyuge de Buena Fe emitida por el Juez Tercero de Partido de Familia. Ahora, si bien es cierto que también se suscitaron otro tipo de fallos judiciales con relación a la condición de viuda y esposa de la Derechohabiente, estas decisiones en ningún momento cuestionaron ni dejaron sin efecto la calificación de cónyuge de Buena Fe otorgada por autoridad jurisdiccional, motivo por el cual la instancia administrativa no podrá rever su pronunciamiento mientras dicha determinación judicial no sea modificada o dejada sin efecto por autoridad judicial competente.

En consecuencia y como se dijo anteriormente, no corresponde a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones revisar ni modificar un fallo emitido por instancia procesal superior, en todo caso es ella la que debe pronunciarse sobre la revisión o no del fallo emitido de acuerdo los nuevos elementos de prueba que cuestionen o dejen sin efecto la condición de calificación de Buena Fe dada por autoridad judicial, haciendo hincapié que las sentencias judiciales de acuerdo a normativa legal vigente son de cumplimiento obligatorio, situación que no puede ser soslayada por autoridad administrativa, bajo responsabilidad de esta

5.- SOBRE LA PRUEBA DE RECIENTE OBTENCIÓN PRESENTADA POR EL RECURRENTE.-

La apoderada legal de Roger Ramírez Calle en fecha 02 de junio presenta en calidad de

prueba de reciente obtención copia del pasaporte de Ana María Choque Villca en el que certifica su flujo migratorio, por el cual manifiesta que la nombrada no ha tenido una convivencia singular con Jaime Ramírez Solares en especial a los dos últimos años anteriores a su fallecimiento, y amparada en dicha documentación señala que durante los tres años antes de la muerte del de cujus ella se encontraba viviendo en Estado Unidos de América, y que el tiempo de permanencia en Bolivia era apenas de 15 a 20 días.

Como se dijo anteriormente el derecho otorgado a Ana María Choque Villca fue precisamente por la declaración de cónyuge de buena fe por la cual accede a la condición de derechohabiente de primer grado que le permite obtener una pensión por muerte al fallecimiento del causante.

Efectivamente, la documentación adjunta al expediente administrativo como prueba de reciente obtención conlleva una situación diferente a la fundamentada durante todo el proceso administrativo sobre la condición de "viuda" o "esposa", debido a que esta cuestiona un contexto de hecho como lo es la convivencia singular que no se dio durante la relación entre Ana María Choque y Jaime Ramírez.

Es necesario que quede claro que la decisión tomada por instancia administrativa surge precisamente **como consecuencia de una declaración judicial** que a la fecha no ha sufrido variación por otros actos judiciales llevados a cabo, entonces, la prueba de reciente obtención presentada que eventualmente podría cuestionar la situación legal otorgada por autoridad judicial necesariamente debe ser puesta a consideración de la competencia jurisdiccional que salvo los derechos de Ana María Choque.

Asimismo, de acuerdo a lo manifestado, con relación a la condición legal de Ana María Choque Villca sobre la supresión de la condición de "esposa" y "viuda" el pronunciamiento emitido por la extinta Superintendencia General del SIREFI se encuentra firme en sede administrativa, empero la condición de cónyuge putativa cuestionaba finalmente por la prueba presentada por Roger Ramírez Calle debe ser necesariamente objeto de una valoración y pronunciamiento **por autoridad competente en la vía judicial**, pronunciamiento legal que permitirá a la administración pública revisar la condición de Derechohabiente de Ana María Choque Villca.

6.- SOBRE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR TERCERO INTERESADO.-

Mediante memorial presentado en fecha 17 de mayo de 2011, Ana María Choque Villca en su condición de Tercero Interesado en el proceso de autos, presenta sus alegatos contestando negativamente el Recurso Jerárquico interpuesto cuestionando en primera instancia la falta de legitimación activa del recurrente manifestado que este no tiene ningún derecho para arrogarse potestad o facultad para hacer valer derechos ajenos.

El artículo 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece la Acción legítima del Administrado a toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación de la administración pública; en este contexto corresponde realizar una análisis legal sobre la condición de legitimidad

que detenta en recurrente sobre su pretensión dentro el presente trámite administrativo.

Roger Ramírez Calle en su condición de hijo de Jaime Ramírez Solares conlleva la condición de Derechohabiente en primer grado, de conformidad lo establecido por la recientemente promulgada Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, así como lo normaba la extinta Disposición Legal Ley de Pensiones N° 1732.

Asimismo el Decreto Supremo N° 822 de 16 de marzo de 2011 establece el porcentaje de la asignación de Pensión por Muerte por Riesgo Común a los Derechohabientes hijos hasta los 25 años de edad inclusive; porcentaje calculado en el artículo 7° de la citada norma legal reglamentaria (Par. II); todo ello establecido también el Decreto Reglamentario de la extinta Ley de Pensiones N° 1732, situación legal que definitivamente otorga una legitimación activa del recurrente dentro del presente procedimiento administrativo, en la posible existencia de variación de los porcentajes de asignación.

Posteriormente Ana María Choque realiza una cronología de hechos y actos jurídicos que ya fueron objeto de pronunciamiento ut supra llegando a establecer de manera clara y concreta que la condición de "viuda" o "esposa" no inhibe la condición de cónyuge o conviviente de buena fe, aspecto que también fue objeto de valoración en procedimiento administrativo anterior.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a todo lo compulsado se llega a las siguientes conclusiones de orden legal.

Que, la supresión de condición de "esposa" y "viuda" de Ana María Choque Villca establecida por autoridades judiciales no enerva la condición de cónyuge supérstite beneficiaria o derechohabiente, tal cual lo establecía el artículo 5 de la extinta ley de Pensiones N° 1732 recopilada por la recientemente promulgada Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su anexo correspondiente al *"Glosario de Términos Previsionales del Sistema Integral de Pensiones"*

Que, la documentación referente a tal condición (esposa y/o viuda), ya fue valorada por instancia administrativa y mereció pronunciamiento al respecto como consecuencia de una determinación judicial mediante Sentencia emitida por Juez competente en la vía judicial como lo es el otorgarle a la Derechohabiente la condición de Buena fe y salvar sus derechos; acto administrativo que se encuentra firme en sede administrativa.

Que, el órgano administrativo inferior no tiene competencia ni atribución de revisar ni modificar pronunciamiento emitido por instancia jerárquica superior, en consecuencia, la Autoridad de Supervisión y Control Social de Pensiones no está facultada legal ni procedimentalmente a revisar ni modificar parcial o totalmente la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N° 74/2006 de octubre de 2003.

Que, si bien el pronunciamiento administrativo ya emitido se encuentra firme en sede administrativa, este pronunciamiento fue realizado con relación a la condición legal de

esposa y/o viuda de la derechohabiente, la condición que manifiesta el recurrente con la documentación última presentada como prueba de reciente obtención debe también necesariamente merecer un pronunciamiento legal judicial que cuestione o modifique el de Buena Fe otorgado por el Juez Tercero de Partido de Familia para que instancia administrativa revise el pronunciamiento emitido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ Nº 74/2006 de octubre de 2003.

Que, la legitimación del recurrente tal cual lo establece el artículo 11, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo se activa a favor de este al tener la condición de derechohabiente de primer grado como hijo legitimo del de cujus de conformidad a lo establecido por el anexo a la Ley de Pensiones Nº 65 de 10 de diciembre de 2010 y articulo 7º Par. II del Decreto Reglamentario Nº 822 de 16 de marzo de 2011

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a todo lo referido en la Presente Resolución Ministerial Jerárquica y a las conclusiones arribadas, la autoridad recurrida a dado cumplimiento al procedimiento administrativo estableciéndose la imposibilidad legal de revisar un fallo emitido por instancia administrativa procedimental superior; así como establecer de manera clara que la supresión de la condición de "viuda" o "esposa" dispuestas por autoridades judiciales no enervan la condición de Cónyuge de Buena fe otorgada también por autoridad judicial en la que además salva los derechos de la beneficiaria y en cumplimiento a dicha disposición instancia administrativa le otorgó el derecho a percibir una Rente por Muerte por Riesgo Común y no así una renta de "viudedad" como afirma el recurrente; derecho y condición que necesariamente debe ser modificada y/o cuestionada por autoridad judicial para que competencia administrativa revise el fallo pronunciado y el derecho otorgado

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43, literal a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá confirmar la Resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 022-2011 de 26 de enero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 293-2010 de 08 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones

SEGUNDO.- Se salvan los derechos del recurrente de presentar documentación legal de declaración judicial que modifique la condición de Buena Fe otorgada a Ana María Choque Villca por el Juzgado Tercero de Partido de Familia del Distrito Judicial de La Paz mediante Resolución Nº 267/2003 de 18 de septiembre de 2003, debiendo en cuyo caso la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros revisar y en su caso modificar el fallo administrativo concluido con la emisión de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ Nº 74/2006 de 23 de octubre d 2006.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 101/2011 DE 10 DE FEBRERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 033/2011 DE 13 DE JULIO DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 033/2011

La Paz, 13 de julio de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI/N°101/2011 de 10 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N°1053/2010 de 17 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 015/2011 de 7 de junio de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 078/2011 de 27 de junio de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 01 de marzo de 2011, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, representada legalmente por su Gerente General, el señor Jaime Dunn De Ávila, tal como acredita el Testimonio Poder N°1184/2010 de 07 de enero de 2010, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N°7 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa ASFI/Nº101/2011 de 10 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº1053/2010 de 17 de diciembre de 2010.

Que, mediante nota ASFI/R-25500/2011 con fecha de recepción de 04 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 101/2011 de 10 de febrero de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 11 de marzo de 2011, notificado el 17 del mismo mes.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA ASFI/DSV/R-117722/2010 DE 10 NOVIEMBRE DE 2010, REFERENTE A LA NOTIFICACIÓN CON CARGOS EN RELACIÓN AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CESIÓN IRREVOCABLE DE DERECHOS SOBRE FLUJOS FUTUROS PARA FINES DE TITULARIZACIÓN Y ADMINISTRACIÓN.-

Mediante nota ASFI/DSV/R-117722/2010 recibida el 18 de noviembre de 2010 por BDP Sociedad de Titularización S.A. la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero imputó el siguiente cargo:

> *"La Sociedad de Titularización como administradora del Patrimonio Autónomo IC NORTE - NAFIBO 005, no habría entregado al Originador Industrial y Comercial Norte S.A., el total del excedente del Coeficiente de Cobertura Cupón correspondiente al mes de agosto, conforme lo establecido en el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, suscrito por Nafibo Sociedad de Titularización S.A. e Industrial y Comercial Norte S.A.*
>
> *Dicha conducta incumpliría el numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera y el numeral 22.10 de la Cláusula Vigésima Segunda del citado Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, protocolizado mediante Escritura Pública N°2218/2005 de 30 de agosto de 2005, por lo que constituiría contravención el primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000".*

2. Descargos presentados por BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A..-

BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A. presentó descargos dentro del plazo otorgado por la ASFI, manifestando en lo principal lo siguiente:

- *"La Sociedad de Titularización en calidad de administrador y representante legal del Patrimonio Autónomo IC NORTE – NAFIBO 005, habría cumplido con el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y*

Administración, al realizar el cálculo conforme lo establece la Cláusula Décima Tercera, numeral 13.1, entregando al Originador los excedentes de los flujos cedidos cuando el Coeficiente de Cobertura de cupón fue mayor al proyectado; consecuentemente se habría cumplido con lo establecido en el numeral 22.11 de la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato.

- *Asimismo, manifiesta que cualquier observación en cuanto a la aplicación de la fórmula y al cálculo del Coeficiente, no generaría incumplimiento al contrato, sino un cálculo con un resultado, que en algún caso podría considerarse una omisión involuntaria en el registro de un dato específico correspondiente a la fórmula determinada, en el contrato, hecho que en ningún momento fue intencionado, por lo que no constituiría una acción deliberada por parte del administrador. Igualmente, señala que el hecho será susceptible de enmienda, que no causaría en forma directa o indirecta perjuicio alguno a persona natural o jurídica y que la Sociedad de Titularización, como efecto, no habría obtenido ganancias o beneficio alguno, directa o indirectamente, para sí o para terceros como el Patrimonio Autónomo, el cual prosiguió siendo administrado conforme lo establece el contrato; consiguientemente, no se habría generado ningún efecto hacia los participantes y el Mercado de Valores.*

- *Por otro lado, la figura o tipo descrita en el artículo 25 e inciso c) del artículo 26 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052/2000, no se adecuaría a la subsunción del hecho o acto, toda vez que la Sociedad de Titularización habría cumplido lo dispuesto por el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, ya que en aplicación del numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera se procedió al cálculo del Coeficiente de Cobertura de Cupón correspondiente al mes de agosto y a la devolución de excedentes al Originador. El hecho que el resultado de dicho calculo haya sido afectado por una omisión involuntaria en la asignación de una de las variables de la fórmula, generó que el mes siguiente la Sociedad de Titularización haya realizado la entrega al Originador de $us23,098.73, resultado de los excedentes acumulados a septiembre, no implicaría un incumplimiento en el servicio de administración del Patrimonio Autónomo por parte de la Sociedad de Titularización, que se habría dado conforme lo dispuesto por el citado Contrato.*

- *El hecho del incumplimiento se manifestaría por el no cálculo del Coeficiente de Cupón correspondiente al mes o el no pago (devolución) del excedente al Originador de dichos montos*".

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°1053/2010 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Evaluados los descargos presentados por BDP Sociedad de Titularización S.A.; la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N°1053/2010 de 17 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

***"PRIMERO.-** Sancionar a **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** con multa en Bolivianos, equivalente a $us.1,000.00 (UN MIL 00/100 DOLARES AMERICANOS), por infracción al*

numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera y el numeral 22.10 de la Cláusula Vigésima Segunda del citado Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, protocolizado mediante Escritura Pública Nº2218/2005 de 30 de agosto de 2005, contraviniendo en primer párrafo del artículo 25 y el inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 13 de enero de 2011, **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº1053/2010 de 17 de diciembre de 2010, con los siguientes argumentos:

"… Por lo que dentro del plazo establecido en el artículo 58 del Decreto Supremo Nº27175 de Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera 'SIREFI' de 15 de septiembre de 2003, se interpone recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI Nº1053/2010 de 17 de diciembre de 2010, sustentada en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto Supremo Nº27175, los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por el ente regulador, que tenga alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

En el presente caso la citada Resolución recurrida es un acto administrativo de carácter particular que lesiona y causa perjuicio a la Sociedad de Titularización al determinar una sanción desproporcionada de $us.1.000.00 (Un mil 00/100 Dólares Americanos) en función a un supuesto costo de oportunidad no determinado en su valor -es decir que la ASFI no realiza un cálculo que sustente el mismo-, constituyendo una presunción 'Praesumptio Juris Tantum' y que determinaría una mala administración en cuanto a dicho Patrimonio Autónomo, aspectos que lesionan sus derechos subjetivos e intereses legítimos como es el derecho a la imagen de éste ente regulado, al cuestionar su labor como administrador del Patrimonio Autónomo IC NORTE-NAFIBO 005.

Al respecto corresponde observar con relación a la determinación del valor de la multa, que la misma fue establecida de forma arbitraria y sin fundamento jurídico y técnico suficiente, toda vez que, la Resolución ASFI Nº1053/2010 señala en relación a lo dispuesto por el artículo 11 (Circunstancias de la infracción) del Decreto Supremo Nº26156 que establece:

'La Superintendencia aplicará las sanciones señaladas en el Título II del Decreto Supremo, en el marco de los principios consagrados en el artículo 3 y ***sobre la base de las siguientes circunstancias de la infracción, que <u>determinarán</u> la sanción correspondiente:***

a) La acción, deliberada o no, del presunto infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.

b) El perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción.

c) Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa e indirectamente para si o para terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.

d) Las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el Mercado de Valores.

e) Los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero.' (las negrillas y subrayado son nuestras)

Limitándose la Autoridad de Supervisión a señalar:

'Que, en el ejercicio de la potestad sancionadora, es necesario tomar en cuenta las circunstancias de la infracción ratificada, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción a imponerse; por lo que, con el fin de modular la sanción aplicable corresponde ponderar las siguientes circunstancias que concurrieron para imponer la multa de Primer Rango:

- *El costo de oportunidad respecto al monto faltante de $us.7.092.00 del excedente correspondiente a agosto de 2010, puesto que el Originador debía haber recibido dicho importe en el plazo establecido en el Contrato de Cesión, es decir veintiocho días antes de la fecha recibida'*

Al respecto corresponde protestar, que dicho supuesto análisis determina la existencia de una presunción sujeta a comprobación para la determinación del valor del costo de oportunidad que habría perdido el Originador en cuanto al tiempo transcurrido, presunción que en ningún momento dentro los argumentos expuestos en la Resolución objeto de la presente impugnación es demostrada y mucho menos en la fundamentación precedentemente transcrita -NO EXISTIENDO CALCULO ALGUNO QUE DETERMINE EL MISMO y mucho menos alcance a la suma determinada como sanción, que representa el 14% del valor determinado como base del supuesto costo de oportunidad determinado, dicho monto correspondería sea repuesto al originador, aspecto que tampoco es considerado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución ASFI N°1053/2010.

Es más, tal es así que se observa en la página 7 segunda viñeta de la Resolución de referencia, que el importe recalculado por el Ente Supervisor (ASFI) del Coeficiente de Cobertura de Cupón y del Excedente de Recursos 'establecen un importe de $us.40.828.39 (Cuarenta mil ochocientos veintiocho 39/100 Dólares Americanos)', monto

comunicado por ASFI al BDP Sociedad de Titularización S.A. mediante nota ASFI/DSV/R-99314/2010 de 29 de septiembre de 2010, el cual es erróneo, ya que el saldo pendiente de pago al Originador fue de $us.7,092.61 del mes de agosto. Lo que deriva y determina duda sobre la forma de cálculo adoptada por la ASFI y la aplicación de la fórmula establecida en el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, protocolizado mediante Escritura Pública N°2218/2005 de 30 de agosto de 2005 realizada por esta, así como sobre la forma de cálculo y determinación de la multa impuesta al BDP Sociedad de Titularización S.A. en la Resolución ASFI N°1053/2010.

Por lo que resulta evidente la falta de sustento en la presunción del costo de oportunidad no determinado por la ASFI al momento de dictar la Resolución ASFI N°1053/2010, consecuentemente se infiere y resulta evidente la no aplicación del Principio de Proporcionalidad al no subsumir la figura correspondiente a dicho principio cual es, el establecimiento de la sanción pecuniaria en cuanto al supuesto beneficio -no determinado- del infractor en relación al cumplimento de la obligación.

Tal es así, que prosiguiendo con la transcripción de la segunda viñeta del párrafo citado, la Resolución dictada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala.

- ***'La Sociedad de Titularización no obtuvo ganancia o beneficio como Consecuencia de la infracción'** (Pág. 9. segunda viñeta) (Las negrillas son nuestras).*

Lo que deriva en la inobservancia y por ende inaplicabilidad por parte del ente regulador en la emisión del acto administrativo, de lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece:

'(Principios Sancionadores). Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.'

Adicionalmente, la 3ra y 4ta viñeta del la página 9 de la Resolución ASFI N° 1053/2010, expresa:

- *'No hubo consecuencias o repercusiones en el Mercado'*
- *'Finalmente, corresponde considerar que la Sociedad no es reincidente en dicha contravención'*

Lo que claramente determina que la Sociedad de Titularización mantiene y trabaja en el resguardo y pro de una imagen comercial e institucional limpia e intachable, aspecto que es corroborado al señalar la Resolución sancionatoria, que no hubo consecuencias para el Mercado de Valores y que no se registra reincidencia, ergo la determinación de una sanción pecuniaria y tan elevada, bajo la subsunción de incumplimiento a resoluciones de la Autoridad Reguladora como es la Resolución Administrativa SPVS-IV-

N°052 de 14 de febrero de 2000 Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, específicamente al artículo 25 y al inciso c) del articulo 26 por infracción al numeral 13.1 de la Cláusula Decima Tercera y el Numeral 21.10 de la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de titularización y Administración, se basaría en una supuesta mala administración del Patrimonio Autónomo IC NORTE – NAFIBO 005, argumento expuesto en la viñeta de la página 8 de la Resolución recurrida que expresa:

'En razón a lo expuesto se concluye que la entidad no realizó la administración de recursos del Patrimonio Autónomo de acuerdo al Contrato de Cesión, ya que no aplicó correctamente la fórmula de cálculo del Coeficiente de Cobertura Cupón y del excedente de recursos establecida en el contrato, por lo que no entregó de forma completa y dentro del plazo establecido, el excedente al Originador correspondiente al mes de agosto, por lo que se ratifica el cargo por infracción al numeral 13.1 de la Cláusula Decima Tercera y numeral 22.10 de la Cláusula Vigésima Segunda del citado Contrato de Cesión Irrevocable de derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, protocolizado mediante Escritura Pública N°2218/2005 de 30 de agosto de 2005, contraviniendo el primer párrafo de! artículo 25 y el inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de titularización, aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052 de 14 de febrero de 2000'

Lo que determina una afectación y perjuicio de los derechos subjetivos de la Sociedad de Titularización e intereses legítimos de ésta, dado el contenido de la mismas, la fundamentaron del "Ratio Desidendi" y que al ser publicada dicha Resolución sin que se hayan agotado las instancias recursivas administrativas, deriva y se constituye en un acto administrativo que puede afectar la imagen de ésta, en un mercado tan sensitivo como es el Mercado de Valores.

Adicionalmente, cabe observar que no es evidente la tipicidad de -una supuesta infracción al contrato o partes de éste- conforme lo señala la Resolución recurrida en su 'Ratio Decidendi' y artículo Primero de la parte resolutiva de la misma, ya que al tratarse de un contrato de carácter comercial, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico que rige la materia, complementada por el Código Civil, lo que rige a dicho contrato ante dicha supuesta figura seria el incumplimiento y no la infracción, elemento que es aplicable en materia administrativa en cuanto a la norma regulatoria administrativa y no a los contratos, por tanto se vulneró el principio de tipicidad y legalidad, en cuanto a la subsunción de la figura descrita como infracción, toda vez que BDP Sociedad de Titularización S.A. no reconoce haber aplicado erróneamente la fórmula de cálculo determinada en el Contrato de Cesión, debido a que la aplicación se la hizo en estricto cumplimento a lo establecido en el numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera, que no es lo mismo que la inclusión de un monto diferente en una de las variables de la fórmula. Hecho que sí debe ser objeto de análisis y no el incumplimiento del contrato como si fuese una infracción. Aspecto técnico y legal que debe ser adecuadamente valorado por la Autoridad Reguladora".

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°101/2011 DE 10 DE FEBRERO DE 2011.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N°101/2011 de 10 de febrero de 2011 resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N°1053/2010 de 17 de diciembre de 2010 con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los argumentos expuestos por la sociedad recurrente, la revisión de los antecedentes y las normas legales que regulan el Mercado de Valores, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Con referencia al 'supuesto costo de oportunidad no determinado en su valor por ASFI' alegado por BDP Sociedad de Titularización, se tiene:

Que, la finalidad y uso de los recursos atañe únicamente al Originador no siendo función de ASFI determinar el valor del costo de oportunidad, por cuanto dicho valor no constituye un parámetro para la modulación de la sanción impuesta, razón por la que el argumento expresado por el recurrente en sentido de que ASFI no determinó el valor del 'supuesto costo de oportunidad', no es atendible.

Que, como lo expresan Case, Karl y Fair, Ray (Principios de Microeconomía, Ed. Prentice Hall, Bogotá. 1997): 'por su importancia, el costo de oportunidad es un concepto fundamental en la economía y se refiere a aquello de lo que un agente se priva o renuncia cuando hace una elección o toma una decisión'.

Que, del concepto transcrito se infiere que todos los costos económicos tienen costos de oportunidad, es decir tienen un costo de uso alternativo. Así, el costo de oportunidad del capital es el rendimiento que producirá si está empleado de otro modo, traducido al caso de análisis se evidenció que el error operativo en que incurrió BDP Sociedad de Titularización S.A., por falta de control interno, generó un saldo pendiente de pago a IC Norte de $us7,092.00 (Siete Mil Noventa y Dos 00/100 Dólares Americanos) por 28 días, situación que generó una pérdida al Originador traducido en un costo de oportunidad; es decir el Originador no sólo dejó de percibir los $us7,092.00 por 28 días, sino que además no tuvo la oportunidad de darle un uso alternativo que produzca rendimiento.

2. Respecto a lo alegado de que: 'La determinación del valor de la multa, fue establecida de forma arbitraria y sin fundamento jurídico y técnico suficiente'.

Que la Resolución ASFI N° 1053/2010. hoy recurrida, valoró todas y cada una de las circunstancias de la infracción; no obstante, cabe reiterar que en el marco de los principios sancionadores establecidos en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 26156 y de las circunstancias de la infracción previstas en el artículo 11 del mencionado Decreto, se consideró lo siguiente:

a) ***La acción, deliberada o no, del presunto Infractor en los actos, hechos u omisiones***

constitutivos de la Infracción. *BDP Sociedad de Titularización S.A. realizó un recálculo del Coeficiente de Cobertura Cupón y de excedentes para agosto de 2010 de manera errada (conducta negligente), lo que generó la entrega incompleta del excedente de recursos al Originador.*

b) ***El perjuicio causado de forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al Mercado de Valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción.*** *El monto pendiente de pago a IC Norte de $us. 7 092,00 (Siete Mil Noventa y Dos 00/100 Dólares Americanos) por 28 días, dio lugar a que se produzca una pérdida del costo de oportunidad; es decir que el Originador no sólo dejó de percibir dicho monto por 28 días sino que además no tuvo la oportunidad de invertirlo.*

c) ***Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o Indirectamente para sí o para terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*** *No se verificó que con la infracción, la Sociedad de Titularización hubiera obtenido ganancias, beneficios o ventajas directa o indirectamente.*

d) ***Consecuencia o repercusiones en el Mercado de Valores-*** *Tampoco se verificó que con la infracción se hayan producido consecuencias o repercusiones en el Mercado de Valores.*

e) ***Antecedentes de las personas naturales o jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o el sistema financiero-*** *Se comprobó que la Sociedad no ha tenido conducta reincidente, similar a la contravención acusada.*

Que, las circunstancias de la infracción citadas, fueron consideradas para modular la imposición de la sanción, sin embargo debe aclararse que no es necesaria la concurrencia de todas ellas para determinar el monto de la multa aplicable, por ello lo expresado por el recurrente de que 'no hubieron consecuencias para el Mercado de Valores y tampoco se registro reincidencia' no exime a BDP Sociedad de Titularización S.A. de su responsabilidad, por los errores operativos en los que incurrió.

3. Respecto a la 'no aplicación del Principio de Proporcionalidad'

Que, previamente conviene referirse a los conceptos que sobre este tema ha elaborado la doctrina: Para Teresa Aguado Correa ('Principios de Derecho Administrativo', Editorial Edersa. Madrid 1999) 'El principio de proporcionalidad es un principio inherente al Estado de Derecho, derivable de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos'.

Justamente por razón de su contenido resulta trascendente en el Derecho sancionador administrativo, toda vez que lo normal es que éste regule las sanciones de forma flexible, es decir, otorgando cierto margen de apreciación a la Administración para la graduación de la sanción. Dicho Derecho (sic) implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. ***El juicio de proporcionalidad -debe***

ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. *A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*

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

Que, para aplicar la sanción se han considerado los parámetros descritos ut supra, habiéndose efectuado la subsunción como sigue:

a) El hecho imputado se encuentra calificado como infracción*, en el parágrafo primero del artículo 25 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052 de 14 de febrero de 2000, al prever que: 'La Sociedad de Titularización* ***propenderá por el manejo seguro y eficiente de los*** *bienes y* ***recursos que ingresen al patrimonio autónomo*** *con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde o* ***procedentes de flujos generados por los activos, en los términos y condiciones previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral irrevocable de Cesión de Bienes o Activos.*** *En concordancia con lo anterior, la* ***Sociedad de Titularización*** *no será responsable por el éxito financiero de los procesos de titularización, pero* ***RESPONDERÁ CIVILMENTE HASTA POR CULPA LEVE EN EL CUMPLIMIENTO DE SU GESTIÓN.*** *Esto significa que* ***la responsabilidad de la Sociedad de Titularización ante los procesos de titularización administrados por ella, ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADOS",*** *de ahí que la Sociedad tiene el deber ineludible de actuar con la máxima diligencia (de un bonus pater familie).*

Que, el hecho imputado también se encuentra calificado en el inciso c) del artículo 26 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052 de 14 de febrero de 2000, cuando determina que; 'Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, la Sociedad de Titularización tendrá en especial las siguientes (...) c) ***Administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral irrevocable de Cesión de Bienes o Activos'***

b) El hecho imputado se encuentra plenamente probado *y reconocido de manera expresa por la recurrente, cuando en sus descargos afirmó '(...) en algún caso podría considerarse una omisión involuntaria en el registro de un dato específico correspondiente a la fórmula determinada en el contrato, hecho que en ningún momento fue intencionado' para continuar señalando que: 'la Sociedad de Titularización cumplió lo dispuesto por el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, ya que en aplicación del numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera procedió al cálculo del Coeficiente de*

cobertura de Cupón correspondiente al mes de agosto y a ***LA DEVOLUCIÓN DE EXCEDENTES AL ORIGINADOR EN EL MES SIGUIENTE (SEPTIEMBRE)'.***

c) *Finalmente, ASFI conforme se desarrollo en el punto 1), ponderó las circunstancias concurrentes previstas en el artículo 11 del Decreto Supremo N°26156, a fin de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

Que, lo anterior fue expresado en la Resolución recurrida, cuando en el quinto considerando determina de manera textual:

'Que, a efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores que señala que, las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Que, siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A. se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el no cumplir en forma con las medidas establecidas por este Órgano de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas; b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado, puesto que la entidad reconoce expresamente en sus descargos la infracción imputada al señalar que, efectuaron el cálculo erróneo del Coeficiente de Cobertura de Cupón del mes de agosto de 2010, hecho que generó que entregará al mes siguiente el monto de excedente faltante'.

Que, la infracción cometida no se remite únicamente al daño ocasionado al Originador por el cálculo erróneo del Coeficiente de Cobertura de Cupón del mes de agosto de 2010, sino a la obligación de la recurrente de conducirse en los negocios que administra con la diligencia de un profesional, de un buen padre de familia, es decir aplicando la máxima diligencia en sus actos.

Que, el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 de 23 de abril de 2002, dispone que: 'El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas', de ahí que en función a las circunstancias de la conducta y al perjuicio generado en la exigencia de que exista equilibrio entre la infracción y la finalidad perseguida y considerando que no hubo reincidencia de la infracción, ni ventajas o beneficios para la Sociedad o Terceros y que tampoco se

produjeron consecuencias en el Mercado de Valores, ASFI cumplió con el principio de proporcionalidad; es decir, aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta del recurrente, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

4. Con relación a lo alegado de que: 'El importe recalculado por el Ente Supervisor del Coeficiente de Cobertura de cupón y del Excedente de Recursos, es erróneo lo que determina duda sobre la forma de cálculo adoptada por ASFI y la aplicación de la fórmula establecida en el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración'

Que, evidentemente y como lo señala la Sociedad recurrente, el cálculo establecido por ASFI, mediante nota ASFI/DSV/R-99314/2010 de 29 de septiembre de 2010, tiene una variación de $us.0,61 sin embargo este aspecto no tiene incidencia alguna por cuanto no determina el monto de la multa impuesta ni constituye un elemento eximente de responsabilidad para la Sociedad.

5. Respecto a lo expresado por la Sociedad: 'que al ser publicada dicha Resolución sin que se hayan agotado las instancias recursivas administrativas, deriva y se constituye en un acto administrativo que puede afectar la imagen de ésta, en un mercado tan sensitivo como es el Mercado de Valores'

Que corresponde precisar que tal como lo establece el artículo 21 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003: 'las Resoluciones Administrativas definitivas dictadas por las Superintendencias del SIREFI, una vez notificadas legalmente, gozan de legalidad, fuerza ejecutiva y los Superintendentes deben ejecutar y hacerlas cumplir', por su parte el artículo 23 de la misma normativa, determina que: 'la interposición de cualquier recurso de impugnación, no suspende la ejecución y efectos de la Resolución'. En este sentido, ASFI procedió a la publicación del acto administrativo a través del Reporte de Hechos Relevantes, de forma posterior a su notificación, sujetando su accionar a los principios de legalidad, legitimidad y publicidad que rigen en materia administrativa.

6. Sobre el argumento de falta de tipicidad y legalidad, se alega que; 'al tratarse de un contrato de carácter comercial, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico que rige la materia, complementada por el Código Civil, lo que rige a dicho contrato ante dicha supuesta figura sería el incumplimiento y no la infracción'

Que, ciertamente, y como lo menciona la Entidad recurrente, los contratos se rigen por la autonomía de la voluntad y están sometidos al Código de Comercio y al Código Civil, sin embargo es menester considerar la labor que cumple el Órgano de Supervisión respecto a las actividades desarrolladas por la Sociedad de Titularización, cuyo funcionamiento se efectiviza a partir de la correspondiente autorización para realizar actividades en el Mercado de Valores de acuerdo a su objeto exclusivo.

Que, en este sentido, el objeto principal de la Sociedad es administrar patrimonios autónomos creados a través de procesos de titularización, que en el caso analizado fue instrumentalizado mediante el Contrato de Cesión Irrevocable de bienes o activos protocolizado mediante Escritura Pública N°2218/2005 de 30 de agosto de 2005, cumpliendo lo establecido en el Decreto Supremo N°25514 de 17 de septiembre de 1999, que reglamenta el proceso de titularización.

Que, el Contrato de Cesión Irrevocable de bienes o activos contempla el acto de cesión de bienes para la conformación del patrimonio autónomo, los términos y condiciones necesarias para el proceso de titularización y entre otros aspectos, las obligaciones de la Sociedad de Titularización como administrador del Patrimonio Autónomo, por lo que el seguimiento al cumplimiento de las labores de la Sociedad de Titularización, por parte de este Órgano de Supervisión, debe efectuarse en relación a las condiciones establecidas en dicho contrato.

Que, este aspecto se encuentra claramente establecido en el artículo 25 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización aprobado por Resolución Administrativa N°052 de 14 de febrero de 2000, en este marco se establece que ASFI sancionó la contravención a las obligaciones prescritas en el artículo 25 y el inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización por incumplimiento a las cláusulas contractuales y no por infracción como de manera errada y por un lapsus calamis consignó en el Resuelve Primero de la Resolución ASFI N°1053/2010 de 17 de diciembre de 2010, situación que debe ser enmendada.

7. Finalmente, respecto al argumento que refiere: 'BDP Sociedad de Titularización no reconoce haber aplicado erróneamente la fórmula de cálculo determinada en el Contrato de Cesión, debido a que la aplicación se la hizo en estricto cumplimiento a lo establecido en el numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera, que no es lo mismo que la inclusión de un monto diferente en una de las variables de la fórmula'.

Que, el hecho de aplicar una variable distinta a la determinada en la forma de cálculo implica 'cálculo erróneo del Coeficiente de Cobertura Cupón', por tanto, la entidad corrobora que incumplió el numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Cesión, tal cual se estableció en el primer y segundo punto del quinto considerando de la Resolución objeto del recurso.

CONSIDERANDO:

*Que, los argumentos expuestos por BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A. no han sido suficientes para enervar el contenido de la Resolución ASFI N°1053/2010 de 17 de diciembre de 2010, sin embargo corresponde la confirmación parcial a objeto de enmendar el Resuelve Primero de la Resolución ASFI N°1053/2010 de 17 de diciembre de 2010, modificando la palabra **infracción** a las cláusulas contractuales por incumplimiento".*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 01 de marzo de 2011, BDP Sociedad de Titularización S.A., presenta el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°101/2011 de 10 de febrero de 2011, expresando lo siguiente:

"…El fundamento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para la confirmación del supuesto incumplimiento es:

'Que, para aplicar la sanción se han considerado los parámetros descritos ut supra, habiéndose efectuado la subsunción como sigue:

a) El hecho imputado se encuentra calificado como infracción, en el parágrafo primero del artículo 25 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052 de 14 de febrero de 2000, al prever que 'La Sociedad de Titularización propenderá por el manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde o procedentes de flujos generados por los activos, en los términos y condiciones previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos. En consecuencia con lo anterior, la Sociedad de Titularización no será responsable por el éxito financiero de los procesos de titularización, pero RESPONDERÁ CIVILMENTE HASTA POR CULPA LEVE EN EL CUMPLIMIENTO DE SU GESTIÓN. Esto significa que la responsabilidad de la Sociedad de Titularización ante los procesos de titularización administrados por ella, ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADOS', de ahí que la Sociedad tiene el deber ineludible de actuar con la máxima diligencia (de un bonus pater familia)

Que, el hecho imputado también se encuentra calificado en el inciso c) del artículo 26 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-NS 052 de 14 de febrero de 2000, cuando determina que:

'Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, la sociedad de Titularización tendrá en especial las siguientes (...) c) Administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral irrevocable de Cesión de Bienes y Activos'.

b) El hecho imputado se encuentra plenamente probado y reconocido de manera expresa por el recurrente, cuando en sus descargos afirmó '(...) en algún caso podría considerarse una omisión involuntaria: en el registro de un dato específico correspondiente a la formula determinada en el contrato, hecho que en ningún momento fue intencionado' para continuar señalando que: la Sociedad de Titularización cumplió lo dispuesto por el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, ya que en aplicación del numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera procedió al cálculo del

Coeficiente de Cobertura de Cupón correspondiente al mes de agosto y a LA DEVOLUCIÓN DE EXCEDENTES AL ORIGINADOR EN EL MES SIGUIENTE (SEPTIEMBRE)'.

Al respecto corresponde señalar que, el incumplimiento de contrato o de una cláusula se da cuando: Código Civil. 'Art. 339.- (RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR QUE NO CUMPLE). El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento es atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable.

Al incumplimiento es aplicable lo dispuesto en cuanto al resarcimiento por dicho cuerpo sustantivo que norma: Art. 347- (RESARCIMIENTO EN LAS OBLIGACIÓN 1-3 PECUNIARIAS). En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, el resarcimiento por el retraso en el cumplimiento sólo consiste en el pago de los intereses legales desde el día de la mora. Esta regla rige aún cuando anteriormente no se hubieran debido intereses y el acreedor no justifique haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, se deberán los intereses moratorios en la misma medida, siempre que se encuentren dentro de los límites permitidos.

Art. 348.- (CULPA CONCURRENTE DEL ACREEDOR). I. Si un hecho culposo del acreedor hubiere concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se disminuirá en proporción a la gravedad del hecho y a la importancia de las consecuencias derivadas de él. II. No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria.

Por lo expuesto al haber procedido la Sociedad de Titularización 'a LA DEVOLUCIÓN DE EXCEDENTES AL ORIGINADOR EN EL MES SIGUIENTE (SEPTIEMBRE)' el supuesto daño queda subsanado, daño que en ningún momento fue observado por los tenedores de los Valores y mucho menos por el Representante Común de los Tenedores, ya que el concepto por el cual se realiza dicha reposición al originador no responde al cumplimiento de una obligación de pago de la obligación principal, es más, al contrario se refiere a la reposición al originador de recursos que fueron previstos en demasía por éste para el pago de la obligación principal, por consiguiente no se da la condición de incumplimiento, sino el cumplimiento parcial de la obligación de administración en cuanto a la aplicación del numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera, Cálculo del Coeficiente de Cobertura de Cupón correspondiente al mes de agosto y a LA DEVOLUCIÓN DE EXCEDENTES AL ORIGINADOR EN EL MES SIGUIENTE (SEPTIEMBRE). Condición esta última (DEVOLUCIÓN DE EXCEDENTES AL ORIGINADOR) determinada de forma periódica, en términos establecidos por el contrato de Cesión, y no aleatorios, razón por la cual no puede determinarse de forma aleatoria la ejecución de un desembolso a favor del originador por el administrador, lo que si representaría un exceso por parte de este, resultando incongruente la interpretación que realiza la Autoridad al señalar, que transcurrieron 28 días hasta la efectivización de la devolución en el mes de septiembre.

No obstante lo expuesto en cuanto al supuesto incumplimiento, sustento de la Resolución ASFI N°101/2011 y la Resolución ASFI N°1053/2010 corresponde observar, que la

determinación de incumplimiento de un contrato en materia comercial corresponde a un Juez competente en dicha materia, por tanto la determinación de incumplimiento realizada por el Ente Regulador en la parte resolutiva de la Resolución ASFI N°101/2011 de 10 de febrero de 2011 representa un exceso en cuanto a la competencia administrativa que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Toda vez que la Ley 2427 de 23 de noviembre de 2002 en su artículo 26 establece 'La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, tiene las atribuciones establecidas en la Ley de Pensiones, la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Seguros y otras disposiciones legales conexas'. En dicho contexto de regulación, el último párrafo del artículo 1ro de la Ley 1834 de 31 de marzo de 1998 prescribe 'La presente Ley también norma el funcionamiento y atribuciones, de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros encargada de la fiscalización, control y regulación del Mercado de Valores', por lo que el artículo 15 del la citada Ley especial establece las Funciones y atribuciones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, no encontrándose entre ellas las correspondientes al ámbito jurisdiccional comercial o civil, dado por los códigos respectivos sustantivos y adjetivos. Por lo que es evidente la falta de competencia del Ente Regulador para la determinación de un incumplimiento de contrato y sobre dicha base determinar una infracción a la norma administrativa, lo que deriva en la inobservancia del principio de congruencia.

Ahora, en relación a la subsunción de la figura dada por el artículo 25 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052/2000 de 14 de febrero de 2000, en consideración al supuesto hecho de un incumplimiento parcial al contrato que habría determinado la ASFI (sin competencia para aquello), que derivaría en una supuesta falta de la Sociedad de Titularización a 'propende (sic) por un manejo seguro y eficiente de los recursos que ingresen al patrimonio autónomo con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde o procedentes de flujos generados por los activos, en los términos y condiciones previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral irrevocable de Cesión de Bienes o Activos', no se adecúa, toda vez que en ningún momento se demuestra que la Sociedad de Titularización haya incurrido o realizado actos que determinen un manejo inseguro o deficiente de los recursos provenientes de la colocación de los valores de titularización o procedentes de los flujos generados en los términos y condiciones del Contrato de Cesión. No obstante de la falta de fundamentación en cuanto a la subsunción a un supuesto manejo inseguro e ineficiente de los recursos que componen el Patrimonio Autónomo, se señala, que los recursos en ningún momento fueron expuestos a condiciones fuera de las establecidas en el contrato de Cesión, en las cuentas determinadas por éste y a los fines a los cuales se halla determinado, por tanto es evidente la falta de sustento de la Resolución ASFI N°101/2011 que confirma parcialmente la Resolución ASFI N°1053/2010.

De igual forma, se desvirtúa el fundamento, con relación a la supuesta infracción a lo dispuesto por el inciso c) del artículo 26 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-N°052/2000 de 14 de febrero de 2000, como resultado de un incumplimiento de contrato no determinado por autoridad competente, como pretende fundamentar la ASFI en la Resolución objeto del presente recurso y que confirma parcialmente la Resolución 1053/2010.

Lo que deriva en la falta de aplicación del Principio de Congruencia por parte de la ASFI, en cuanto a la tipificación y sanción a lo largo del proceso administrativo que establece: '…que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, debe ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final'. '...la motivación que tiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a la que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa'.

El profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en su libro 'Derecho Administrativo General', refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la circunstanciada motivación de la sentencia, donde se expresa y justifica los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha. Por lo que, la motivación expresa (sic) por la administración, en sujeción al principio de congruencia, debe estar íntimamente ligada a la decisión adoptada. Conforme lo señala en las páginas 44 y 45 de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de 20 de enero de 2011.

Asimismo, representa un exceso la determinación de una multa equivalente en Bolivianos a $us.1000.00 (Un mil 00/100 Dólares Norteamericanos), basando su fundamentación el ente regulador en un supuesto daño cuando expresa en los puntos 1 y 2 inciso c) de la Resolución Administrativa 101/2011 de 10 de febrero de 2011 en la que ASFI menciona, que el Originador no sólo dejó de percibir los US$ 7.092,00 por 28 días, sino que además no tuvo oportunidad de darle un uso alternativo que produzca rendimiento. Cabe mencionar que analizando las alternativas que producen rendimientos en ese período de tiempo, entre cajas de ahorro, depósitos a plazo fijo y operaciones en el Mercado de Valores Boliviano, encontramos las siguientes:

> (A continuación se elaboraron dos cuadros comparativos, el primero de información sobre el Interés que perciben los ahorristas por sus depósitos (Fuente Banco Central de Bolivia) y el segundo sobre las Tasas de Rendimiento Diarias (Fuente Bolsa Boliviana de Valores) ilustrando el recurrente lo que refiere al costo de oportunidad de acuerdo al siguiente texto):

En este sentido, encontrando un mejor rendimiento en FASSIL FFP de 2,68%, llegamos al siguiente costo de oportunidad:

*Interés = 7.092 * (0.0268* 28/360)*
Interés = Sus 14,78 (Costo de Oportunidad)

Resultado que denota que la sanción impuesta no guarda proporcionalidad con el supuesto daño causado NO demostrado y mucho menos determinado por la Autoridad

de Supervisión del Sistema Financiero, basando la sanción en una presunción no demostrada, lo que determina una incongruencia e inaplicabilidad por parte de dicho ente regulador del principio de proporcionalidad, que establece y se basa en:

> *'el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustada a los fines de norma que la autorizan, proporcional a los hechos que le sirvan de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material...*
>
> *En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las (sic) norma aplicable de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios si podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así se debe tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) naturaleza de los perjuicios causados c) la reincidencia en la comisión'. (Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011)*

Al respecto, es evidente de la consideración de la sanción objeto del presente recurso y que ratifica parcialmente la Resolución ASFI N°1053/2010, que la sanción impuesta por la ASFI por el equivalente en Bs. a $us.1.000.- (Un mil 00/100 Dólares Norteamericanos) hace abstracción de dichos criterios y marco teórico, al determinar una sanción sobre un supuesto incumplimiento no determinado por autoridad competente, al no determinar el valor del supuesto daño causado y basarse en una presunción sujeta a prueba, al analizar las circunstancias de la supuesta infracción no considera como atenuantes los aspectos tales como: Que no se verificó que con que la sociedad hubiera obtenido ganancias, beneficio o ventajas directa o indirectamente; No se verifico que con la infracción se hayan producido consecuencias o repercusiones en el Mercado de Valores; Que la Sociedad no tiene conductas reincidentes o similar a la contravención acusada.

Basándose simplemente en el concepto esbozado por Teresa Agudo Correa ('Principios de Derecho Administrativo', Editorial Edersa, Madrid 1999') 'El principio de

proporcionalidad es un principio inherente al Estado de Derecho, derivable de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos'. Y no en una valoración de la verdad material. Lo que deriva en un abuso del principio de proporcionalidad y de discrecionalidad al momento de determinar la sanción a aplicar.

- *Respecto al punto 3 inciso c) reiteramos nuevamente que la Sociedad de Titularización en ningún momento aplicó erróneamente la fórmula de cálculo establecida en el Contrato de Cesión, debido a que la aplicación se la hizo en estricto cumplimiento a lo establecido en el numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración. Lo que sí ocurrió es que el resultado producto del cálculo del Coeficiente de Cobertura Cupón, implicó un monto menor debido a que una de las variables de la fórmula fue registrada con un monto mayor al establecido en el Balance Diario de fecha 31 de julio de 2010.*

- *Con respecto al punto 4, ASFI mediante nota ASFI/DSV/R-99314/2010 de fecha 29 de septiembre de 2010 informó a BDP Sociedad de Titularización S.A., 'que del recálculo del Coeficiente de Cobertura Cupón y del excedente de recursos, se estableció un importe de $us.40.828,39 (Cuarenta Mil Ochocientos Veintiocho 39/100 Dólares de los Estados Unidos de América) quedando un saldo pendiente al Originador de $us.7.092,00 (Siete Mil Noventa y Dos 00/100 Dolores de los Estados Unidos de América). Se observa nuevamente que el importe recalculado por el Órgano de Supervisión de US$.40.828,39 es erróneo, porque si tomamos éste importe como resultado del Coeficiente de Cobertura de Cupón, el saldo pendiente de pago al Originador sería $us.4.828,09 y no US$7.092,00 como informa ASFI. Por lo tanto, es más que evidente que existe* ***una variación de $us.2.724,52 y no de $us.0,6l*** *como establece ASFI en su Resolución Administrativa ASFI N° 101/2011 de fecha 10 de febrero de 2011. (las negrillas son nuestras)..."*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Producto del desarrollo de los antecedentes, la sanción administrativa al **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.,** será compulsada en primer término en función al cargo imputado.

Cargo: primer párrafo del artículo 25 y el inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000.

Para una mejor comprensión dentro del análisis que se realiza, se procede a continuación a trascribir cada artículo imputado, en tal razón se tiene:

> "***ARTÍCULO 25.- Responsabilidad.*** *La Sociedad de Titularización propenderá por el manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo con ocasión de la colocación de los valores, si corresponde o procedentes de flujos generados por los activos, en los términos y condiciones previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos. En concordancia con lo anterior, la Sociedad de Titularización no será responsable por el éxito financiero de los procesos de titularización, pero responderá civilmente hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Esto significa que la responsabilidad de la Sociedad de Titularización ante los procesos de titularización administrados por ella, es de medio y no de resultado.*
>
> ***ARTÍCULO 26.- Obligaciones.*** *Además de las obligaciones contempladas en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, las Sociedades de Titularización tendrán en especial las siguientes:*
> *c) Administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el Contrato o en el Acto Unilateral Irrevocable de Cesión de Bienes o Activos*".

El incumplimiento a la normativa antes citada es el efecto, siendo la causa para la sanción al **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** la forma de cálculo del Coeficiente de Cobertura de Cupón establecido en el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, que analizando los componentes de la fórmula de dicho coeficiente, se tiene que:

Coeficiente de Cobertura de Cupón = (EFCAn-1 – GPn + FLn-1) / Cupón n

Donde:

EFCAn–1= Exceso de Flujo de Caja Acumulado.
GPn = Gastos Presupuestados del Patrimonio Autónomo.
FLn–1 = Saldo en el Fondo de Liquidez.
Cupón n = Son los pagos de capital e intereses, según corresponda, de los Valores de Titularización.
n–1 = Es el mes vencido anterior a la fecha de cálculo.
n = Es el mes actual de la fecha de cálculo.

La información para el cálculo del coeficiente, es en base a datos históricos que IC NORTE remite a la Sociedad de Titularización, y posteriormente, ésta Entidad realiza el cálculo e informa a la ASFI, para su revisión.

En tal sentido, en los descargos presentados por el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, reconoce de manera expresa el hecho imputado, de acuerdo al siguiente texto: "…*en algún caso podría considerarse una omisión involuntaria en el registro de una dato específico correspondiente a la fórmula determinada en el contrato, hecho que en ningún momento fue intencionado*…" asimismo señala también: "*... reiteramos nuevamente que la Sociedad de Titularización en ningún momento aplico erróneamente la fórmula de cálculo establecida en el contrato…" (…) "… lo que sí ocurrió es que el resultado producto del cálculo del Coeficiente de Cobertura del Cupón, implicó un monto menor debido a que una de la variables de la fórmula fue registrada con un monto mayor al establecido en el Balance Diario de fecha 31 de julio de 2010.*"

Al respecto lo manifestado por el regulado refleja que los cálculos de los coeficientes en los procesos de titularización hubieran sido realizados de manera manual y no sistematizada, y más, siendo una Sociedad que tiene todas las herramientas para el seguimiento y control.

Por otra parte, en relación al **Costo de Oportunidad**, al que hacen mención en su Recurso Jerárquico el **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.**, le resta la importancia a este concepto, debido a que expresa que IC NORTE habría perdido en el tiempo (28 días) un total de US$.14,78; siendo que la **oportunidad** es el concepto básico de contar con el rendimiento producto de una decisión de inversión. Además, que el cálculo del retorno de una inversión no constituye un parámetro para modular la sanción impuesta por la ASFI, debido a que este ente regulador no determina el modo, el tiempo, el plazo ni la finalidad de la utilización de los recursos por parte del Originador.

Finalmente, el Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000, en el artículo 28 primer y tercer párrafo, establece que: "***Seguimiento y control de gestión***. *Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los representantes legales, al síndico y a los funcionarios de la Sociedad de Titularización, el directorio deberá efectuar un seguimiento a la gestión de administración de la totalidad de patrimonios autónomos administrados, que le permita cerciorarse que se cumplen los Contratos o los Actos Unilaterales Irrevocables de Cesión de Bienes o Activos respectivos y adoptar las medidas que estime pertinentes para el mejor desarrollo y evolución de los mismos… Dichas medidas y reglas deberán estar documentadas en manuales y reglamentos internos de cada Sociedad de Titularización*".

Por lo anterior se colige que en la normativa se establece la oportunidad de realizar seguimiento y control, a todos los procesos de titularización por parte del Directorio, lo que demuestra, ausencia de estas tareas en la actividad principal de la Entidad.

De acuerdo a lo manifestado ut supra es evidente y constituye una verdad material que BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A. no realizó un correcto cálculo del Coeficiente de Cobertura de Cupón establecido en el Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración sin perjuicio de que el error en el cálculo haya sido producido de manera involuntaria – como lo expresa el recurrente – lo cierto es que el costo de oportunidad se vio afectado sin importar el monto económico de

rendimiento, lo que devenga de manera evidente en un incumplimiento de contrato; siendo de absoluta responsabilidad de la sociedad de titularización el manejo seguro y eficiente de los bienes y recursos que ingresen al patrimonio autónomo con ocasión de la colocación de los valores en los términos y condiciones previstos en el Contrato suscrito, así como la obligación de administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el citado Contrato tal cual rezan los artículos 25 y 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización, aprobado por la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000.

1.1. Sobre el cuestionamiento de la competencia administrativa.-

La entidad recurrente manifiesta como un exceso de competencia administrativa el pronunciamiento emitido por la Autoridad Fiscalizadora sobre el incumplimiento del numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera y numeral 22.10 de la Clausula Vigésima Segunda del Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración, ya que el establecer el incumplimiento de un contrato de naturaleza comercial corresponde a juez competente en la materia.

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

En este contexto la labor del regulador es precisamente establecer infracciones y/o incumplimientos a la norma administrativa que involucra en determinadas ocasiones acciones de carácter civil, comercial, etc., aspecto que de ninguna manera exige la usurpación de una competencia delegada a otro órgano jurisdiccional, ya que el eventual incumplimiento en la ejecución de un contrato que tenga alcance civil o comercial en materia regulatoria administrativa necesariamente debe estar intrínsecamente ligado con disposiciones legales administrativas y de carácter regulatorio que en el presente caso conlleva a una omisión en la aplicación de lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000 que aprueba el Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización en el Mercado de Valores.

De acuerdo a lo manifestado corresponde reiterar que la autoridad fiscalizadora no estableció el incumplimiento a una cláusula de un contrato circunscribiéndose solo a la valoración individual de este, sino que necesariamente debe circunscribir su actuar, valoración y pronunciamiento a la norma regulatoria administrativa a la materia como lo es la citada Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000; y si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere realizado una valoración y posteriormente haber emitido pronunciamiento sólo del cuestionado Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración la competencia cuestionada por regulado, constituiría un agravio legítimo para proceder a revisar la competencia administrativa regulatoria delegada al Sistema de Regulación Financiera.

Lo que el administrado debe llegar a comprender es que el incumplimiento del numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera y numeral 22.10 de la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración no cuestiona ni pone en cuestionamiento la eficacia y ejecución del Contrato en materia civil y/o comercial, ya que el incumplimiento de ello se debe y encuentra intrínsecamente ligado a lo establecido en los artículos 25 y 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización en el Mercado de Valores aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000.

Finalmente, el recurrente manifiesta que la atribución delegada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es la *"fiscalización, control y regulación del Mercado de Valores"*; atribuciones conferidas en resguardo, protección y defensa de los intereses legales de todos aquellos ciudadanos personas particulares y/o jurídicas para proteger sus inversiones ante los mercados regulados, atribuciones otorgadas a la administración pública de revisión de actos jurídicos de carácter civil, comercial, etc., y emitir un pronunciamiento en concordancia y sometimiento a las disposiciones legales administrativas que a la materia conciernen. Es así que BDP Sociedad de Titularización S.A. fue sancionada por un error, o un mal cálculo del *"Coeficiente de Cobertura de Cupón"* que devengó en la conculcación a los artículos 25 y 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización en el Mercado de Valores aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº052 de 14 de febrero de 2000, que sí compete al ámbito administrativo regulatorio, en consecuencia, **en materia administrativa regulatoria,** la Sociedad de Titularización incumplió el numeral 13.1 de la Cláusula Décima Tercera y numeral 22.10 de la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración.

1.2. Referente al cuestionamiento de la aplicación de los artículos 25 y 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización en el Mercado de Valores.-

El recurrente manifiesta que en ningún momento se ha demostrado que esta haya incurrido o realizado actos que determinen un manejo inseguro o deficiente de los recursos provenientes de la colocación de los valores de titularización o procedentes de los flujos generados en los términos y condiciones del contrato de cesión.

Tanto los actos administrativos recurridos, el informe técnico emitido por esta instancia jerárquica – textualizado ut supra – como el mismo recurrente, reconoció el error cometido en el cálculo del Coeficiente de Cobertura de Cupón, conducta que se constituye en un elemento deficiente e inseguro en la administración de los recursos confiados sin perjuicio de que –como manifiesta el recurrente – no haya habido una intención de cometer dicho error, conducta que se encuadra en la disposición vigésima quinta del citado Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización en el Mercado de Valores; además la obligación de administrar los bienes provenientes de la titularización en la forma y con los requisitos previstos en el contrato no es un simple enunciado en la norma y no constituye fundamento suficiente alegar que *"los recursos confiados en ningún momento fueron expuestos a condiciones fuera de las establecidas en el contrato de cesión"*; puesto que el haber hecho un mal cálculo y no utilizado de forma adecuada la fórmula inserta en el contrato de

referencia, constituye una forma de exponer los recursos confiados a condiciones que no se ajustan a lo establecido en la cláusula 13.1 del citado contrato.

1.3. Sobre la falta de aplicación del principio de congruencia.-

BDP Sociedad de Titularización S.A. en el recurso presentado también cuestiona la falta del principio de Congruencia en cuanto a la tipificación y sanción como consecuencia de la supuesta falta de competencia alegada haciendo alusión al presente administrativo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°003/2011 de 20 de enero de 2011; revisemos:

Efectivamente la citada Resolución Ministerial Jerárquica establece los lineamientos factico-jurídicos del principio de congruencia en materia administrativa estableciendo lo requisitos esenciales que debe contener un pronunciamiento administrativo; requisitos que se resumen en: 1) Las Resoluciones Administrativas deben ser claras, precisas y coherentes, 2) Se deba guardar estrecha relación entre los hechos imputados, la *Ratio Decidendi* o Razón de la Decisión y el *Decisum* o la Decisión Final, y 3) La suficiente motivación de hecho y de derecho que debe contener el acto administrativo.

De acuerdo a lo manifestado en la Notificación de Cargos, que corresponde al punto primero sobre la tipificación del hecho, señala: "*la Sociedad de Titularización como administradora del Patrimonio Autónomo IC NORTE - NAFIBO 005, no habría entregado al Originador Industrial y Comercial Norte S.A., el total del excedente del Coeficiente de Cobertura Cupón correspondiente al mes de agosto.…" (…)Dicha conducta incumpliría el numeral 13.1 de le Cláusula Décima Tercera y el numeral 22.10 de la Cláusula Vigésima Segunda del citado Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración…" (…) por lo que constituiría contravención el primer párrafo del artículo 25 y al inciso c) del artículo 26 del Reglamento de Normas Prudenciales de Titularización…*". Como se puede apreciar la tipificación de la conducta y la eventual infracción del regulado ha sido claramente individualizada por la autoridad administrativa, fundamentando legal y técnicamente las infracciones e incumplimientos que relacionan al ámbito administrativo regulatorio.

Con relación al segundo punto se tiene que las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero establecen de manera clara los hechos imputados haciendo alusión al Informe Técnico ASFI/DSV/R-113753/2010, a la nota ASFI/DSV/R-117722/2010 (Notificación de Cargos), los descargos y agravios presentados por el recurrente, la Ratio Decidendi que realiza una valoración y fundamentación de todos y cada uno de los argumentos legales presentados por la sociedad titularizadora, las cláusulas 13.1 y 22.10 del Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos Futuros para fines de Titularización y Administración suscrito y la normativa administrativa conculcada.

Finalmente, el tercer elemento corresponde al Decisum, que resuelve los actos administrativos, imponiendo una sanción y posteriormente confirmando parcialmente dicha sanción por las consideraciones legales establecidas tanto en el acto sancionatorio como en el revocatorio y las disposiciones regulatorias conculcadas; aspecto que desvirtúa toda

pretensión de incongruencia alegada por el recurrente, más aun si esta es alegada como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de una cláusula del citado contrato.

1.4. Respecto a la Proporcionalidad en la imposición de la Sanción.-

El recurrente manifiesta que igualmente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero vulneró el principio de proporcionalidad al momento de imponer la sanción por un supuesto daño no causado, reiterando la Sociedad Titularizadora su posición de que "*en ningún momento aplicó erróneamente la fórmula de cálculo; lo que sí ocurrió es que el resultado producto del cálculo de Coeficiente de Cobertura Cupón, implico un monto menor debido a que una de las variables de la formula fue registrada con un monto mayor establecido en el Balance Diario de fecha 31 de julio de 2010.*" (Textual).

No se puede establecer como sustento legal que el regulado afirme que haya aplicado "correctamente" la fórmula establecida en el punto 13.1 de la Cláusula Décima Tercera pero el error fue dado en el cálculo del Coeficiente de Cobertura de Cupón, ya que la fórmula establecida no corresponde un elemento a cumplir por sí sólo, ya que también ésta depende de los datos que se vayan a insertar, para así aplicarla correctamente; resultando incorrecto pretender manifestar que la citada fórmula fue correctamente aplicada pero los datos fueron erróneamente insertos, imprudencia que origino el mal cálculo en la Cobertura Cupón.

Ahora bien hecha la aclaración anterior corresponde evaluar la proporcionalidad de la sanción en base a los argumentos esbozados por la entidad recurrente quien trae a colación el precedente administrativo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº003/2011 de 20 de enero de 2011 basado en tres parámetros que forman parte del citado principio cuales son: "*a) Que los Hechos imputado se previamente calificadas como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) que el hecho sancionado se encentre plenamente probado y c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de a objeto de alcanzar la necesaria y debida y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida*.

Siguiendo este razonamiento, el Decreto Supremo Nº26156 establece las condiciones generales en la aplicación de las sanciones, (Titulo I, Capítulo II), y las infracciones generales y especificas según la sanción (Título III Capitulo I), consecuentemente la tipicidad que describa la conducta del administrado debe estar simétricamente identificada en la precitada disposición legal, observando los aspectos de orden general para llegar a la especificidad de la adecuación de la infracción; en este sentido corresponde analizar si la sanción impuesta conlleva estrecha relación con el tipo adecuado.

En este sentido el articulo 12 inc. b) del Decreto Supremo Nº26156 ubicado dentro las condiciones generales en la aplicación de sanciones establece: "*Multa: Se aplicara esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.*"

Desagregando dicha norma tenemos que los elementos constitutivos son:

- ✓ Culpa,
- ✓ Obtención directa o indirecta de cualquier tipo de ventaja para sí o terceros
- ✓ Que se haya ocasionado un perjuicio económico

Corresponde ahora desarrollar el significado de cada uno de estos elementos

Así tememos que culpa es el término jurídico que, según Francesco Carrara, al igual que la negligencia, supone la "voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; se manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos o deberes.

Como segundo elemento, cuando hablamos de una obtención directa o indirecta de cualquier tipo de ventaja para sí o terceros nos referimos a que dicha acción u omisión conlleve un beneficio propio o para tercero en detrimento de intereses de carácter general o particular.

Y como tercer elemento, el perjuicio económico consiste en la ganancia económica lícita que deja de obtenerse o gastos en que se incurre por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, además del daño o detrimento material causado de manera directa.

De acuerdo a ello tememos que, subsumiendo los hechos al derecho para la aplicación o no de la sanción debe concurrir cualquiera de los tres elementos señalados no siendo estos interdependientes entre sí, siendo suficiente la concurrencia de uno de ellos para la procedencia de su aplicabilidad.

Con relación a si hubo una obtención directa o indirecta de cualquier tipo de ventaja para sí o terceros, de acuerdo a la valoración de los antecedentes se tiene que dicho elemento no se produjo.

Respecto al daño económico, queda claro que el mismo se produjo, pero que fue regularizado previamente por la entidad fiscalizada.

Estos hechos fueron tomados en cuenta dentro del proceso administrativo tanto por la Autoridad Supervisora al momento de emitir pronunciamiento como por **BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** en los recursos y descargos presentados.

Con relación a si hubo una obtención directa o indirecta de cualquier tipo de ventaja para sí o terceros, de acuerdo a la valoración de los antecedentes se tiene que dicho elemento no se produjo.

Sin embargo, tratándose de la culpa se observa que el error al realizar el cálculo del coeficiente de cobertura, sin perjuicio de que la formula expresada en el inciso 13.1 de la cláusula decima tercera del Contrato de Cesión Irrevocable de Derechos sobre Flujos

Futuros para fines de Titularización y Administración haya sido aplicada correctamente – contrario sensu a lo manifestado líneas arriba – el error de cálculo incurrido conlleva a una impericia o negligencia del actor al momento de poner en práctica la fórmula descrita; situación que denota una conducta culpable que corresponde a uno de los elementos establecidos para la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Decreto Supremo N°26156.

Finalmente, el Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 otorga la facultad discrecional al órgano de supervisión del sistema financiero de establecer la multa conforme la gravedad de la conducta y al hecho sancionado; es así que el artículo 13 de la citada disposición normativa establece los rangos de aplicación de sanción de multa a los regulados correspondiendo el Primer Rango, tal como fue calificada en el acto administrativo sancionatorio.

El citado rango de sanción establece un monto de multa desde Quinientos 00/100 Dólares Norteamericanos ($us.500.-) hasta Diez Mil 00/100 Dólares Norteamericanos ($us.10.000.-), monto económico que necesariamente debe ser determinado por el ente público al momento de imponer determinada multa con la facultad discrecional que se le es conferida, claro está previo análisis de los hechos, la conducta del infractor y posibles daños causados; es en este sentido que – como se dijo anteriormente – la multa impuesta al regulado conlleva un grado de congruencia respecto a lo fundamentado en la Resolución sancionatoria, no habiéndose sobrepasado los límites de lo establecido en el inciso a) del artículo 13 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas a la Ley del Mercado de Valores

En consecuencia el principio de proporcionalidad fue correctamente aplicado por la entidad de supervisión al momento de imponer la sanción económica al recurrente adecuando su conducta al tipo de vulneración a la norma administrativa conculcada y a la sanción a imponer de manera congruente y motivada.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a lo precedentemente compulsado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido adecuadamente con el procedimiento regulatorio administrativo, no siendo suficientemente sustentables legalmente los agravios alegados por la entidad recurrente

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá confirmar la Resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº101/2011 de 10 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº1053/2010 de 17 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FITCH RATINGS LIMITED

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 99/2011 DE 10 DE FEBRERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 034/2011 DE 13 DE JULIO DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 034/2011

La Paz, 13 de julio de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FITCH RATINGS LIMITED** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 99/2011 de fecha 10 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 1037/2010 de fecha 16 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 016/2011 de fecha 08 de junio de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 079/2011 de fecha 28 de junio de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 1º de marzo de 2011, **FITCH RATINGS LIMITED** representada por el señor Rodolfo Castillo López, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 99/2011 de fecha 10 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 1037/2010 de fecha 16 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-26138/2011 con fecha de recepción 4 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 99/2011 de fecha 10 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 1037/2010 de fecha 16 de diciembre de 2010.

Que, en atención a la providencia de fecha 10 de marzo de 2011 emitida por el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y mediante Memorial de fecha 22 de marzo de 2011, **FITCH RATINGS LIMITED** acredita su personería mediante la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 037 de fecha 2 de abril de 2001 pronunciada por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y la de su representante legal señor Rodolfo Castillo López, mediante el Testimonio de Poder Nº 015/2001, otorgado en fecha 10 de enero de 2001 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 30 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Juana Aidee Mariaca Valverde.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 23 de marzo de 2011, notificado a la recurrente en fecha 28 de marzo de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 99/2011 de 10 de febrero de 2011, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 1º de abril de 2011, a horas 10:30 a.m., se recibió la Exposición Oral de Fundamentos de la recurrente **FITCH RATINGS LIMITED** a través de sus representantes, señores Rodolfo Castillo López y Carlos Alberto Ferreira Vásquez.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-42661/2011 de fecha 21 de abril de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero acreditó la documentación complementaria que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 081/2011 de fecha 14 de abril de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA ASFI/DSV/R-118920/2010 DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2010 (NOTIFICACIÓN DE CARGOS).-

Por nota ASFI/DSV/R-118920/2010 de 12 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó a Fitch Ratings Limited, con los cargos emergentes de los Informes Técnicos (de supervisión) ASFI/DSV/R-48827 y R-109366/2010 y en los términos transcritos a continuación y referentes al cargo que fue objeto de impugnación jerárquica:

> "…*Mediante la presente, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de*

2003, se comunica a usted que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en base a los Informes Técnicos ASFI/DSV/R-48827 y R-109366/2010, estableció los siguientes cargos imputados a ***FITCH RATINGS LIMITED:***

(…)

- *Habría presentado fuera del plazo establecido en la normativa, contratos de calificación de riesgo, correspondientes a: Promujer (16 días), Cidre (97 días), Cooperativa San Pedro (10 días), Cooperativa Loyola (60 días), Fortaleza Leasing S.A. (63 días), Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo) (2 días) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, Fondo de Inversión Abierto a Mediano Plazo) (81 días).*

  Dichas conductas incumplirían lo previsto en el artículo 58 del Reglamento para Entidades, Calificadoras de Riesgo aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-250 de 26 de marzo de 2007…"

2. NOTA FITCH/BOL-1756/10 DE 3 DE DICIEMBRE DE 2010 SOBRE DESCARGO A LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota FITCH/BOL-1756/10 de 3 de diciembre de 2010, Fitch Ratings Limited respondió a los cargos de la nota ASFI/DSV/R-118920/2010 de 12 de noviembre de 2010. Referente al Cargo que es sujeto a impugnación jerárquica, responde lo transcrito a continuación:

"…*Cargo No. 8*

(…)

La parte pertinente del artículo 105 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, establece que, "Toda información relevante cuya obligación de presentación recaiga sobre un tercero regulado por la SPVS, no obliga a la persona jurídica afectada a presentarla".

Los contratos de Calificación de Riesgo mencionados se refieren a contratos ***privados y voluntarios*** *de Calificación de Riesgo, por lo tanto el plazo establecido para su presentación a la ASFI según el Artículo 58 de la Resolución Administrativa SPVS/IV/250, no corresponde por lo mencionado en el párrafo anterior (artículo 105).*

Todos los contratos mencionados se enviaron a la ASFI con las cartas de los emisores autorizando se hagan públicas sus calificaciones. Como corresponde con contratos públicos. Fitch Ratings Ltd. envió a la ASFI dichos contratos dentro de los diez (10) días hábiles a partir de recibida la notificación del emisor, tal como se puede verificar en el siguiente cuadro:

	Fecha firma	*Fecha recepción de la autorización por parte*	*Fecha de*	*Retraso en días hábiles*

Emisor	*de Contrato Privado*	*del emisor para hacer pública la Calificación de Riesgo*	*envió (sic) a la ASFI*	*sobre los 10 días permitidos*
Pro Mujer	*27.08.09*	*02.10.09*	*06.10.09*	*0*
CIDRE	*27.07.09*	*24.12.09*	*28.12.09*	*0*
Cooperativa San Pedro	*28.11.08*	*26.12.08*	*29.12.08*	*0*
Cooperativa Loyola	*23.06.08*	*30.09.08*	*01.10.08*	*0*
Fortaleza Leasing S.A.	*21.01.09*	*06.05.09*	*08.05.09*	*0*
Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP)	*09.04.09*	*23.04.09*	*28.04.09*	*0*
Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP)	*01.12.08*	*04.04.09*	*14.04.09*	*0*

Anexos 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26

En consecuencia, no existe incumplimiento de lo previsto en el artículo 58 del Reglamento para Entidades Calificadoras de Riesgo aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-250…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 1037/2010 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 1037/2010 de 16 de septiembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta las consideraciones siguientes, respecto al cargo y al descargo correspondiente a la impugnación planteada:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-129048/2010 de 7 de diciembre de 2010 e Informe Legal ASFI/DSV/R-131945/2010 de 14 de diciembre de 2010, ASFI efectuó el siguiente análisis en relación a los cargos notificados, así como a los argumentos y documentos de descargo presentados:

(…)

- ***Cargo 8.***

FITCH RATINGS LIMITED*, argumentó que en base a lo dispuesto por Reglamento del Mercado de Valores, los contratos de Calificación de Riesgo mencionados se refieren a contratos privados y voluntarios, por lo tanto el plazo establecido para su presentación a ASFI según artículo 58 de la Resolución Administrativa SPVS/IV/250 no corresponde.*

Asimismo, indicó que todos los contratos mencionados se enviaron a ASFI con cartas de los emisores autorizando se hagan públicas sus calificaciones, como corresponde con contratos públicos, dentro de los diez (10) días hábiles a partir de recibida la notificación del emisor.

Al respecto, cabe señalar que la disposición del Reglamento del Mercado de Valores señalada por la Calificadora, no aplica en el presente caso, sin embargo se

ha realizado una nueva revisión de los contratos de calificación de riesgo con Promujer, Cidre, Cooperativa San Pedro y Cooperativa Loyola, constatando que los mismos no se encuentran registrados en el RMV, por lo que procede desestimar parcialmente el cargo señalado.

*Con referencia a los demás contratos de calificación de riesgo que **FITCH RATINGS LIMITED**, debía remitir en plazo a este Órgano de Regulación, los mismos fueron enviados con retraso, infringiendo de esta manera la normativa que rige el Mercado de Valores, como se detalla en el cuadro adjunto:*

Empresa	***Fecha de Firma de Contrato***	***Fecha de envío a ASFI***	***Retraso en días hábiles***
Fortaleza Leasing S.A.	*21/01/2009*	*08/05/2009*	*63*
Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo)	*09/04/2009*	*28/04/2009*	*2*
Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo)	*01/12/2008*	*14/04/2009*	*81*

*Por lo tanto, ASFI ha determinado que en todos los casos anteriores, la Calificadora no cumplió con la presentación oportuna de la información observada por lo que corresponde ratificar parcialmente la infracción a **FITCH RATINGS LIMITED**, siendo pasible a sanción de multa en bolivianos equivalente a **$us3,450.00** (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), monto equivalente al máximo por incumplimiento y retraso en el envío de información, en cumplimiento a lo establecido por el artículo 22 del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001 que reglamenta la aplicación de sanciones administrativas de la Ley del Mercado de Valores.*

*Que, al haberse ratificado los cargos imputados a **FITCH RATINGS LIMITED** se establece que los cargos 1 y 2 son sancionados con amonestación en conformidad a al* (sic) *artículo 12, del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores y los cargos 5, 6 y 8, con multa establecida para infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de información, por un monto total de $us3,650.00 (TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS). Dichas sanciones no son tomadas en cuenta en el concurso de infracciones en atención a lo dispuesto en el tercer parágrafo del artículo 21 del citado Reglamento, que señala que las infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de información no serán pasibles de concurso de infracciones.*

(…)

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

"…***TERCERO.-*** *Sancionar a* ***FITCH RATINGS LIMITED*** *con multa en Bolivianos, equivalente a* ***$us3,650.00 (TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *por el retraso en el envío de Informes Finales de Calificación de Riesgo, de la publicación de Calificación de Riesgo y envío de los Contratos de Calificación de Riesgos; incumpliendo el parágrafo segundo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores No. 1834 y artículos 30, 32, 36 y 58 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 250 de 26 de marzo de 2007.*

CUARTO.- *Desestimar el cargo 7 imputado sobre retraso de la publicación de Calificación de Riesgo de Valores correspondiente a la Empresa Ferroviaria Andina S.A.*

De la misma forma desestimar parcialmente los cargos 4 y 8 de acuerdo a las consideraciones efectuadas en la presente Resolución y en atención al artículo 68 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo instrumentado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

QUINTO.- *El importe de las multas deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia No. 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 13 de enero de 2011, **FITCH RATINGS LIMITED** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 1037/2010 de 16 de septiembre de 2010, bajo los siguientes argumentos:

"…***II. FUNDAMENTACIÓN TÉCNICA Y JURÍDICA.***

Primero.- Registro de contratos de calificación de riesgo en el RMV. *Es fundamental aclarar que las entidades calificadoras de riesgo como FITCH,* ***no registran*** *los contratos de calificación de riesgo en el RMV. Las calificadoras de riesgo solamente registran los contratos de calificación de riesgo ante la ASFI (con carácter confidencial) y los mismos pueden ser con entidades o emisores que* ***tienen obligación*** *de tener una calificación de riesgo, como ser las entidades de intermediación financiera, emisores de deuda y otros según normativa y con entidades o emisores que* ***no tienen obligación*** *de tener una calificación de riesgo, como ser los fondos de inversión, entidades de leasing, IFD y otros, pero que* ***voluntariamente*** *solicitan una calificación de riesgo pública.*

En consecuencia, el hecho de que "los demás contratos de calificación de riesgo" de las entidades mencionadas en el Cargo 8: Fortaleza Leasing S.A., Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV FIAMP) estén inscritos en el RMV (Registro del Mercado de Valores), no tiene ningún sentido ya que los contratos de calificación de riesgo ***no*** *se registran en el RMV.*

Segundo.- Registro de entidades en el RMV. *Las entidades registradas en el RMV no necesariamente están* ***todas*** *obligadas a tener una calificación de riesgo, tal como se mencionó anteriormente y de acuerdo a la normativa.*

En consecuencia, las entidades mencionadas en el Cargo 8: Fortaleza Leasing S.A., Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP) estando inscritas en el RMV ***no tenían obligación de tener una calificación de riesgo por normativa*** *y por ende a enviar los respectivos contratos a la ASFI.*

Tercero.- Contratos privados de calificación de riesgo. *Las entidades mencionadas en el Cargo 8 optaron, voluntariamente por tener una calificación de riesgo PRIVADA, es decir que la misma no podía ser pública, debiendo FITCH contractualmente guardar total confidencialidad sobre el proceso y la información de la calificación de riesgo, incluido el contrato de calificación. Esta total confidencialidad se mantuvo hasta la autorización expresa de las entidades para publicar la calificación y adecuarse a la normativa vigente.*

Tan evidente es lo señalado, que todos los contratos que se suscribieron con las entidades mencionadas en el Cargo 8, contienen la siguiente cláusula:

"…..toda la información que sea entregada por la institución a Fitch y que no sea de dominio público, será considerada información confidencial, comprometiéndose esta última a no divulgarla ni proporcionarla a terceros….."

En consecuencia, FITCH ***no remitió los contratos privados a la ASFI*** *dentro del plazo establecido por la normativa, por el* ***carácter privado y confidencial*** *de los mismos y porque las entidades mencionadas* ***no tenían obligaciones de tener calificaciones de riesgo****.*

Cuarto.- Envío de los contratos a la ASFI. *Posteriormente a la suscripción de los contratos privados, las entidades mencionadas autorizaron expresamente a FITCH publicar las calificaciones privadas asignadas. A partir de esas autorizaciones FITCH remitió oportunamente (dentro de los 10 días hábiles) y de acuerdo a la normativa, los contratos de calificación de riesgo a la ASFI de acuerdo al siguiente cuadro.*

Empresa	***Fecha firma de contrato***	***Fecha recepción autorización para la publicación de la calificación***	***Fecha de envió a la ASFI***	***Retraso en días hábiles***
Fortaleza Leasing S.A.	*21.01.09*	*06.05.09*	*08.05.09*	*0*
Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP)	*09.04.09*	*23.04.09*	*28.04.09*	*0*
Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP)	*01.12.08*	*04.04.09*	*14.04.09*	*0*

Esta información se puede verificar por las copias legalizadas de los 3 contratos y 3 notas de autorizaciones que se adjuntan en calidad de prueba, haciendo notar que los mismos ya fueron debidamente enviados a la ASFI.

En conclusión, por lo señalado anteriormente las entidades Fortaleza Leasing S.A., Santa Cruz Investment SAFI S.A. (Renta Activa FIACP) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV FIAMP), ***no tenían obligación alguna de contar con calificaciones de riesgo a pesar de estar inscritas en el RMV, suscribieron contratos privados para contar con calificaciones de riesgo privadas, estos contratos privados no fueron remitidos a la ASFI por ser de carácter privado y confidencial, y porque no había***

obligación alguna de enviarlos a la ASFI. *Posteriormente y de forma voluntaria, estas entidades autorizaron a FITCH la publicación de las calificaciones. FITCH por su lado, en estricto cumplimiento a la normativa, realizó la publicación de las calificaciones de riesgo, envió los respectivos Informes de Calificación a la ASFI, a la BBV y a los agentes de bolsa y envió oportunamente (reiterando dentro de los 10 días hábiles a partir de la autorización de las entidades de hacer públicas las calificaciones) los contratos de calificación a la ASFI de acuerdo a la normativa. En otras palabras, no existe ningún presupuesto legal ni normativo que se haya contravenido (no hubo retraso en el envío de los contratos porque no había obligación de enviarlos por su carácter privado) por lo que no concurre ningún incumplimiento que amerite una sanción como la establecida en la resolución dictada por su Autoridad.*

III. RECURSO Y PETITORIO.

Con base en las referencias de hecho y cada una de las fundamentaciones técnicas y jurídicas vertidas, al amparo del art. 40 del D.S. 25207, de fecha 23 de octubre, interpongo Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución Administrativa No. 1037/2010 de 16 de diciembre de 2010, solicitando a vuestra Autoridad reconsidere su decisión y proceda a revocar la Resolución recurrida, solo en lo que corresponde al Cargo 8, establecido en el Tercer punto de la parte resolutiva. En caso de que esta pretensión fuese negada téngase por interpuesto el correspondiente Recurso Jerárquico, sea conforme a los procedimientos establecidos por ley…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 99/2011 DE 10 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI No. 99/2011 de 10 de febrero de 2011 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por **FITCH RATINGS LIMITED**, se confirma la Resolución Administrativa ASFI N° 1037/2010 de 16 de septiembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, previamente a entrar al análisis de los argumentos esgrimidos por el recurrente en el memorial de Recurso de Revocatoria de 13 de enero de 2011, resulta necesario hacer referencia al cargo 8 notificado y a lo dispuesto por la Resolución ASFI No. 1037/2010 de 16 de diciembre de 2010.

Que, el cargo 8 notificado mediante Carta ASFI/DSV/R-118920/2010 de 25 de noviembre de 2010, señala que: "Habría presentado fuera de plazo establecido en la normativa, contratos de calificación de riesgo correspondientes a: Promujer (16 días), Cidre (97 días), Cooperativa San Pedro (10 días), Cooperativa Loyola (60 días), Fortaleza Leasing (63 días), Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo 2 días), y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, Fondo de Inversión Abierto a Mediano Plazo 81 días). Dichas conductas incumplirían lo previsto en el artículo 58 del Reglamento para Entidades Calificadoras.

Que, la Resolución ASFI No. 1037/2010 de 16 de diciembre de 2010, en relación al cargo 8, resolvió ratificar parcialmente en virtud a que Promujer, Cidre, Cooperativa San Pedro y Cooperativa Loyola, no se encuentran registrados en el RMV. Consiguientemente, se impone una sanción de una multa en Bolivianos equivalente a $us3,450.00 (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por el retraso en el envío de información de los Contratos de Calificación de Riesgo de ***Fortaleza Leasing S.A., Santa Cruz Investment SAFI S.A. (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto a Corto Plazo), Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo)***.

Que los argumentos manifestados por FITCH RATINGS LIMITED hacen referencia a que ***I. Los Fondos de Inversión, las IFDs y las Entidades de Leasing no tendrían la obligación de contar con una calificación de riesgo; II. Las Entidades que no se encuentran registradas en el RMV no estarían obligadas a tener una calificación de riesgo. III. Las entidades por las que se sanciona en el Cargo 8 habrían optado por tener una calificación de riesgo privada, por lo que FITCH RATINGS LIMITED debía guardar total confidencialidad sobre el proceso de calificación de riesgo. IV. Las Entidades habrían autorizado a FITCH RATINGS LIMITED la publicación de las calificaciones, por lo que la Entidad Calificadora habría enviado los respectivos contratos dentro de los 10 días hábiles a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero***.

Que, con relación al punto I. referido a que ***los Fondos de Inversión, las IFD's y las Entidades de Leasing no tendrían la obligación de contar con una calificación de riesgo*** *y al punto II. referido a que* ***las entidades que no se encuentran registradas en el RMV no estarían obligadas a tener una calificación de riesgo****, se debe establecer que la finalidad principal de las Entidades Calificadoras de Riesgo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, aprobado mediante Resolución SPVS-IV No. 250 de 26 de marzo de 2007, es la calificación de Valores de oferta pública y de personas jurídicas o emisores en el Mercado de Valores. De igual manera el artículo 45 de la normativa citada dispone que es obligatoria la calificación de riesgo de las cuotas de los Fondos de Inversión Abiertos.*

Que, debemos recordar que la sanción impuesta en el cargo 8 es por la no remisión de los contratos de calificación de riesgo de Fortaleza Leasing (emisor registrado en el RMV) y dos Fondos de Inversión: Santa Cruz Investment SAFI SA (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto a Corto Plazo) y Credifondo SAFI SA (Credifondo UFV Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo).

Que, consiguientemente las aseveraciones de la Entidad Calificadora de Riego (sic) *no son correctas en virtud a que estas entidades, por disposición normativa, deben contar con una Calificación de Riesgo, por lo que estos argumentos carecen de sustento jurídico.*

Que, con relación al punto III. referido a que ***las entidades por las que se sanciona en el Cargo 8 habrían optado por tener una calificación de riesgo privada, por lo que***

FITCH RATINGS LIMITED debía guardar total confidencialidad sobre el proceso de calificación de riesgo y al punto IV. referido a que una vez que las Entidades habrían autorizado a FITCH RATINGS LIMITED la publicación de las calificaciones, la Entidad Calificadora habría enviado los respectivos contratos dentro de los 10 días hábiles a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*, de acuerdo a lo desarrollado precedentemente tanto los Fondos de Inversión Abiertos y los Emisores Inscritos en el RMV, en este caso Fortaleza Leasing, deben contar con una calificación de riesgos, por lo que no corresponde la aseveración de FITCH RATINGS LIMITED.*

Que, de igual manera los Contratos de Calificación de Riesgo y la confidencialidad que alega FITCH RATINGS LIMITED, se encuentran referidos a la información entregada y/o proporcionada por la institución a Fitch Ratings para el cumplimiento del objeto del Contrato, es decir la Calificación de Riesgo, hecho que no le impedía a la Entidad Calificadora a cumplir con el artículo 58 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, considerando que en la misma disposición legal se establece que los contratos de calificación de riesgo serán (sic) *consignados en el RMV, por lo que no tienen carácter público.*

Que, la Regulación de las Entidades Calificadoras de Riesgo no señala que previa a la remisión de los contratos suscritos entre la Calificadora y una Entidad cualquiera deba existir una nota de autorización. Asimismo, las notas de autorización a las que hace referencia FITCH RATINGS LIMITED autorizan a la publicación de las calificaciones de riesgos otorgadas por la Entidad Calificadora en los medios que corresponda y no el envío del Contrato de Calificación suscrito con las entidades establecidas en la Resolución.

Que, de igual manera el recurrente debe distinguir que el envío de Contratos de Calificación de Riesgo es diferente al envío de los Informes de Calificación por lo que la Entidad Calificadora debió dar cumplimiento estricto al artículo 58 de la mencionada Regulación y consiguientemente remitir a esta Autoridad de Supervisión los contratos de calificación de riesgos suscritos, en el plazo máximo de 10 días hábiles a partir de la firma.

Que, consiguientemente corresponde ratificar la sanción impuesta a FITCH RATINGS LIMITED en virtud a que se evidencia el retraso en el envío (sic) *los Contratos de Calificación de Riesgo de* ***Fortaleza leasing S.A., Santa Cruz Investment SAFI S.A. (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto a Corto Plazo), Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo)*** *de acuerdo al siguiente detalle:*

EMPRESA	*FIRMA DEL CONTRATO*	*PLAZO DE ACUERDO A NORMA*	*FECHA DE ENVIO*	*DIAS DE RETRASO*
Fortaleza Leasing	*21.01.2009*	*4/02/2009*	*8/05/2009*	*59*
Santa Cruz Investment SAFI	*09.04.2009*	*24/04/2009*	*28/04/2009*	*1*

Credifondo SAFI	*01.12.2008*	*15/12/2008*	*14/04/2009*	*80*

Que, en virtud a lo detallado precedentemente se evidencia que la Entidad Calificadora no cumplió con la presentación oportuna a la Autoridad de Supervisión de los Contratos de Calificación de Riesgos, obligación que fenecía a los diez días hábiles posteriores a la firma del contrato.

Que, en ese sentido el artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001, establece que:

"(…) El retraso en el envío de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, se sancionará con multa según los siguientes casos:

1. *De uno (1) a quince (15) días con el equivalente en Bolivianos a $us. 50.- por día de retraso.*
2. *Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por el inciso anterior, el retraso de la presentación de información a partir del día decimo sexto (16) hasta el trigésimo (30) día de retraso, se sancionará con el equivalente en Bolivianos a $us. 100.- por día de retraso.*
3. *Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por los incisos anteriores, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impondrá una multa equivalente en Bolivianos a $us. 200.- por día de retraso…"*

Que, consecuentemente en consideración a los días de retraso incurridos por FITCH RATINGS LIMITED en el envío de los Contratos, corresponde ratificar la totalidad de la multa impuesta para este cargo, la misma que asciende a $us3,450.00 (TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), monto máximo sancionable de conformidad a lo establecido por el artículo desarrollado en el párrafo precedente…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 1° de marzo de 2011, **FITCH RATINGS LIMITED** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 99/2011 de 10 de febrero de 2011, expresando lo siguiente:

"…***III. ASPECTOS SALIENTES DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA No. 99/2011 DE 10 DE FEBRERO DE 2011.***

A fin de corroborar una vez más la falta de solidez y respaldo legal con la que actúa la ASFI, nos permitimos cuestionar el contenido de la Resolución Administrativa No. 99/2011 recurrida, bajo los siguientes argumentos:

PRIMERO.- NATURALEZA DE LOS CONTRATOS PRIVADOS.

Como señalamos en el Recurso de Revocatorio (sic)*, no todas las entidades que se registran obligatoria o voluntariamente en el Registro del Mercado de Valores deben contar con una Calificación de Riesgo. Muchas de ellas solicitan nuestros servicios para obtener una Calificación de Riesgo y así evaluar su situación financiera crediticia* ***antes*** *de salir al Mercado de Valores.*

Para evaluar esta situación crediticia es que las entidades suscriben ***contratos privados y confidenciales*** *de Calificación de Riesgo al amparo de lo dispuesto en el art. 454 del Código Civil. Una vez conocida la Calificación de Riesgo privada, las entidades recién deciden salir o no salir al Mercado de Valores. En el caso de que las entidades decidan salir al Mercado de Valores, instruyen a* ***Fitch Ratings*** *la publicación de la Calificación de Riesgo, que hasta esa instrucción tenía carácter* ***privada*** (sic)**.**

Una vez recibida la instrucción señalada, ***Fitch Ratings*** *tiene la obligación de dar cumplimiento a la normativa establecida en la Ley del Mercado de Valores, su reglamentación y la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 250 o posteriores.*

En el caso concreto que ameritó la determinación de un cargo, a todas luces arbitrario, cabe indicar que las entidades Fortaleza Leasing S.A., Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP), las mismas que se encontraban en un proceso de preparación para salir al Mercado de Valores, solicitaron inscripción en el Registro del Mercado de Valores (RMV) y Calificaciones de Riesgo ***privadas,*** *en un proceso que generalmente dura semanas o meses. Durante este proceso de preparación y evaluación financiera, las entidades no tenían ninguna obligación de tener una Calificación de Riesgo por normativa, y por ende* ***Fitch Ratings*** *tampoco tenía obligación alguna de enviar los respectivos contratos de Calificación de Riesgo* ***privados*** *a la ASFI.*

Con relación a los Fondos de Inversión, el art. 45 del Reglamento para entidades calificadoras de riesgo establece que es obligatoria la Calificación de Riesgo de las cuotas de los Fondos de Inversión Abiertos, pero esta obligación sólo debe ser cumplida cuando salen al Mercado de Valores y no antes. Inclusive en el caso de Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP) este Fondo de Inversión recién obtuvo una Calificación de Riesgo dos meses después de salir al Mercado de Valores. Con relación a Fortaleza Leasing, la normativa no obliga a que esta entidad tenga una Calificación de Riesgo aun cuando salió al Mercado de Valores. Esta entidad solicitó una Calificación por motivos de Mercado y no por normativa.

SEGUNDO.- CONFIDENCIALIDAD DE LOS CONTRATOS. *Es igualmente preciso dejar en claro que Fortaleza Leasing S.A., Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP) optaron voluntariamente por tener una Calificación de Riesgo* ***privada,*** *es decir que la misma no podía ser pública, debiendo* ***Fitch Ratings*** *contractualmente guardar total confidencialidad sobre el proceso y la información de la Calificación de Riesgo* ***privada,*** *incluido el contrato de Calificación de Riesgo. Esta total confidencialidad se mantuvo hasta la autorización*

expresa de las entidades mencionadas para publicar la calificación y adecuarse a la normativa vigente.

Tan evidente es lo señalado, que todos los contratos de Calificación de Riesgo que se suscribieron con las entidades mencionadas, contienen la siguiente cláusula:

"…..toda la información que sea entregada por la institución a Fitch y que no sea de dominio público, será considerada información confidencial, comprometiéndose esta última a no divulgarla ni proporcionarla a terceros…."

*En consecuencia, **Fitch Ratings** no remitió los contratos de Calificación de Riesgo **privados** a la ASFI a los 10 días de su firma, por el carácter **privado y confidencial** de los mismos y porque las entidades mencionadas no tenían obligación de tener Calificaciones de Riesgo, mientras no estén operando en el Mercado de Valores. Es preciso señalar que la confidencialidad mencionada tiene plena protección normativa y no existe razón, causa o justificativo algunos para revelar datos a través de la exigencia de exhibición o registro de dichos contratos.*

***TERCERO.- CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA.** Posteriormente a la suscripción de los contratos de Calificación de Riesgo **privados**, la inscripción en el RMV y las respectivas evaluaciones financieras, las entidades mencionadas decidieron salir al Mercado de Valores y autorizaron expresamente a **Fitch Ratings** a publicar las calificaciones privadas asignadas. A partir de esas autorizaciones **Fitch Ratings** remitió oportunamente (dentro de los 10 días hábiles) y de acuerdo a la normativa, los contratos de Calificación de Riesgo a la ASFI de acuerdo al siguiente cuadro.*

Empresa	*Fecha firma de contrato **privado***	*Fecha recepción autorización para la publicación de la calificación*	*Fecha de envío de contrato a la ASFI*	*Retraso envío contrato en días hábiles*
Fortaleza Leasing S.A.	*21.01.09*	*06.05.09*	*08.05.09*	*0*
Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP)	*09.04.09*	*23.04.09*	*28.04.09*	*0*
Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP)	*01.12.08*	*04.04.09*	*14.04.09*	*0*

Esta información se puede verificar por las copias legalizadas de los 3 contratos y 3 notas de autorizaciones que se adjuntaron y cursan en el Recurso de Revocatoria presentadas en calidad de prueba, haciendo notar que las mismas ya fueron debidamente enviadas a la ASFI.

*En conclusión, por lo señalado anteriormente las entidades Fortaleza Leasing S.A., Santa Cruz Investment SAFI S.A. (Renta Activa FIACP) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV FIAMP), no tenían obligación alguna de contar con Calificaciones de Riesgo a pesar de estar inscritas en el RMV (mientras no estén operando en el Mercado de Valores), suscribieron contratos **privados** para contar con Calificaciones de Riesgo **privadas.** Estos contratos **privados** no fueron remitidos a la ASFI a los 10 días*

*de su firma, por ser de carácter **privado y confidencial,** y porque no había obligación alguna de enviarlos a la ASFI. Posteriormente y de forma voluntaria, estas entidades autorizaron a **Fitch Ratings** la publicación de las calificaciones. **Fitch Ratings** por su lado, en estricto cumplimiento a la normativa, con esta autorización realizó la publicación de las calificaciones de riesgo, envió los respectivos Informes de Calificación a la ASFI, a la BBV y a los agentes de bolsa y **envió oportunamente (reiterando dentro de los 10 días hábiles a partir de la autorización de las entidades de hacer públicas las calificaciones) los contratos de calificación a la ASFI de acuerdo a la normativa.***

*En otras palabras, no existe ningún presupuesto legal ni normativo que se haya contravenido, especialmente el art. 58 de la Resolución Administrativa SPVSIV-No 250 que menciona: "Las Entidades Calificadoras de Riesgo inscritas en el RMV, deberán remitir a la Intendencia en un plazo de diez (10) días hábiles a partir de su firma, todos los contratos suscritos cuyo objeto sea la calificación de riesgo, .. " ya que cuando se firmaron los contratos no había obligación alguna de tener una Calificación de Riesgo de parte de las entidades ni de **Fitch Ratings** de enviarlos a la ASFI por su carácter privado. En consecuencia, no hubo retraso en el envío de los contratos porque no había obligación de enviarlos antes por su carácter privado y porque las entidades no tenían obligación de tener una Calificación de Riesgo antes de salir al Mercado de Valores, por lo que **Fitch Ratings** no concurrió en ningún incumplimiento que amerite una sanción como la establecida en la resolución dictada por su Autoridad.*

Queda en claro que cualquier sanción requiere de un presupuesto imprescindible que es la contravención a la norma. Al no existir esta causa fuente se concluye de modo categórico en que dicha sanción no tiene razón de ser y debe ser desestimada de inmediato.

IV. PRINCIPO DE PROPORCIONALIDAD

El Dr. Walker San Miguel en su libro "Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia" al referirse al principio de proporcionalidad describe lo que también es denominado "exceso de punición". Este principio invoca que la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido.

Sobre el particular, Juan Carlos Cassagne, en su libro Derecho Administrativo II (Pag 29) al referirse al principio de proporcionalidad determina que este principio a su vez tiene que ver con el principio de razonabilidad y justicia, que la administración pública debe aplicar en su acción. Razonabilidad y justicia que en este caso no han existido.

*La Resolución impugnada, no guarda el principio de razonabilidad al imponer una sanción, cuando se ha establecido que **Fitch Ratings** no tenía la obligación de remitir a la ASFI contratos de naturaleza privada. **Fitch Ratings,** remitió los contratos según la*

normativa cuando recibió instrucción de las entidades para la publicación de las Calificaciones de Riego (sic) *asignadas. La Resolución impugnada, tampoco guarda el principio de razonabilidad al imponer una sanción, cuando no se ha causado daño alguno al Mercado de Valores, puesto que durante el proceso de Calificación y evaluación financiera no existían valores emitidos por estas entidades en el Mercado de Valores. No otra cosa* (sic) *se puede colegir más que la demostración de que nos encontramos frente a un acto arbitrario del administrador que debe ser revocado en su integridad.*

Asimismo, el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo que regula el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, determina en cuanto al principio de proporcionalidad que, el establecimiento de sanciones deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimento de la normas infringidas.

En el supuesto, no admitido, de normas infringidas, ***Fitch Ratings*** *no ha obtenido ningún beneficio y cuando recibió instrucciones de las entidades publicó las Calificaciones de Riesgos y envió los respectivos contratos a la ASFI, en cumplimiento de la normativa. Entonces por qué se sanciona con la máxima rigurosidad a* ***Fitch Ratings,*** *cuando no solo cumplió con la normativa vigente sino que tampoco causó daño alguno al Mercado de Valores.*

PETITORIO.

Por todos los fundamentos y antecedentes de hecho, solicitamos a vuestra Autoridad en estricta justicia y velando por el exacto cumplimiento de la normativa vigente, conceder y remitir de inmediato el presente recurso ante la autoridad jerárquica, la misma que una vez conocido el presente medio de impugnación, deberá emitir Resolución Administrativa revocando la Resolución Administrativa ASFI No. 99/2011 de 10 de febrero de 2011 y en su mérito la Resolución Administrativa 1037/2010…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 1° de abril de 2011 a horas 10:30 a.m. se llevó a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos por parte de los señores Rodolfo Castillo López, apoderado legal, y Carlos Alberto Ferreira Vásquez, su abogado, ambos en representación de la recurrente Fitch Ratings Limited, en la que ratificaron los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

8. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS.-

Por nota ASFI/DAJ/R-42661/2011 recibida en fecha 21 de abril de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remite la documentación que le ha sido requerida por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 081/2011 de fecha 14 de abril de 2011, y consistente en:

Caso Fortaleza Leasing S.A. .-

- Copia de la nota FITCH/BOL-0643/09 de fecha 6 de mayo de 2009 y remitida a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en fecha 8 siguiente, sobre (envío de) "*Contrato de calificación de riesgo de Fortaleza Leasing S.A.*"

- Copia del contrato de Calificación de Riesgo, suscrito por Fitch Ratings Limited con Fortaleza Leasing S.A. en fecha 21 de enero de 2009.

- Copia de la nota GG/EXT/222/09 de fecha 6 de mayo de 2009 y dirigida a Fitch Ratings Limited, por la que autoriza la publicación de la calificación de riesgo.

Caso Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo).-

- Copia de la nota FITCH/BOL-0630 de fecha 28 de abril de 2009 y dirigida a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, sobre (envío de) "*Contrato de calificación de riesgo de Santa Cruz Investments – Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo*".

- Copia de la nota SC SAFI 148/2009 de fecha 23 de abril de 2009 y dirigida a Fitch Ratings Limited, por la que solicita hacer pública la calificación del informe de calificación de riesgo de Renta Activa.

- Copia del contrato de Calificación de Riesgo, suscrito por Fitch Ratings Limited con Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo) en fecha 9 de abril de 2009.

Caso Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo).-

- Copia de la nota FITCH/BOL-0600 de fecha 14 de abril de 2009 y dirigida a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, sobre (envío de Contrato y Carta) "*Credifondo UFV, Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo*".

- Copia de la nota CFO 478/2008 de fecha 4 de abril de 2009 y dirigida a Fitch Ratings Limited, por la que solicita se haga pública la calificación de riesgo.

- Copia del contrato de Calificación de Riesgo, suscrito por Fitch Ratings Limited con Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo) en fecha 1° de diciembre de 2008.

Asimismo y por la misma nota, informa lo siguiente:

"…*con relación al punto cuarto (4)* (de la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 081/2011) *respecto a las fechas de recepción por este Organismo de Supervisión de los*

contratos de Calificación de riesgo referidos en el numeral 1 de su consulta, cabe manifestar que la referida información se halla descrita en los Informes ASFI/DVS/R-48827/2010 numeral 6, ASFI/DSV/R-109366/2010 numeral 6 y ASFI/DSV/R-129048/2010, los mismos que reflejan el análisis de descargos efectuado sobre el cargo 8, documentos que fueron remitidos al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, como parte del expediente dentro del mencionado Recurso Jerarquico (sic)…"

Los informes referidos corresponden a los emitidos por diversas unidades de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dirigidos al Director de Supervisión de Valores, lo que determina el que la señora Directora Ejecutiva a.i., en su nota ASFI/DAJ/R-42661/2011, haya ratificado el contenido de los mismos para su consideración a efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ACERCA DE LA IMPUGNACIÓN EN RELACIÓN A LOS CARGOS IMPUTADOS.-

Es pertinente la siguiente relación procesal:

- La notificación de cargos (nota ASFI/DSV/R-118920/2010) de fojas 137 a 139, estableció la existencia de nueve Cargos; no obstante que los mismos no se encuentran numerados, el orden en el que aparecen se reproducirá a lo largo de todo el proceso, determinando que en los actuados siguientes se los presente numerados del 1 al 9.

  El octavo cargo -entonces el N° 8- establece que:

  "…*Habría presentado fuera del plazo establecido en la normativa, contratos de calificación de riesgo, correspondientes a: Promujer (16 días), Cidre (97 días), Cooperativa San Pedro (10 días), Cooperativa Loyola (60 días), Fortaleza Leasing S.A. (63 días), Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo) (2 días) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, Fondo de Inversión Abierto a Mediano Plazo) (81 días)*..."

- La consiguiente resolución sancionatoria (Resolución Administrativa ASFI N°

1037/2010 de fojas 73 a 94), en el artículo tercero de su parte resolutiva, establece:

"…*TERCERO.- Sancionar a FITCH RATINGS LIMITED con multa en Bolivianos, equivalente a $us3,650.00 (TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por el retraso en el envío de Informes Finales de Calificación de Riesgo, de la publicación de Calificación de Riesgo y* ***envío de los Contratos de Calificación de Riesgos****;*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Conforme consta del Recurso de Revocatoria de fojas 43ª a 48ª, la recurrente Fitch Ratings Limited anuncia expresamente que:

  "…***no impugnará los puntos primero, segundo y cuarto establecidos en la parte resolutiva de la misma****, sin embargo,* ***el punto tercero, particularmente en lo que se refiere al Cargo 8, debe ser totalmente revocado por su Autoridad****,*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Coincidentemente con lo anterior, los argumentos que se han expuesto en los Recursos interpuestos por Fitch Ratings Limited, tanto de Revocatoria (fojas 43 a 45) como Jerárquico (fojas 1 a 5), se limitan única y exclusivamente al Cargo Nº 8, referido al retraso en el envío de los Contratos de Calificación de Riesgo.

En la oportunidad de resolver el Recurso Jerárquico planteado, resulta no existir fundamento alguno que refiera afectación, lesión o perjuicio que acuse la recurrente con referencia a los Cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9, resultando esclarecedora su expresión "***solo en lo que corresponde al Cargo 8***" que sale a fojas 47, importando no se tenga mayor alegación en contra de los restantes Cargos.

Por lo tanto, la entidad recurrente al no haber manifestado ningún agravio contra los Cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9, por ante esta instancia jerárquica, se considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta, postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico. Por consiguiente, no existiendo pretensión de la recurrente referida a los Cargos Nros. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9, dando lugar a la inexistencia de fundamento alguno para la impugnación sobre los mismos, conforme consta en el Recurso Jerárquico, en observancia del artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, que establece el que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, determina que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración del Cargo Nº 8, conforme consta en el numeral 2 infra.

2. AL CARGO Nº 8: PRESENTACIÓN FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO, DE TRES CONTRATOS DE CALIFICACIÓN DE RIESGO.-

2.1. Antecedentes.-

De la revisión de los documentos aparejados al expediente, se establece la siguiente relación de actuaciones de **FITCH RATINGS LIMITED**:

a. Suscribió Contrato de Calificación de Riesgo con la empresa **Fortaleza Leasing S.A.** en fecha 21 de enero de 2009, posteriormente recibió de la misma la autorización para la publicación del Informe de Calificación de Riesgo en fecha 6 de mayo de 2009, y **envió el Contrato al Ente Supervisor en fecha 8 de mayo de 2009,** es decir **73 (setenta y tres) días hábiles después de la primera fecha y 2 (dos) días hábiles después de la segunda fecha**.

b. Suscribió Contrato de Calificación de Riesgo con la empresa **Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP)** en fecha 9 de abril de 2009, posteriormente recibió de la misma la autorización para la publicación del Informe de Calificación de Riesgo en fecha 23 de abril de 2009, y **envió el Contrato al Ente Supervisor en fecha 28 de abril de 2009,** es decir **12 (doce) días hábiles después de la primera fecha y 3 (tres) días hábiles después de la segunda fecha**.

c. Suscribió Contrato de Calificación de Riesgo con la empresa **Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP)** en fecha primero de diciembre de 2008, posteriormente recibió de la misma la autorización para la publicación del Informe de Calificación de Riesgo en fecha 4 de abril de 2009, y **envió el Contrato al Ente Supervisor en fecha 14 de abril de 2009,** es decir **91 (noventa y un) días hábiles después de la primera fecha y 7 (siete) días hábiles después de la segunda fecha**.

Tal relación de fechas hace a la controversia, toda vez que la misma radica en determinar si el plazo de 10 (días) dispuesto por el artículo 58º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo (aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 250 de 6 de marzo de 2007 pronunciada por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y vigente a tiempo de la imposición de los Cargos), comienza a correr desde la fecha de firma del Contrato (**primera fecha**), o desde la fecha en que las empresas dispusieron la publicación de los informes de Calificación de Riesgo (**segunda fecha**), por lo que corresponde remitirse a la norma mencionada.

El mencionado artículo a la letra señala:

> "…*Artículo 58.- Las Entidades Calificadoras de Riesgo inscritas en el RMV, deberán remitir a la Intendencia* (ahora a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) ***en un plazo máximo de diez (10) días hábiles a partir de la firma****, todos los contratos suscritos cuyo objeto sea la calificación de riesgo, incluyendo Programa de Emisiones. Esta información no será consignada en el RMV, por lo que no tendrá carácter público*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si se consideraría válida la **primera fecha** (correspondiente a la firma de los Contratos), resulta evidente que han sido presentados ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero: 73 días hábiles después en el caso de Fortaleza Leasing S.A., 12 días hábiles después en el caso Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP), y 91 días hábiles después en el caso de Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP), por tanto, siendo mayores a los 10 días, **con el retraso** que establece la Resolución ASFI Nº 1037/2010.

Al contrario, si se consideraría válida la **segunda fecha** (cuando Fitch Ratings Limited recibió la autorización para la publicación de los informes de Calificación de Riesgo), resulta evidente que han sido presentados ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero: 2 días hábiles después en el caso de Fortaleza Leasing S.A., 3 días hábiles después en el caso Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP), y 7 días hábiles después en el caso de Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP), entonces, siendo menores a los 10 días, **sin retraso alguno**, conforme pretende el Recurso Jerárquico.

2.2. Sobre la naturaleza de los contratos privados y su confidencialidad.-

En criterio de la recurrente, los servicios de calificación de riesgo le pueden ser solicitados por la empresa interesada, entonces su cliente, antes de salir al Mercado de Valores y a efectos de que pueda realizar una evaluación privada que hace a su interés particular (conocer su situación financiera o por motivos de mercado), determinando ello la suscripción de contratos privados y confidenciales bajo la lógica dispuesta por el Código Civil:

> "…*Art. 454.- (LIBERTAD CONTRACTUAL: SUS LIMITACIONES)*.
>
> *I. Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y acordar contratos diferentes de los comprendidos en este Código.*
>
> *II. La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica*…"

Expuesta de esa manera, la contratación escapa a la lógica del Derecho Bursátil o del Regulatorio, determinando que los servicios de la Calificadora de Riesgo se contraten particularmente, a fines estrictamente privados y no necesariamente para efectos del cumplimiento de formalidad alguna que pudiera emerger de la norma; claro que al tenor de lo señalado por la recurrente, esa finalidad particular puede consistir en servirse de la información resultante para decidir después "*salir o no salir al Mercado de Valores*".

A esta calificación de riesgo la recurrente la denomina "privada", entonces librada al interés **libremente discrecional** de los contratantes y como evidencia de ello, en los Contratos se establece que "*toda la información que sea entregada por la institución a Fitch y que no sea de dominio público, será considerada información confidencial, comprometiéndose esta última a no divulgarla ni proporcionarla a terceros*" (confidencialidad que se mantuvo hasta la autorización expresa de las empresas interesadas para publicar sus calificaciones y -recién entonces- adecuarse a la normativa vigente).

Resulta entonces que, la recurrente diferencia los contratos a los que califica de privados, de aquellos que realiza como emergencia del cumplimiento **obligatorio** dispuesto por los siguientes artículos del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 250 de 6 de marzo de 2007:

- **Artículo 6° (aplicable al caso de Fortaleza Leasing S.A.):**

  "…*En* ***el caso de los Valores representativos de deuda, la calificación es obligatoria*** *en tanto no se haya producido la redención, vencimiento o conversión de todos los Valores emitidos…*

  (…) *Para los efectos de la presente Regulación,* ***se entenderá que las entidades de intermediación financiera con licencia de funcionamiento descritas por el artículo 3 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, son emisores de Valores representativos de deuda*** *y en consecuencia* ***deberán contar con una calificación de riesgo como emisor***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Corresponde -por ello- remitirse al referido artículo 3º de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras, el que en su numeral 7 se refiere a operaciones de **arrendamiento financiero** y factoraje, entonces alcanza también a actividades de **leasing**, aclaración pertinente por cuanto, para el caso de Fortaleza Leasing S.A., la recurrente entiende erróneamente que la normativa no obliga a que esta entidad tenga una Calificación de Riesgo, habiéndola solicitado por motivos de mercado y no por normativa, extremo ahora esclarecido y demostrado en el hecho de que tal entidad, en definitiva, sí salió al Mercado de Valores, amén que de acuerdo con el artículo 7º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 250 de 6 de marzo de 2007, la finalidad de las Entidades Calificadoras es la calificación de Valores de oferta pública y de personas jurídicas o emisores en el Mercado de Valores.

- **Artículo 45º (aplicable a los casos de Santa Cruz Investments SAFI S.A. - Renta Activa FIACP, y Credifondo SAFI S.A. - Credifondo UFV FIAMP)):**

  "*Es* ***obligatoria*** *la calificación de riesgo de las cuotas de los* ***Fondos de Inversión Abiertos***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De todo lo anterior se concluye en que Fitch Ratings Limited, al alegar la privacidad de los Contratos y al enfrentarla con la obligatoriedad de su presentación, confunde el rol de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con el del Registro de Mercado de Valores, por cuanto, conforme señala la última frase del mencionado artículo 58º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, "*esta información no será consignada en el RMV, por lo que* ***no tendrá carácter público***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ello determina que el obligatorio envío de los contratos de Calificación de Riesgo, no importa despojarles a los mismos de su carácter privado o confidencial, fundamentalmente porque significa un acto de información para con la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a efectos del cumplimiento del deber de esta última, de supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción (entre las que se encuentran las Calificadoras de Riesgo según señala el artículo

62º de la Ley Nº 1834 de Mercado de Valores), conforme ha quedado instituido por el artículo Nº 15, numeral 17, de la Ley N º 1834 de 31 de marzo de 1998.

Como tal, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero está sujeta a la disposición del artículo 71º, primer y segundo párrafos, también de la Ley Nº 1834, el que señala:

> "…*ARTICULO 71.- INFORMACIÓN PRIVILEGIADA*.
>
> ***La información que aún no haya sido directamente difundida al público en cumplimiento a lo preceptuado en la presente Ley y que pueda influir en el precio de los Valores, se mantendrá en estricta reserva***.
>
> ***Los funcionarios de la Superintendencia de Valores, Pensiones y Seguros****, los directores, administradores, funcionarios y, en general, toda persona que en razón de su cargo, empleo, posición o relación con los participantes del mercado, tenga acceso a esta información y a la información de carácter reservado establecida en el artículo anterior****, estarán obligados a guardar estricta reserva sobre ellas. El incumplimiento de este precepto acarreara las responsabilidades legales que correspondan***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Toda vez que el artículo 58º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo hace referencia al Registro de Mercado de Valores, es pertinente la comparación de las normas arriba mencionadas, con el artículo 11º de la Ley Nº 1834 de fecha 31 de marzo de 1998 de Mercado de Valores:

> "…***ARTÍCULO 11.- REGISTRO DEL MERCADO DE VALORES.***
>
> *Crease el Registro del Mercado de Valores, en adelante "El Registro", dependiente de la Superintendencia de Valores, Pensiones y Seguros, con el objeto de inscribir los Valores de oferta pública, los intermediarios y demás participantes del mercado y* ***proporcionar información de libre consulta y certificación al público en general***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, el envió de los contratos de Calificación de Riesgo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no importa un acto de publicidad de los mismos, por cuanto el Ente Supervisor tiene una función de vigilancia el cumplimiento de las normas bursátiles con la reserva y confidencialidad legal que para ello se le exige, a diferencia del Registro de Mercado de Valores, que como registro público que es, sí tiene por fundamental característica la publicidad de lo allí inscrito.

2.3. Sobre la inexistencia de retraso en el envió de los tres contratos.-

En criterio de la recurrente, no todas las entidades que se registran en el Registro del Mercado de Valores, obligatoria o voluntariamente, deben contar con una Calificación de Riesgo.

A su decir, las entidades que con ella contrataron, se encontraban alistando su salida futura al Registro del Mercado de Valores, por lo que no tenían obligación de tener Calificación de Riesgo; consiguientemente, Fitch Ratings Limited tampoco tenía la obligación de enviar los respectivos contratos de Calificación de Riesgo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sino posteriormente, cuando esas empresas decidieron salir al Mercado de Valores, autorizando expresamente a Fitch Ratings Limited a publicar las calificaciones asignadas.

En consecuencia a esa lógica, Fitch Ratings Limited concluye en haber enviado los Contratos a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro de los diez días a los que se refiere el artículo 58º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, por tanto, sin que exista retraso alguno, por lo que no existe contravención a la norma.

Sin embargo, tal propuesta se opone a la disposición expresa, clara y concreta del artículo 58º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, cuando señala el cumplimiento de la obligación de envío de los Contratos "*en un plazo máximo de diez (10) días hábiles* ***a partir de la firma***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto y en oportunidad de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, la recurrente ha solicitado que a la interpretación del mencionado artículo, se imponga la verdad material dispuesta por el principio del artículo 4º, literal d) de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo:

> "…*d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;*…"

Se entiende por este principio, que la autoridad administrativa competente debe **verificar plenamente los hechos** que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual debe adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En tal sentido, la verdad material de la causa del Cargo Nº 8, consiste en que los Contratos firmados por Fitch Ratings Limited con Fortaleza Leasing S.A., Santa Cruz Investments SAFI S.A. (Renta Activa FIACP) y Credifondo SAFI S.A. (Credifondo UFV, FIAMP) han sido presentados ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, fuera del plazo máximo de 10 (diez) días hábiles establecido por el artículo 58º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, con los consiguientes retrasos de 63 días hábiles, 2 días hábiles y 81 días hábiles, respectivamente (resultantes de sustraer al número de días existentes entre la firma de los contratos y su presentación ante el Ente Supervisor, los 10 días a los que se refiere el artículo 58º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo).

Asimismo, hace también a la verdad material el hecho de que las notas GG/EXT/222/09 de fecha 6 de mayo de 2009 (al tema Fortaleza Leasing S.A.), SC SAFI 148/2009 de fecha 23 de abril de 2009 (al tema Santa Cruz Investments SAFI S.A. - Renta Activa Fondo de Inversión

Abierto de Corto Plazo) y CFO 478/2008 de fecha 4 de abril de 2009 (al tema Credifondo SAFI S.A. - Credifondo UFV Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo), **no constituyen autorizaciones para la publicitación de los contratos de Calificación de Riesgo, sino para la publicitación de los informes de Calificación de Riesgo**.

Esto tiene que ver con que Fitch Ratings Limited pretende se reconozca que, como sus clientes no tenían aún la obligación de tener Calificación de Riesgo, Fitch Ratings Limited tampoco tenía la obligación de enviar los respectivos contratos de Calificación de Riesgo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, empero con ello incurre en una nueva confusión, por cuanto y en definitiva, un **contrato** de Calificación de Riesgo no es lo mismo que un **informe** de Calificación Riesgo: los contratos de Calificación de Riesgo se encuentran referidos a la información entregada y/o proporcionada por las empresas a Fitch Ratings Limited para el cumplimiento del objeto de tales contratos, que consiste en las Calificaciones de Riesgo.

Entonces, ambas obligaciones son en definitiva distintas la una de la otra, y si existía alguna circunstancia que suspendía, difería o extinguía la obligación de envío de los informes de Calificación de Riesgo, lo mismo no importaba similar extremo para el cumplimiento de la obligación de envío de los contratos de Calificación de Riesgo, por lo que justificar el incumplimiento de esta última en circunstancias que hacen a la primera, determina la inviabilidad de lo pretendido por Fitch Ratings Limited; conforme señala la impugnada Resolución Administrativa ASFI No. 99/2011, "*la Entidad Calificadora debió dar cumplimiento estricto al artículo 58 de la mencionada Regulación y consiguientemente remitir a esta Autoridad de Supervisión los contratos de calificación de riesgos suscritos, en el plazo máximo de 10 días hábiles a partir de la firma*".

En definitiva, no existe transgresión al principio de verdad material dispuesto por la Ley, y en todo caso, tal principio no puede oponerse al de sometimiento pleno a la Ley señalado por el artículo 4º, literal c), de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.

2.4. Sobre que la resolución impugnada no guarda el principio de proporcionalidad.-

En base a antecedentes doctrinales, Fitch Ratings Limited se refiere en su memorial de Recurso Jerárquico, al principio de proporcionalidad, "*principio a su vez tiene que ver con el principio de razonabilidad y justicia, que la administración pública debe aplicar en su acción*" e invoca que "*la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido*", acusando un "*exceso de punición*".

A efectos de su consideración, es pertinente pasar a definir el principio señalado como conculcado. Así, la Ley Nº 2341 establece:

> "…***ARTÍCULO 75º (Principio de Proporcionalidad).-*** *el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la normas infringidas*…"

Coincidente con lo anterior, señala Juan José Díaz Guevara en *El Principio de Razonabilidad en la Ley Administrativa Peruana* (que no obstante el título, lo toca en su aspecto universal), que el principio de razonabilidad es aquel por mediante el cual:

> "…*las autoridades deben prever que la comisión de la* ***conducta*** *sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las* ***normas*** *infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción*…".

A estos criterios se acomodan perfectamente las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/018 de 30 de noviembre de 2009 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009, las que coinciden al rescatar lo señalado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), cuando expresa que:

> "…*El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material...*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión*…"

Para el caso que se analiza, se imponen las siguientes conclusiones:

- La infracción consiste en el retraso del envío de los Contratos lo que ha conllevado a la imposición de la multa en el monto en bolivianos equivalente a $us. 3,450.00.- (tres mil cuatrocientos cincuenta 00/100 dólares americanos); frente a ello, el envío oportuno de los Contratos no le hubiera significado a la recurrente, erogación de dinero alguno, por lo que contrariamente a lo sugerido por Fitch Ratings Limited, la sanción pecuniaria que le ha sido impuesta, prevé que el retraso en el envío de los

Contratos no le resulta más beneficioso que su envío oportuno.

- El retraso por más de diez (10) días hábiles en el envío de los Contratos se encuentra calificado como falta por el artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001.

- El retraso por más de diez (10) días hábiles en el envío de los Contratos se encuentra plenamente probado; la evidencia de ello sale del cotejo de las fechas de suscripción de los Contratos de Calificación de Riesgo suscritos por **FITCH RATINGS LIMITED** con las empresas **Fortaleza Leasing S.A.** (21 de enero de 2009), **Santa Cruz Investments SAFI S.A. - Renta Activa Fondo de Inversión Abierto de Corto Plazo** (9 de abril de 2009) y **Credifondo SAFI S.A. - Credifondo UFV Fondo de Inversión Abierto de Mediano Plazo** (1° de diciembre de 2008), con las fechas de recepción de los mismos por parte de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (8 de mayo de 2009, 28 de abril de 2009 y 14 de abril de 2009, respectivamente). En ese sentido, la prueba ofrecida por la recurrente y producida (conforme consta en el expediente) no desvirtúa el Cargo N° 8, más por el contrario lo confirma plenamente.

- Correspondiendo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la competencia para aplicar la sanción conforme a los artículos Nros. 15, numeral 17, de la Ley N ° 1834 de Mercado de Valores de 31 de marzo de 1998 y 22° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, la Entidad Supervisora se ha limitado a dar cumplimiento al artículo 22° del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001, el que si bien importa un tratamiento diferenciado y gradual en función al número de días que hacen a la demora, no admite ninguna alternativa discrecional, por lo que normativamente, no hay lugar a mayor ponderación que la que realiza el mencionado artículo 22° del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores.

En definitiva, se encuentra debidamente fundamentada y justificada la recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 99/2011 de 10 de febrero de 2011, el procedimiento de cálculo de la multa impuesta por quien es competente para ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 58° del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 250 de 6 de marzo de 2007, al disponer el deber de remitir los contratos suscritos por las Entidades Calificadoras de Riesgo inscritas en el RMV, establece la obligación de remisión de cada contrato en un plazo máximo de diez (10) días hábiles a partir de la firma, por lo **que cada contrato no remitido importa un incumplimiento individual** a dicha norma, correspondiendo la imposición de la sanción que correspondiera

por cada contrato no remitido o enviado después del plazo establecido, aplicando el monto de sanción establecido según el caso en función a la cantidad de días de retraso, cual prevé el artículo 22º del Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, sin admitir concurso de infracciones, ni la sola aplicación de la sanción más grave.

Que, asimismo, el deber previsto por el artículo 58º del anexo Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, aprobado por Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 250 de 6 de marzo de 2007, hace referencia al deber de la Calificadora de Riesgos de remitir al Órgano Supervisor **todos los contratos** que sobre calificación de riesgo hubiera suscrito con las entidades, sin que la norma le permita discernir entre entidades que estuvieran inscritas en el Registro de Mercado de Valores o no, por lo que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el caso de autos, debió haber considerado lo expresamente determinado en la norma, extremo que deberá tener presente el Órgano Supervisor para futuras actuaciones.

Que, pese a las irregularidades detectadas en la tramitación del proceso, esta instancia jerárquica no puede retrotraer el mismo, en estricta aplicación al debido proceso, al operar el principio reconocido en materia administrativa de "non reformatio in pejus".

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones

conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 99/2011 de fecha 20 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 1037/2010 de fecha 16 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 124/2011 DE 11 DE FEBRERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 035/2011 DE 13 DE JULIO DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2011

La Paz, 13 de julio de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.,** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 124/2011 de 11 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°1073/2010 de 22 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 017 de 13 de junio de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 080 de 30 de Junio de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 2 de marzo de 2011 el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.,** legalmente representada por José Noel Zamora Gerente General a.i., tal como lo acredita el Testimonio Poder N°293/2009 de 30/07/2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública N°002 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de el Dr. Hugo Alba Rodrigo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°124/2011 de 11 de febrero de

2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº1073/2010 de 22 de diciembre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 16 de marzo de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.,** mismo que fue notificado el 22 de marzo de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS Y DESCARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-123182/2010 de 23 de noviembre de 2010, notificó al **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.,** con los cargos por el supuesto incumplimiento al inciso f) del artículo 79 de la Ley de Bancos Entidades Financieras (texto ordenado) por conceder y mantener un crédito a un prestatario o grupo prestatario por más del tres por ciento (3%) de su patrimonio neto; para que en un plazo no mayor a 7 días hábiles administrativos presente sus correspondientes descargos.

En fecha 8 de diciembre de 2010, mediante nota GG-254/2010 el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.,** presenta los siguientes descargos:

> *"(…) Dando respuesta a su carta ASFI/DSR II/R-123182/2010 de fecha 23 de noviembre de 2010, en virtud de la cual se nos notifica la presunta contravención al inciso f) del Art. 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, al haber otorgado una operación crediticia por un monto superior al tres por ciento del patrimonio neto de nuestra Institución, a continuación tengo a bien formular los siguientes argumentos:*
>
> *La empresa BBR S.A. es cliente de nuestra entidad desde diciembre de 2009, empresa a la que se le han otorgado varias operaciones crediticias. De esta manera y mediante Escritura Pública No. 3831 de fecha 06 de septiembre de 2010, extendida por ante Notario de Fe Publica Dra. Silvia Noya Laguna, el F.F.P. PRODEM S.A. otorgó el préstamo de dinero No. 117-1-2-03134-6 a favor de la Empresa BBR S.A. por la suma de $us. 200.000.00 (Doscientos mil 00/100 Dólares Americanos), obligación garantizada con el Depósito a Plazo Fijo No. 0202640 por la suma de $us. 400.000.00*
>
> *Producto del otorgamiento de la operación crediticia antes señalada y sumando los saldos de créditos otorgados con anterioridad, la institución a la cual represento habría sobrepasado los límites establecidos por el inc. f) del Art. 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, aspecto generado como consecuencia de una interpretación efectuada por parte del Comité de Créditos que aprobó la referida operación, en base al patrimonio contable.*
>
> *Ahora bien, con el propósito de dar una solución inmediata a los aspectos antes*

señalados, el F.F.P. Prodem S.A. ejecutó las medidas que se describen a continuación:

"Se realizaron las negociaciones correspondientes con los ejecutivos de la Empresa BBR S.A., a objeto de reducir el importe total otorgado en calidad de préstamo. En ese sentido, se procedió con la reestructuración de créditos otorgados a favor de la Empresa BBR S.A., habiéndose consolidado todas las operaciones crediticias en una Línea de Crédito por la suma de $us.1.145.000.00 (un millón ciento cuarenta y cinco mil 00/100 Dólares Americanos), obligación garantizada con Depósitos a Plazo Fijo, instrumentada mediante Escritura Pública N°4684 de fecha 26 de octubre de 2010, extendida por ante Notario de Fe Pública Dra. Silvia Noya Laguna.

Como consecuencia de las medidas adoptadas por el F.F.P. PRODEM S.A. respecto a los hechos antes señalados, se establecen los siguientes aspectos:

PRODEM S.A. ejecutó de manera inmediata las medidas correspondientes a objeto de regularizar la Operación Crediticia N°117-1-2-03134-6, con carácter previo a la observación de fecha 25 de octubre del año en curso, aclarando que la Institución a la cual represento identificó, a través de sus mecanismos de control interno, las características de dicha operación en fecha 06 de octubre de los corrientes, razón por la cual se dio una solución definitiva a la mencionada operación en fecha 26 de octubre de 2010.

Por otra parte, aclarar que todas las Operaciones Crediticias otorgadas a favor de la Empresa BBR S.A. han sido coberturadas en su totalidad con garantías consistentes en Depósitos a Plazo Fijo, aspecto que desde todo punto de vista reduce y minimiza el riesgo crediticio.

Finalmente, señalar que a efectos de evitar contingencias futuras, se han implementado mecanismos adicionales de control interno en el sistema de cartera, conforme se puede evidenciar en los respaldos adjuntos…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°1073/2010 DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N°1073/2010 de 22 de diciembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

***"PRIMERO.**- Sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO F.F.P. PRODEM S.A.** con una multa de Bs.156,675.00 (CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS) por el incumplimiento a lo dispuesto en el inciso f) del artículo 79 de la Ley Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) en la otorgación de un crédito a la empresa BBR S.A., que sobrepasa el límite legal del 3% del patrimonio neto definido en el artículo antes referido.*

***SEGUNDO.-** El **FONDO FINANCIERO PRIVADO F.F.P. PRODEM S.A.,** de acuerdo a procedimientos internos, podrá repetir la multa impuesta contra sus administradores.*

TERCERO.- *La multa impuesta deberá depositarse dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, en la cuenta N°4010695761 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.*

CUARTO.- *Poner en conocimiento del Directorio del* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO F.F.P. PRODEM S.A.*** *de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas de efectuado el acto."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 14 de enero de 2011 el **FONDO FINANCIERO PRIVADO F.F.P. PRODEM S.A.,** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°1073/2010 de 22 de diciembre de 2010, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico:.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°124/2011 DE 11 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N°124/2011 de 11 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar totalmente la Resolución ASFI N°1073/2010 de 22 de diciembre de 2010 con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que, previamente a entrar al análisis de los descargos presentados por el FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., corresponde realizar las siguientes precisiones:

Sobre la Discrecionalidad Administrativa

La discrecionalidad administrativa obedece a una necesidad del desarrollo de la Administración, es decir, no es fruto del azar ni del error, ni surge como producto de la desidia del legislador. Si así fuera, se identificaría el legislador con la Administración y el acto administrativo con la Ley.

Si la discrecionalidad no existiera, no sería posible realizar los intereses legítimos a cuales la administración está llamada a servir.

La discrecionalidad tiene lugar cuando falta una norma administrativa, cuando la norma deja libre al órgano estatal para la solución de un asunto, cuando la norma existente hace defender la determinación o el objeto del acto de elemento que la administración debe apreciar,

Por ello la ley fija la competencia del órgano administrativo, dejándole cierta libertad de apreciación de los hechos para decidir u orientar su actuación.

Pero la cierta libertad que otorga la discrecionalidad obliga a la administración a observar siempre la finalidad del acto. Resulta así la discrecionalidad, una libertad condicionada (como debe ser toda libertad) por una finalidad, por lo cual, dista mucho de poder convertirse en poder arbitrario.

Existe la discrecionalidad cuando el mandato de la ley y el actuar administrativo se encuentran en íntimo ligamen, o cuando la relación es más amplia, es decir, cuando existe libertad de opción en el actuar, según la oportunidad económica, política y social, lo que deja bien claro que la Discrecionalidad obliga a la autoridad que hace uso de ella a tener en cuenta hechos, normas de derecho y calificación de los hechos, elementos que constituyen sin duda alguna, limites.

El proceso de la discrecionalidad de la administración no es el del acto administrativo. El ajuste jurídico puede disminuir la arbitrariedad, pero ello no anula la facultad de libre apreciación que tiene específicamente la administración.

El principio de legalidad aplicado al Estado conlleva la conformidad con el derecho de todos los actos de los órganos del Poder Público, es decir, la observancia del postulado según el cual toda la actividad del Estado debe ajustarse a las regulaciones jurídicas establecidas para los mismos.

Aplicado dicho principio a la función administrativa del Estado, implica que todos los actos de la autoridad administrativa deben ceñirse a las reglas o normas jurídicas establecidas para el desarrollo de dicha función.

De acuerdo con el referido principio, la actividad administrativa carecerá de validez jurídica cuando le falta como fuente generadora, un texto legal y cuando no es ejercitada dentro de los límites y marcos señalados previamente por la Ley.

Ello impone que la actividad administrativa debe enmarcarse en los precisos límites de las regulaciones jurídicas dictadas a esos fines a los efectos de garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos contra posibles arbitrariedades de la Administración y, a la vez, salvaguardar las violaciones al orden jurídico general

Sobre el dolo y la culpa

Los conceptos jurídicos de dolo y culpa devienen del ordenamiento penal boliviano, el cual establece lo siguiente:

"Articulo 14. (DOLO). Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad.

Articulo 15. (CULPA). Actúa culposamente quien no observa el cuidado a que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello:

1. No toma conciencia de que realiza el tipo legal.
2. Tiene como posible la realización del tipo penal y no obstante esta previsión, lo realiza en la confianza de que evitara el resultado".

"CONSIDERANDO

Que, a efecto de desvirtuar los argumentos presentados, por el FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A. corresponde realizar el siguiente análisis:

Sobre el Principio de Favorabilidad

El principio de Favorabilidad, invocado por el Fondo, corresponde a lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política del Estado, el cual establece que:

"La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".

Siguiendo el análisis corresponde señalar al autor Alejandro Nieto que en su Tratado de Derecho Sancionatorio, dispone: "(...) ***En materias financieras son frecuentes las modificaciones de las regulaciones porque estas dependen de las circunstancias económicas del momento,*** *pero* ***la disminución y*** *aún* ***la supresión de un determinado deber no tiene efectos retroactivos*** *a épocas anteriores, porque* ***no se trata de normas de índole penal.*** *Cuando se rebaja un encaje o una inversión obligatoria no puede alegarse esto como* ***ley posterior favorable*** *que exonere del cumplimiento de la norma que con anterioridad regla el encaje o la inversión (...)*

(...) No se comparte la tesis de que ***el principio de favorabilidad se debe aplicar cuando quiera que se impongan sanciones administrativas,*** *pues en esta materia y específicamente en relación con el derecho económico, que exige el que sus normas tengan efecto general inmediato, sin que haya lugar a pretender las consecuencias que se predican a este respecto de las normas penales. No se desconoce que en algunos aspectos administrativos se aplica el principio de favorabilidad pero ello acontece en virtud de la existencia de leyes que específicamente lo consagran para tales áreas, como sucede por ejemplo en el campo tributario (...)".*

Bajo los criterios constitucionales y doctrinales antes mencionados, el ámbito de aplicación del principio de favorabilidad se restringe a los casos en los que la normativa así lo determina, es decir que solo es aplicable en materia penal y social siendo en tal caso más beneficiosa para el imputado que aquella con la que fuera procesado.

Dentro de los principios del derecho administrativo consagrados en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341, no se consigna el Principio de Favorabilidad, por

cuanto se debe tener en cuenta que el mismo no es aplicable en los procedimientos administrativos.

Por lo señalado, en el presente proceso no es aplicable el principio de favorabilidad, y con relación a que no se hubiere puesto en peligro los bienes jurídicamente protegidos por ASFI, se debe señalar que la resolución sancionatoria no hace referencia a este aspecto ni a que se hubiere causado algún daño, por lo que la modulación de la sanción estuvo enmarcada en los parámetros del Principio de Proporcionalidad.

Sobre el Principio de Proporcionalidad

Los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341.

El artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, consagra en el inciso p) el Principio de Proporcionalidad, por el cual la administración pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

Por otro lado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N°38 de 15 de septiembre de 2005, señala que: El Principio de Proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer.

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

En este marco corresponde analizar la sanción impuesta por ASFI, mediante Resolución ASFI N°1073/2010 de 22 de diciembre de 2010, la misma que corresponde a un monto de Bs.156,675.00 (CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS), que fueron impuestos en el marco de lo señalado por el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que establece:

"Las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto (límite del 3% para Fondos Financieros Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito), ***serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido."***

De lo señalado se tiene el siguiente análisis:

Monto de la operación crediticia otorgada a BBR S.A.:	*Bs. 8,691.331.41*
Patrimonio neto de FFP PRODEM S.A.:	*Bs.263,598.586.00*
Exceso del Límite:	*Bs.783,373.88*
Porcentaje del Límite:	*0.30%*
Porcentaje de la sanción:	*20% del exceso incurrido*

De acuerdo a lo señalado, se puede apreciar que la sanción impuesta por ASFI se enmarcó en lo determinado en el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, aplicando ***para este efecto la mínima sanción,*** *señalada en la norma toda vez que Bs.156,675.00 equivalen al veinte por ciento del exceso incurrido, por lo que en el marco de la discrecionalidad reglada en la que se enmarcan las actuaciones administrativas y sus consecuentes sanciones, ASFI impuso y simplemente aplicó la normativa, no pudiendo aplicar una sanción menor a la señalada en la referida Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

La decisión de aplicar la mínima sanción, responde además al análisis realizado en el marco de lo determinado por Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que señala en su parte pertinente, "Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Aplicando al caso en concreto se tiene:

a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración.

Como se lo menciono precedentemente, "Actúa culposamente quien no observa el cuidado a que está (sic)obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales", en este entendido FFP PRODEM S.A., estaba obligado a cuidar los límites establecidos en la norma a efecto de los créditos que otorga, no obstante, no tuvo el cuidado suficiente para cumplir con lo establecida (sic)regulatoria, en este entendido se configura una actitud culposa.

b) La naturaleza de los perjuicios causados

Como bien lo señala el recurrente, no existió un perjuicio causado, ni al sistema financiero, ni tampoco a un tercer interesado que hubiere visto lesionado algún derecho.

c) La reincidencia en la comisión

Como bien se señaló en la resolución sancionatoria, no existe ningún caso donde se hubiere sancionado a FFP PRODEM S.A. por una infracción al inciso f) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488, por lo que no se configura reincidencia en el presente caso.

Que, en suma, se tiene que no se configuran las tres premisas establecidas por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, por lo que se justifica plenamente aplicar la sanción mínima establecida en la norma.

Con relación a la subsunción

Como lo señala el profesor Eduardo J. Couture, "La subsunción es el engarce o enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética realizada de antemano por el legislador".

En el presente caso, la situación particular es el crédito otorgado excediendo el límite establecido por la norma, por lo que la previsión abstracta vendría a ser lo preceptuado por el inciso f) del artículo 70 (sic) de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras, que señala: "Las entidades financieras no podrán conceder o mantener créditos con una (sic) prestatario o grupo prestatario por más del tres por ciento 3% de su patrimonio neto", por lo que se aprecia una subsunción exacta y precisa entre la situación particular y la previsión específica, no obstante, se debe aclarar que la norma prevé que las entidades financieras no podrán ***conceder o mantener,*** *lo que significa que cualquiera de las dos hipótesis señaladas incumplen el artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

Respecto a que la concesión no es una actuación única durante el proceso de un crédito, se debe señalar que la otorgación del crédito se ha perfeccionado con el desembolso del dinero, por lo que posteriormente a esa actuación, cualquier medida correctiva o rectificatoria, no podría retrotraer el efecto de la infracción, por lo que la infracción ya fue configurada, no obstante el hecho de haber rectificado la operación se considera una obligación de la entidad, toda vez que en conocimiento de que incurrió en incumplimiento debe subsanar este hecho.

Lo señalado, encuentra respaldo legal en el artículo 1331 del Código de Comercio, el cual determina: "El contrato de préstamo no se perfecciona sino con la entrega del dinero al prestatario en la calidad convenida y deberá constar por escrito", concordante con lo señalado en el párrafo precedente, se determina que el desembolso del dinero perfeccionó el contrato, dando lugar al perfeccionamiento de la infracción.

Sobre la novación de contrato

Siguiendo con el análisis, y en consideración a la novación planteada por el recurrente, corresponde referirnos al artículo 352 del Código Civil, que señala que se extingue la obligación cuando se la sustituye por otra nueva con objeto o título diverso.

Según el Tratadista Carlos Morales Guillén, la palabra novación indica la sustitución convencional de una nueva obligación a la obligación antigua, de manera que esta quede extinguida. La nueva obligación debe diferir de la antigua, es la condición esencial para que exista novación.

En ese sentido, y aplicando lo señalado al caso concreto, se tiene lo siguiente: Al momento de la otorgación se suscribió el correspondiente contrato, posteriormente y una vez detectado el exceso en el límite del crédito, se subsano (sic) el efecto de la extralimitación, no obstante, este hecho no significa de forma alguna que la obligación principal haya variado, es decir que persisten las obligaciones recíprocas de las partes suscribientes en el contrato de crédito, por lo que no existió una nueva obligación que sustituya a una anterior, es decir que la premisa de que exista una nueva obligación no existe, por lo que en el presente caso no se ha dado la figura de la novación mencionada por el recurrente, no aplicando como descargo el argumento mencionado.

Con relación a la Excusa Absolutoria

En relación de la excusa absolutoria se debe señalar que dicha figura jurídica es exclusiva del ámbito penal, se lo considera un eximente o causa de impunidad establecida expresamente por la Ley, por motivos de utilidad pública o interés social; concordante con lo señalado el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, señala que según el profesor Jiménez de Asúa la excusa absolutoria es aquella causa que hace que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie a una pena por razones de utilidad pública, y que su aplicación se limita a algunos tipos específicos del derecho penal, tales como la deposición de armas, la retractación de falso testimonio antes que termine el juicio, y otras.

Por lo señalado, se considera que la figura señalada por el recurrente, no es aplicable al presente caso, por los siguientes argumentos: no está señalado específicamente en la normativa administrativa, que se aplica en el presente caso, por lo que la aplicabilidad de dicha figura al ámbito administrativo, no corresponde y no existe una causa de utilidad pública que justifique la infracción de FFP PRODEM S.A."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 2 de marzo de 2011, el **Fondo Financiero Privado Prodem S.A.,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°124/2011 de 11 de febrero de 2011, argumentado lo siguiente:

*" I. **Apersonamiento***

A los efectos legales que en Derecho me corresponden acredito me (sic) personería mediante el Testimonio de Poder Amplio y Suficiente N° 293/2009 del 3 de agosto de 2009, (sic) otorgado en Notaría de Fe Pública de Primera Clase N°002 a cargo del Dr. Hugo Alba Rodrigo del Distrito Judicial de La Paz, solicitando disponer se me hagan (sic) conocer ulteriores providencias a dictarse relativas al presente Recurso de Jerárquico.

II. Autoridad competente para el conocimiento del Recurso Jerárquico

Es autoridad competente para el conocimiento del presente Recurso de (sic) Jerárquico, el Señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a través del Viceministerio correspondiente, en el marco de las previsiones legales contenidas en la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo y su reglamentación especial aplicable al sector financiero, aprobado por Decreto Supremo N°27175 del 15 de septiembre de 2003 y la conexas a la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras.

III. De la oportunidad de la presentación del Recurso Jerárquico

Habiendo sido notificado el 17 de febrero de 2011 conforme lo previsto por el artículo 53 del Reglamento de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo aplicable al SIREFI aprobado por Decreto Supremo N°27175, dentro del plazo establecido se presenta el Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N°124/2011 del 11 de febrero de 2011.

IV. Antecedentes y Relación de Hechos

*La Dirección de Supervisión de Riesgos III, mediante Informe Técnico Legal N°ASFI/DSR II R-122730/2010 de 22 de noviembre de 2010, observó que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** habría incurrido en incumplimiento al inciso f) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras al haber otorgado un crédito a favor de la empresa BBR S.A. por encima del límite legal establecido en la mencionada legislación.*

Posteriormente mediante Nota N°. ASFI/DSR II/R-123182/2010 del 23 de noviembre de 2010, se realizó la Notificación de Cargos.

*Finalmente, el Gerente General del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.,** emitió la Nota GG-254/2010 del 8 de diciembre de 2010, en la cual realizó una serie de descargos los cuales fueron objeto de valoración por parte del Órgano Rector del Sistema Financiero.*

De esta manera iniciado el procedimiento administrativo sancionador la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N°1073/2010 del 22 de diciembre de 2010, que resuelve sancionar a la entidad en el marco del artículo 79 inciso f) de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Posteriormente, una vez interpuesto el Recurso de Revocatoria, emitió la Resolución ASFI N°124/2011 del 11 de febrero de 2011, en la que ratifica la sanción impuesta en primera instancia administrativa.

V. Relación de Derecho y fundamentación jurídica del Recurso Jerárquico
a) Introducción Necesaria sobre la coexistencia de los Principios Administrativos y Penales.

En la respuesta del Recurso de Revocatoria interpuesto por la entidad financiera, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), presenta la filosofía jurídica de los Principios Administrativos y los Penales, en un estado de contradicción e imposibilidad de coexistencia.

Rechaza la pretensión de ***FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.,*** *afirmando que los principios procesales del Derecho Penal y el Administrativo son disonantes y excluyentes entre sí.*

Sin embargo el Órgano Rector del Sistema Financiero, en algunos procesos sancionatorios defiende la tesis de que el Derecho Administrativo boliviano, acoge cómodamente los principios procesales del Derecho Penal, lo cual se halla plenamente respaldado en la Sentencia Constitucional N°0802/2007-R, que dispone:

En coherencia con la indicada normativa, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que las ***reglas del debido proceso no son sólo aplicables en materia penal, sino también a toda la esfera sancionadora, dentro de ella la materia administrativa disciplinaria****. (SC 0787/2000-R). En ese entendido, en su profusa jurisprudencia ha desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia penal comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)".*

A mayor abundamiento, otro ejemplo jurisprudencial lo encontramos en el Principio del Non Bis in ídem, que el mismo es propio del Derecho Penal, pero los antecedentes constitucionales, nos permiten verificar la aplicación en Sede Judicial Penal y Sede Administrativo regulatoria, a partir de la Sentencia Constitucional N°833/05-R del 29 de julio de 2005 y la 506/05-R del 10 de mayo de 2005, que a la letra disponen:

(...) En este sentido, existiría vulneración al non bis in ídem, no sólo cuando se sanciona, sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por el mismo hecho, ***Este principio***

no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, *cuando se impone a un mismo sujeto una doble sanción administrativa...".*

Lo cierto, es que la ASFI, tiene la obligación de cumplir con el Principio de Uniformidad y de No Discriminación, los cuales si bien no están tipificados en el reglamento aprobado por Decreto Supremo N°27175, no es menos cierto que hoy son de cumplimiento obligatorio por normas de reciente aprobación como la Ley N°045, tal como así ha sido aceptado por la propia ASFI en recientes decisiones regulatorias.

En todo caso, la visión de la ASFI en relación a la forma de interpretar las acciones y omisiones de esta entidad financiera, para imputar o no una responsabilidad, no deben estar alejadas de la existencia de la jurisprudencia vigente, ya que ello podría implicar el ingresar en una decisión ultra-discrecional y no armonizada con el Bloque de Constitucionalidad que conforma la jurisprudencia expuesta en este punto.

b) Contesta a Consideración sobre Discrecionalidad Administrativa.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) en las páginas 4 y 5 de la Resolución ASFI N°124/2011 del 11 de febrero de 2011, realiza una exposición sobre su facultad de Discrecionalidad Administrativa, la cual se limita a una enunciación doctrinal del Derecho Administrativo clásico referido a la Discrecionalidad.

Sin embargo, corresponde recordar que la ***DOCTRINA,*** *dentro del Derecho Administrativo Positivo boliviano, más propiamente en la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo y sus normas reglamentarias como el Decreto Supremo N°27175, no es una fuente de Derecho Material, sólo se integra como un referente académico, ya que las verdaderas fuentes primarias del Derecho Administrativo, como la jurisprudencia del entonces Tribunal Constitucional, han regulado la Discrecionalidad a través de producción jurisprudencial.*

A este efecto, la jurisprudencia del Estado Plurinacional de Bolivia establece:

La ***"Limitación de la Discrecionalidad"*** *que debe ser entendida como la situación en la cual el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la Ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad, o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminarla actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas, según los* ***intereses*** *públicos.*

En esta discrecionalidad debe existir siempre una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó conformándose así los Principios de Racionalidad, Justicia, Equidad, Igualdad, Proporcionalidad y Finalidad.

La Ley de Procedimiento Administrativo en el artículo 4 inciso p) establece en forma expresa el Principio de Proporcionalidad, que señala que: la administración pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente ley y utilizará los medios

adecuados para su cumplimiento". Lo dicho anteriormente, se halla nítidamente establecido en las siguientes Sentencias Constitucionales:

SSCC. Nrs. 1464/04-r del 13 de septiembre de 2004, 908/05-r del 8 de agosto de 2005 y 95/01 del 21 de diciembre de 2001.

En consecuencia, resulta que el prolegómeno doctrinal expuesto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, relativo a la Discrecionalidad Administrativa, queda subyugada a la jurisprudencia nacional y positiva que existe sobre el particular, la cual es clara al determinar la facultad que tiene el administrador a aplicar una sanción o promover el ejercicio de las Buenas Prácticas del Sistema Financiero en un marco de ***INTERÉS PÚBLICO****, más que al ejercicio estricto de la facultad de sancionar o reprender a los regulados.*

c) Reitera la exposición de la verdad material de Buenas Prácticas Regulatorias e invoca aplicación del Principio de Favorabilidad por desviación de control interno

Como fuera expuesto en la Nota GG-254/2010 del 8 de diciembre de 2010, en ningún momento procedimos a negar a existencia de una ***"desviación de control interno"*** *que se produjo en forma totalmente involuntaria y con la ausencia total de dolo, que generó la extralimitación del 3% del patrimonio neto de la institución, respecto de una operación crediticia realizada con la empresa BBR S.A.*

En todo caso, cumpliendo estrictamente las directrices y mandatos regulatorios relacionados al fomento de las Buenas Prácticas en el Sistema Financiero, inmediatamente conocida esta ***desviación de control interno*** *se realizaron las negociaciones correspondientes con los Ejecutivos de la empresa BBR S.A. para reducir el importe total otorgado en calidad de préstamo, con lo cual se reestructuró la operación crediticia limitándonos a una Línea de Crédito de* ***$us.1.145.000.00 (UN MILLÓN CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL 00/100 DOLARES AMERICANOS)*** *y entrando de esta manera a los límites establecidos por Ley.*

Como usted podrá observar la institución financiera, reaccionó rápidamente ante la ***distorsión de control interno,*** *lo cual denota que nuestras actividades en todo momento estuvieron asociadas a cumplir los mandatos de la ASFI, siendo que con estas actividades de reparación de la operación crediticia, consideramos que se cumplió con las normas de la ASFI y fomentando las "Buenas Prácticas" en el Sistema Financiero.*

Por este motivo solicitamos respetuosamente a su autoridad se sirva considerar en el análisis del presente recurso jerárquico el ***Principio de Favorabilidad*** *de la actividad administrativa y regulatoria que en la vía de jurisprudencia señala:*

"El intérprete (en este caso la ASFI) está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los Derechos, Principios y Valores que mejor consagran el Orden Constitucional, es por ello que la

Autoridad Administrativa está en la potestad de realizar una interpretación favorable al administrado, que habría corregido esas equivocaciones formales en la que incurrió".

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Nrs. SSCC. 136/03.R DE 6 DE FEBRERO DE 2003, 642/03-R DE O DE MAYO DER 2003 1785/03-R DE 5 DE DICIEMBRE DE 2005 Y 878/05-R DE 29 DE JULIO DE 2005

Como podrá observar de acuerdo a la Jurisprudencia invocada anteriormente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), tenía toda la posibilidad y competencia para realizar una interpretación tendiente a mitigar la existencia de una sanción económica en contra de entidad financiera, toda vez que la equivocación (distorsión de control interno) en la que incurrió no puso en peligro o riesgo ninguno de los bienes jurídicamente protegidos por el Órgano Regulador y en todo caso reparó una operación que ciertamente era observable evitando que ésta cause estado y que en la actualidad sea una operación estrictamente ceñida al ordenamiento legal.

Cabe destacar que la jurisprudencia anteriormente invocada relativa al Principio de Favorabilidad, otorga a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), la posibilidad de analizar la gradación de la sanción a objeto de mitigar la misma en condiciones que resulten más convenientes al ***FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.*** *y que a la vez permitan a la entidad pública el cumplir su mandato de control sobre sus regulados.*

CONCLUSIÓN

En mérito a lo expuesto respetuosamente reiteramos ante la instancia jerárquica, la posibilidad de que aplique a favor de la institución financiera, el ***Principio de Favorabilidad*** *y proceda a eliminar la sanción pecuniaria, mutándola por una de menor gradación conforme la tipología admisible en el artículo 99 numeral 1 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras, en razón a que el hecho observado no constituye una práctica reiterativa en la institución, sino que ocurrió en una única ocasión por una distorsión de control interno, la cual es tolerable en el marco de la regulación preventiva.*

d) Taxonomía sancionatoria conforme el artículo 99 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras y Principio de Proporcionalidad.

Por otra parte corresponde poner respetuosamente en su consideración que otro de los elementos que debe concurrir imprescindiblemente en el procedimiento sancionador y más propiamente al momento de definir una sanción en contra de un administrado es el ***Principio de Proporcionalidad****, el cual se halla claramente tipificado en el artículo 75 de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo que señala:*

ARTÍCULO 75.- (Principio de Proporcionalidad).- El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

Lo anteriormente expuesto halla pertinencia en la fundamentación del Recurso Jerárquico, toda vez que el artículo 99 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras, que se aplicó para identificar la penalización administrativa establece lo siguiente:

ARTICULO 99.- *Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:*
1. Amonestación.
2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo.
3. Prohibición temporal para realizar determinadas operaciones u operar determinadas secciones.
4. Cancelación de la autorización de funcionamiento, conforme a lo prescrito en esta Ley.
5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados: de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de directores, síndicos y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente que sólo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada.
6. Suspensión de las actividades de directores, síndicos, gerentes, administradores y apoderados generales. La suspensión puede ser temporal o permanente. En el primer caso deberá estar respaldada por resolución expresa de la Superintendencia debidamente fundamentada. En el segundo caso, se aplicará cuando exista resolución o auto judicial ejecutoriado; el o los sancionados permanecerán suspendidos de sus actividades, durante la substanciación de los recursos que les franquea la Ley contra el fallo de suspensión.
Estas sanciones serán aplicadas por el Superintendente sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

En ese sentido, como se puede observar, existía la posibilidad de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), pueda realizar una interpretación jurídica basada en el Principio de Proporcionalidad, por la cual se sancione a la entidad con una amonestación en lugar de la sanción pecuniaria.

Se debe tomar en cuenta que la aplicación de esta sanción no va en contrasentido con la previsión legal contenida en el artículo ***10 del Reglamento de Sanciones de la Recopilación de Normas de la ASFI,*** *toda vez que, dicha sanción se detona en el cumplimiento de dos hipótesis fundamentales: 1) la concesión, ó, 2) el mantenimiento de créditos observables.*

Al respecto, en la instancia jerárquica se deberán considerar los siguientes extremos legales:

1. *En el caso particular no existiría una subsunción exacta y precisa entre los actos ejecutados por la institución financiera y el tipo punitivo establecido por la ASFI, ya que el* ***"conceder"*** *un crédito no es un acto autónomo, sino que la* ***concesión*** *de un crédito implica un conjunto de actividades que van desde la solicitud del prestatario hasta la*

culminación de la relación comercial con el pago, por lo cual no es posible concebir a la concesión como una actuación única y unísona durante el proceso de vigencia un crédito.

2. *Resulta cierto y evidente que actualmente el crédito otorgado a la empresa BBP S.A. (sic) a través de la reestructuración que se ha efectuado, tiene un nuevo Status Jurídico Comercial, el cual denota que el crédito concedido a tenido efectos de "novación" sobre la relación jurídico-comercial y el crédito concedido actualmente está en una situación correcta y armonizada por los límites del artículo 79 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*

3. *A través de esta novación en la verdad material de la situación actual del relacionamiento entre la entidad financiera y el prestatario, resulta evidente que se concedió un crédito que no incumple con el artículo 79 inciso f) de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y que la aplicación de la sanción expuesta por la ASFI sólo se podría dar en caso de que el crédito se haya consumado y que sea una operación imposible de corregir.*

4. *Se debe tomar en cuenta que la filosofía del inciso f) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras está orientada, a créditos que ya* ***causaron efecto*** *(CUMPLIMIENTO O EJECUCIÓN) sobre los cuales la entidad financiera no haya realizado un acto de reparación y que no sean objeto de novación como el caso del crédito otorgado a la empresa BBR S.A.*

5. *Resulta cierto que (sic) evidente que en la actualidad la concesión del crédito está dentro de los márgenes establecidos por Ley, lo cual implica que la distorsión de control interno que se tuvo fue "oportunamente" reparada, antes de que la operación haya causado estado.*

6. *Asimismo, la segunda condicionante del tipo sancionatorio que es el* ***mantener*** *un crédito observable, con la restructuración realizada, es absolutamente improcedente. Estos argumentos que fueran expuestos por nuestra entidad, sólo han merecido en la Resolución ASFI N°124/2011 del 11 de febrero de 2011, la enunciación del artículo 1331 del Código de Comercio, que señala: el contrato de préstamo no se perfecciona sino con la entrega del dinero al prestatario en la calidad convenida y deberá constar por escrito".*

Al respecto, si bien la entrega del dinero perfecciona la relación comercial, tampoco es menos cierto que la existencia de la ***Novación****, implica el nacimiento de un nuevo negocio jurídico, que extingue la relación primaria, tal como lo establece el artículo 351 numeral 2) del Código Civil.*

CONCLUSIÓN.

En mérito a lo expuesto, queda demostrado que en la verdad material de los hechos actualmente la institución financiera, a través de la restructuración y novación conforme el artículo 351 numeral 2) del Código de Civil, ha otorgado un status jurídico comercial que

hace inaplicable la sanción del artículo 79 inciso f) de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 10 del Reglamento de Sanciones de la Recopilación de Normas de la ASFI y a la vez permite afirmar que el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.*** *ha concedido un crédito en el marco de las limitaciones establecidas en la normativa regulatoria, situación que actualmente no es admitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución N° ASFI 124/2011 del 11 de febrero de 2011.*

e) Invoca Excusa Absolutoria y solicita aplique Principio de Buena Fe

Invocando inicialmente la argumentación expuesta en la Resolución ASFI N°1073/2010 del 22 de diciembre de 2010, se debe tomar en cuenta que en ocasiones no es el ***ACTO OBSERVABLE PER SE*** *el único requisito para que opere la penalidad, es por ello que en ocasiones se deben verificar las condiciones periféricas de la "punibilidad administrativa", tales como la concurrencia del dolo o la culpa.*

Al respecto señala Zaffaroni dentro de la Doctrina General de la Punibilidad que para que exista sanción, deben concurrir "algunas condiciones objetivas accesorias a la infracción para que opere la culpabilidad".

Existen casos en que, pese a la existencia de una ***conducta*** *típica, antijurídica y culpable, el* ***derecho*** *debe negar la aplicación de la pena, como ocurre cuando no se dan las* ***condiciones objetivas de punibilidad*** *requerida por el tipo o cuando medie una* ***excusa absolutoria*** *en que se considera que se pueden preservar intereses que son prevalecientes con respecto a los que representa el* ***Jus puniendi administrativo.***

En ese sentido, estamos en condiciones de demostrar dos aspectos que están por fuera de toda discusión legal:

1. En todo el proceso crediticio, así como la reparación de la distorsión administrativa al momento de otorgar el crédito a la empresa BBR S.A. en ningún momento concurrió dolo o culpa por parte de la institución financiera.
2. Se considera que el hecho de aceptar la existencia de una distorsión de control interno y haberla reparado sin que el acto haya causado efecto preserva prioritariamente el bien jurídico de las ***"Buenas Prácticas"*** *en el Sistema Regulatorio, la cual debe subyugar a la imposición de una sanción que no se subsume exactamente a las tipificaciones realizadas por la norma, dada las condiciones propias de esta situación.*

En todo caso, se puede observar la inexistencia de dolo o culpa y la presencia nítida de la Excusa Absolutoria a favor de la entidad financiera, que hacen propicia la aplicación del Principio de Buena Fe del Derecho Administrativo boliviano, que señala lo siguiente:

"Junto al Principio de legalidad, singular importancia tiene el Principio de Buena Fe, reconocido en el artículo 4 inciso e) de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo que establece que; en la relación de los particulares con la administración pública se presume el Principio de Buena Fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los

ciudadanos orientan el procedimiento administrativo. Es principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 95/01 de 21 de diciembre de 2001 señalado que es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y del Servidor Público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas, de manera que aplicando este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de confianza mutua que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas por las autoridades públicas".

Asimismo, corresponde poner atención que la aseveración contenida en la página 11 de la Resolución 124/2011 del 11 de febrero de 2011 relativa a la inexistencia de utilidad pública de la petición efectuada por el ***FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.,*** *carece de todo sentido constitucional, por cuanto toda la actividad del Sistema Financiero, en la actualidad es de INTERÉS PUBLICO, tal como lo dispone el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia que dispone:*

"Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de ahorro, son de INTERÉS PUBLICO y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado conforme con la Ley".

CONCLUSIÓN

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

Petitorio

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 52 a 60 del Reglamento de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N°27175 solicito:

1. Por parte de Autoridad Jerárquica, ***revocar totalmente*** *la Resolución ASFI N°124/2011 del 11 de febrero de 2011 que ratifica la Resolución ASFI N°1073/2010 de 22 de diciembre de 2010, por presunto Incumplimiento al inciso f) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) en la otorgación de un crédito a la empresa BBR S.A. que sobrepasa el límite legal del 3% del patrimonio neto de la entidad.*

2. Reservar el Derecho de ampliar fundamentación en etapa de alegatos conforme lo previsto en el reglamento aprobado por Decreto Supremo N°27175…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-

1.1. Principio de Informalismo.-

La Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 4 inc. l) señala como uno de los principios generales de la administración, el **principio de informalismo** entendido como la **inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado** que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.

Julio Comadira en su libro "Acto Administrativo - Procedimiento Administrativo otros estudios" señala en cuanto al principio de informalismo lo siguiente:

> "(…) es la **excusación de la inobservancia, por los interesados, de exigencias formales no esenciales** que puedan ser cumplidas posteriormente. Parecen más adecuados los términos formalismo moderado o debilitamiento de la preclusión (…)
>
> El informalismo no es pues inexigibilidad de formas sino sólo relativización de ellas en beneficio inmediato de los administrados siempre que no sean esenciales, ni afecten al interés público o administrativo ni a derechos de terceros (…)"

Siguiendo el concepto en desarrollo tenemos que el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 1642/2010-R Sucre, 15 de octubre 2010 determinó:

> *"El art. 4 inc. l) de la LPA, establece que, el **principio de informalismo** consiste en: "**La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento Administrativo**"; dicho principio, ha sido asimilado por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, así se tiene la SC 0642/2003-R, de 8 de mayo, en la cual se señaló que:"…el **principio de informalismo consiste en la excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después,***

por ejemplo la errónea calificación del recurso *(Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica "in dubio pro actione", o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.*

Por consiguiente en virtud a ese principio de informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados (Roberto Dromi, El Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo, ambos Ediciones Ciudad Argentina, págs. 78-79 y 846, respectivamente).

1.2. Principio de Favorabilidad.-

Dentro de los principios generales del derecho existen dos principios de favorabilidad el primero y el que nos ocupa referido a la interpretación de la norma misma que debe buscar la mejor interpretación que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagra nuestra Constitución, y el segundo referido a la aplicación de la norma más favorable para el imputado sin embargo los mismos deben ser entendidos en su verdadero sentido y alcance existiendo una confusión por parte del recurrente y el ente regulador en cuanto a su significado.

Que el Tribunal Constitucional en la SC 1642/2010-R Sucre, 15 de octubre 2010 de manera conceptual refirió:

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

Refiriéndose el mismo a la aplicación de la norma más favorable para el imputado, para el administrado o para el sujeto que se beneficia del mismo, por lo cual la aplicabilidad del principio se da cuando existe sucesión de leyes o en su caso la existencia de varias normas que pueden aplicarse para un caso concreto.

Es así que la norma puede ser -dependiendo el ámbito de su aplicación-, una norma no vigente que beneficia en materia penal o social al imputado o al trabajador, implicando la ultractividad de la norma o en su caso y no menos importante cuando existen varias normas aplicables al caso, donde se aplica la más beneficiosa, cual es el caso que se da por ejemplo en materia social.

El principio de favorabilidad, entendido como la aplicación de normas derogadas, se encuentra también bajo la figura del principio de irrectroactividad conforme lo determina el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al expresar que sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa.

El principio de favorabilidad como entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional_, no se encuentra expresamente inscrito dentro de la Ley del Procedimiento Administrativo boliviano, sin embargo esto no quiere decir que no pueda ser aplicado al ámbito administrativo sancionador, ya que constituye un principio general del derecho y un derecho fundamental constitucional, por lo que su aplicación es obligatoria.

1.3. Principio de Proporcionalidad.-

La Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 75 refiere al principio de proporcionalidad como parte de los Principios Sancionadores, determinando que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

El principio de proporcionalidad, conforme anota Walker San Miguel Rodríguez en su libro Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia:

> *"El principio de proporcionalidad también conocido como exceso de punición, este principio invoca que la* ***sanción administrativa*** *tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar, la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido "Afectar la proporcionalidad, vulnera un garantía constitucional", anota Juan Carlos Cassagne (…)*
>
> *(…) El autor español José Mario Quiroz Lobo nos dice que la proporción tiene dos campos perfectamente diferenciados, la* ***proporcionalidad abstracta que sujeta al legislador a observar la ecuación, conducta/ correctivo en la redacción de la norma y la proporcionalidad subjetiva por lo que el llamado singular a la aplicación de aquella norma debe ponderar todas las circunstancias concurrentes para graduar el castigo…"***

Que a su vez la Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, criterios que a su vez ya han sido confirmados por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 de 4 de mayo de 2011 han establecido que:

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

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b****) naturaleza de los perjuicios causados,* ***c)*** *la reincidencia en la comisión."*

1.4. Principios de Tipicidad y Legalidad.-

El principio de tipicidad responde al principio de "*nullum crimen sine lege*" lo que quiere decir "no existe crimen sin Ley previa que lo consagre", de esta forma la tipicidad se consagra como un principio de garantía jurídica para el actor de un delito -imputado, juzgado o procesado-, pues no se podría reprochar una acción que no se encuentre consagrada en el ordenamiento sancionador.

Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:

La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: 1. Como **mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.**

Congruentemente con lo anterior, tenemos que el **principio de tipicidad**, se encuentra íntimamente ligado al **principio de legalidad**, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.

El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "*lex previa*", el requisito de una "*lex certa*".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

> "… *la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.*
>
> *En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera* ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase.*" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

> "*El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de* ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas*** (...)
>
> *No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonablemente que permitiría una especificación normativa (...)*" (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

> "… *la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo* ***podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias****. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis).* ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *" nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria."*

Ahora bien, y siguiendo la línea en análisis sobre el principio de tipicidad, corresponde revisar los elementos intrínsecos, desde la calificación de las infracciones como tal, hasta los demás los presupuestos o elementos configurativos.

Siguiendo las fases descritas por Alejandro Nieto García y transcritas ut supra y aplicándolas al derecho positivo administrativo sancionador tenemos: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación.

La tipificación es la determinación normativa de la infracción cometida, así como de la sanción que será sujeta, por lo cual no es sujeta a la actividad discrecional, sino constituye una actividad jurídica de aplicación de las normas, que exige como objetivo el encuadramiento o subsunción de la falta en el tipo predeterminado legalmente.

La calificación, constituye una actividad complementaria e inseparable de la tipificación que consiste en el encuadramiento de las infracciones (leves, graves, insubsanables, etc.).

La graduación, surge como una etapa posterior a la calificación y se encuentra delimitada por la discrecionalidad sancionadora, pero atendiendo los elementos configurativos como son la negligencia, imprudencia, culpa, dolo y daño económico o perjuicio producido por la conducta infractora del regulado.

Importa precisar que los órganos de regulación sectorial, no gozan de plena libertad para imponer las sanciones en el grado que estimen conveniente, sino que deben sujetarse a las circunstancias marcadas, previa comprobación de la existencia de las infracciones, puesto

que de lo contrario, se vulneraría el principio de proporcionalidad que implica la congruencia entre la naturaleza de la infracción administrativa y la sanción impuesta.

1.6. Principio de Buena Fe.-

Que la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 inc. r) señala:

> *"En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo."*

Asimismo Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su libro de de Tratado de Derecho Administrativo indica:

> *"El **principio de buena fe** que rige tanto para las actuaciones de las autoridades como de los particulares es de origen constitucional y su consagración corresponde a un desarrollo preciso de garantías de los derechos tendientes a consolidar la **confianza, la seguridad jurídica, la credibilidad, la certidumbre, la lealtad, la corrección y la presunción de legalidad** como reglas básicas de convivencia dentro de la comunidad política, en el entendido que la desconfianza y la deslealtad no pueden constituirse en las reglas generales y ordinarias del comportamiento público frente a los ciudadanos y demás asociados en cualquier actuación administrativa o de los particulares para con las autoridades. El principio constitucional es de doble vía, en cuanto se entiende que el mismo se predica de las actuaciones, **tanto de los particulares como de las autoridades públicas en todos los casos ceñidas a consideraciones de mutuo respeto y confianza.** La administración está obligada a ser consecuente consigo misma y a no asaltar la buena fe de los particulares, al igual que de estos para con aquéllas…"*

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Aplicación de los Principios de Favorabilidad e informalismo en el caso de autos.-

Del análisis conceptual y legal del principio de favorabilidad, desarrollado en el numeral de 1.2. anterior, corresponde la subsunción al caso de autos, al constituirse uno de los argumentos que el recurrente presenta y reclama su aplicación, pretendiendo que bajo estos principios, se analice la gradación de la sanción impuesta, pasando de una sanción a una amonestación.

Por lo que, pasemos a desarrollar:

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

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

"La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución".

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

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

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

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

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

> *"…El **principio de informalismo** consiste en la **excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después**, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser **interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione,** o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción,*

para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por consiguiente en virtud a ese principio de informalismo, ***la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados*** *(Roberto Dromi, El Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo, ambos Ediciones Ciudad Argentina, págs. 78-79 y 846, respectivamente).*

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

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

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

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

Que, más allá de lo expresado, es importante a su vez aclarar al recurrente que para que las Sentencias Constitucionales sean consideradas vinculantes y obligatorias debe existir un caso análogo, de donde se puede determinar que ninguna de las sentencias citadas por el

recurrente hacen referencia a un caso análogo al de autos, más bien hacen referencia a situaciones penales que no tiene nada que ver con el presente procedimiento y a su vez éstas hacen referencia a que justamente el principio de informalismo y el de favorabilidad se aplican por la administración **cuando exista un error de forma el mismo** debiendo ser entendido siempre a favor del administrado, no teniendo por ende relación a los principios invocados el recurrente, mismos que a su vez no son aplicables, conforme se desarrolló ut supra.

2.2. Aplicación del Principio de Proporcionalidad.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en virtud al Principio de Proporcionalidad, determinó en su Resolución Administrativa ASFI N°124/2011 de 11 de febrero de 2011, sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO F.F.P. PRODEM S.A.** con una multa de Bs.156,675.00 (CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO 00/100 BOLIVIANOS) por el incumplimiento a lo dispuesto en el inciso f) del artículo 79 de la Ley Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) al haber otorgado un crédito a la empresa Boliviana de Bienes Raíces S.A. (BBR S.A.) que sobrepasa el límite legal del tres por ciento (3%) del patrimonio neto definido en el artículo antes referido.

Asimismo, determinó que en el caso de autos, el hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, que la normativa incumplida se encuentra claramente identificada en el inciso f) del artículo 79 de la Ley Bancos y Entidades Financieras N°1488.

En cuanto a la proporcionalidad y a la gravedad del hecho, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero expuso los siguientes fundamentos:

- Que correspondía imponer una multa pecuniaria, debido a que la misma se enmarca dentro del Artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas
- Que en el presente caso, se ha evidenciado una conducta culposa por parte de Prodem S.A., ya que éste estaba obligado a cuidar los límites establecidos en la norma, en relación a los créditos a otorgar, no obstante no tuvo el cuidado suficiente para cumplir con lo establecido en la norma regulatoria .
- Que a su vez para la decisión de aplicar una multa mínima se considero que en el presente caso, no existió reincidencia por parte del FFP Prodem S.A., ni perjuicios causados al sistema financiero, ni a ningún tercer y no existió dolo ni intencionalidad.

Por lo que, en el presente caso la sanción aplicada por el ente regulador ha respetado los criterios de proporcionalidad y la sanción se han dado atendiendo a las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor, atenuantes, agravantes etc., cumpliendo a su vez de esta manera el principio de tipicidad y legalidad, determinando así la **multa mínima** establecida en el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas de la Recopilación de Normas.

Consecuentemente, se tiene que el principio de proporcionalidad no puede ser aplicado en contraposición al principio de tipicidad, debido a que como ya se dijo líneas atrás existe norma específica que sanciona la conducta del infractor con una multa **no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido,** sin que exceda el tres por ciento (3%) del patrimonio mínimo.

No pudiendo por ende y bajo el principio de proporcionalidad, pretender el recurrente que se le sancione con una multa de amonestación, por una conducta que está tipificada y sancionada con multa, de acuerdo al Artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas.

Congruente con lo anterior, tenemos los siguientes datos que permiten respaldar tales afirmaciones, obtenidas del expediente administrativo:

Monto de la operación crediticia otorgada a BBR S.A.: Bs.8,691.331.41
Patrimonio neto de FFP PRODEM S.A.: Bs.263,598.586.00
Exceso del Límite: Bs.783,373.88
Porcentaje del Límite: 0.30%
Porcentaje de la sanción: 20% del exceso incurrido

Por lo que, la ASFI, ha aplicado correctamente la normativa.

2.3. De la conducta típica incurrida.-

El Fondo Financiero Privado Prodem S.A., argumenta que la infracción cometida no contraviene a lo establecido en el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XII de la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras, en razón a que no existiría una subsunción exacta a la conducta realizada, debido a que la operación crediticia no se habría perfeccionado y el crédito actualmente otorgado a la empresa BBR S.A., hubiera adquirido un nuevo estatus, que es el de novación.

Importa revisar en primer término la conducta como elemento del "tipo" que habría sido infringido.

Se debe señalar que la conducta es el comportamiento contenido en la descripción normativa, por lo que, Reyes Echandía afirma: "*como quiera que desde el punto de vista gramatical la **conducta típica** es una oración, su contenido gira **alrededor del verbo rector o núcleo rector del tipo,** es por tal modo importante el estudio del verbo como núcleo del tipo*…". Es así que el presente análisis, girará en torno a la conducta establecida como infracción, y por consiguiente en torno al verbo utilizado.

Dicho esto, se tiene que en el caso concreto la infracción corresponde al incumplimiento de lo dispuesto en el inciso f) del artículo 79 de la Ley Bancos y Entidades Financieras N°1488, referente a las prohibiciones de las entidades de intermediación Financiera no bancarias, y que a la letra determina:

"***Conceder*** *o* ***mantener*** *créditos con un prestatario o grupo prestatario por más de tres por ciento (3%) de su patrimonio neto…"*

El Artículo 10, Sección 2 Capítulo II, Título XIII - Reglamento de Sanciones Administrativas, determina que la Entidades Financieras, que contravengan esta norma serán sujetas a:

> ***"****Las entidades financieras que* ***concedan*** *o* ***mantengan créditos*** *con un prestatario o* ***grupo prestatario, por encima*** *del* ***límite legal*** *del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto* ***(límite del 3% para Fondos Financieros Privados*** *y Cooperativas de Ahorro y Crédito), serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto* ***no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido,*** *sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo, y conminadas a regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Superintendente."*

Así se tiene que la conducta objeto de reproche está compuesta por los verbos **conceder** o **mantener**, que en el presente caso Prodem S.A., **concedió** varios créditos a la empresa BBR S.A., créditos que a su vez se perfeccionaron con el desembolso del dinero, sobrepasando el límite legal establecido del tres por ciento (3%) del patrimonio neto, hecho que se puede constatar en el siguiente cuadro presentado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que se vuelve a transcribir:

Monto de la operación crediticia otorgada a BBR S.A.:	*Bs.8,691.331.41*
Patrimonio neto de FFP PRODEM S.A.:	*Bs.263,598.586.00*
Exceso del Límite:	*Bs.783,373.88*
Porcentaje del Límite:	*0.30%*

Quedando claro que la conducta objeto de la sanción, si fue cometida por el recurrente y que esta se perfeccionó con el desembolso del dinero.

2.4. Del Contrato de Novación.-

Se tiene que el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., en sus descargos presentados mediante nota GG-254/2010 de fecha 8 de diciembre de 2010 claramente señala:

"….. *PRODEM S.A. ejecutó de manera inmediata las medidas correspondientes a* ***objeto de regularizarla Operación Crediticia N°117-1-2-03134-6,*** *con carácter previo a la observación de fecha 25 de octubre del año en curso, aclarando que la Institución a la cual represento identificó, a través de sus mecanismos de control interno, las características de dicha operación en* ***fecha 06 de octubre de los corrientes, razón por la cual se dio una solución definitiva a la mencionada operación en fecha 26 de octubre de 2010…"***

De lo transcrito, se tiene que si bien la relación entre la Entidad Financiera y el prestatario hoy ha cambiado bajo la figura jurídica de novación, estos cambios y reestructuración son posteriores al desembolso del crédito, por lo que, independientemente de que el fondo haya corregido la irregularidad y la situación actual del préstamo, **la conducta infractora ya se materializó** a través de la Escritura Pública N°3831 de **fecha 06 de septiembre de 2010**,

extendida por Notario de Fe Pública Dra. Silvia Noya Laguna, por la cual el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., otorgó el préstamo de dinero signado con el Número 117-1-2-03134-6 a favor de la Empresa BBR S.A por la suma de $us.200.000.00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares Americanos), obligación garantizada por el Depósito a Plazo Fijo Nº0202640 por la suma de $us 400.000.00, no pudiendo por ende el recurrente señalar que el hecho de que exista un contrato de novación hace que la conducta infractora no haya existido, siendo que, -como ya se dijo- ésta es posterior a la comisión de la infracción.

Que sin embargo del análisis hecho es importante hacer referencia también a que en su Recurso Jerárquico él recurrente señala:

> "…*Como fuera expuesto en la Nota GG-254/2010 de 8 de diciembre de 2010 en* ***ningún momento procedimos a negar la existencia de una desviación de control interno*** *que se produjo en forma totalmente involuntaria y con ausencia total de dolo, que* ***generó la extralimitación del 3% del patrimonio neto de la institución respecto de una operación crediticia realizadas con la empresa BBR S.A…***".

Que de lo expuesto, así como de la propia confesión del recurrente, se tiene que el Fondo Financiero Privado Prodem S.A. incumplió lo dispuesto en el inciso f) del artículo 79 de la Ley Bancos y Entidades Financieras Nº1488 en la otorgación de un crédito a la empresa BBR S.A. que sobrepasa el límite legal de 3% del patrimonio neto no existiendo, por ende ningún eximente de responsabilidad.

2.5. La Discrecionalidad del Órgano Regulador.-

El recurrente hace referencia que en lo relativo a la discrecionalidad administrativa, la ASFI no debe estar alejada de la existencia de la jurisprudencia vigente, ya que ello podría implicar el ingresar en una decisión ultra discrecional, por lo que, la Autoridad administrativa queda subyugada a la jurisprudencia nacional que existe sobre el particular, la cual es clara al determinar la facultad que tiene el administrador a aplicar una sanción o promover el ejercicio de las Buenas Prácticas del Sistema Financiero, en un marco de interés público más que el ejercicio estricto de la facultad de sancionar o reprender a los regulados.

Que, antes de entrar al análisis del tema, importa realizar ciertas disgregaciones de carácter conceptual, referente al tema de la discrecionalidad y la potestad reglada, sobre el particular, el Dr. Jaime Pozo Chamorro, refiere:

> ***"La potestad reglada*** *es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto "La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo*".

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

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

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

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

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia Constitucional No. 0258/2007 de fecha 10 de abril de 2007, lo siguiente:

"(…) *Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional* ***es más una libertad de elección entre***

alternativas igualmente justas, *según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada (…).*

Esta ***discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma*** *y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los origino, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que la Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento (...)".*

De lo transcrito, así como de la jurisprudencia citada por el recurrente, se tiene que los precedentes anotados no condicen en ningún punto de vista legal con lo afirmado por el recurrente, respecto a la facultad discrecional del órgano regulador **de sancionar o no** en el caso de autos, por el contrario, la norma infringida ya expone la sanción en caso de incumplimiento, no permitiendo a la Autoridad Fiscalizadora poder dejar de imponer la misma, y más bien, su discrecionalidad se encuentra limitada a ella.

Es más, ninguna de las jurisprudencias o doctrinas citadas con anterioridad y menos la ley, hace referencia la pretensión del recurrente, más por el contrario determinan la facultad discrecional por parte de la administración, que se encuentra limitada por la propia norma y la misma no se aplica a todos los casos sino cuando la propia ley o norma otorgue a la administración **un margen de libertad, un abanico de posibilidades, pudiendo sólo en estos casos aplicar la más adecuada,** cual es el caso de autos, donde la facultad discrecional otorgada al órgano regulador, se circunscribe al artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas, que se vuelve a transcribir:

"*Las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto (límite del 3% para Fondos Financieros Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito),* ***serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido,*** *sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo, y conminadas a regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Superintendente*". (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es así que la discrecionalidad (reglada) que cuenta el Órgano Fiscalizador para graduar y determinar el importe de la multa se encuentra claramente normada (dentro de los límites establecidos en el Artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas), no habiendo la normativa otorgado facultad discrecional a la Autoridad Fiscalizadora de sancionar o no pecuniariamente, o en su caso imponer amonestación, como asevera el recurrente.

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

Por lo que, en el presente caso no puede tomarse como argumento válido la **no imposición de una sanción** o la disminución de la sanción de acuerdo a la facultad discrecional de la administración, ya que, la propia norma determina el camino a seguir, el cual es imponer una multa **por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido,** sin exceder el tres por ciento (3%) del patrimonio mínimo, por lo tanto, no cabe lugar a que la autoridad pueda hacer valoraciones subjetivas de la norma, cuando esta ya determina los parámetros de la multa a imponer.

Finalmente, corresponde precisar que esta instancia jerárquica sólo tiene competencia para revisar los criterios de proporcionalidad y legalidad en los que se sustenta la aplicación de la sanción y no así determinar el porcentaje de la misma, ni pronunciarse si esta debería ser mayor o menor, ya que esta es una facultad discrecional, en el marco de la norma, que es exclusiva del ente regulador.

2.6. De la aplicación del Principio de Buena Fe.-

El recurrente solicita que en virtud a este principio se proceda a la eliminación de la sanción pecuniaria y se realice una mutación a sanción de amonestación.

Al respecto y conforme lo desarrollado en el numeral 1.6 anterior, cabe precisar que la aplicación del principio de buena fe no constituye una herramienta idónea para reducir sanciones o no aplicar sanciones siendo entonces la esencia del principio de buena fe la confianza mutua que debe primar entre la administración pública y el administrado en cuanto a las actuaciones de cada uno, por lo que el recurrente al señalar que bajo este principio se proceda a la eliminación de la sanción está fuera de toda lógica jurídica no pudiendo este principio ser aplicado conforme el recurrente lo solicita por las razones ya expuestas con anterioridad.

Sin embargo de que el mismo se aplique como un elemento a tiempo de determinar la gradación de la multa, mismo que conforme se evidencia de los actuados del proceso, mereció la pena mínima, dentro del rango determinado por norma expresa.

2.7. De la Excusa Absolutoria.-

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

Sin embargo, la aplicación de estos principios o figuras penales no son absolutas, existiendo por ende principios y figuras propias y especiales para el ámbito penal, **así como para el ámbito administrativo** y otros que convergen tanto en ámbito penal como administrativo

como ser los principios de tipicidad y legalidad, principios de reserva de ley, "*non bis in idem*", debido proceso dentro de todas su connotaciones, por lo que, al momento de la aplicación de un principio general o una figura penal, como es en este caso la **excusa absolutoria** solicitada por el recurrente se debe ver la pertinencia y el grado de exigencia y de aplicación, que esta tendrá al ámbito administrativo, no pudiendo por ende aplicar todas las figuras penales a los procesos administrativos de hecho.

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

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

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

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

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

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

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

> ***"…<u>CONCLUSIÓN</u>***
>
> *En mérito a lo expuesto, en la instancia jerárquica solicito tomar en cuenta que la* ***inexistencia de dolo o culpa y la concurrencia de EXCUSA ABSOLUTORIA, respecto a la otorgación del crédito a la empresa BBR S.A.*** *con el propósito de que aplicando simultáneamente el Principio de Buena Fe del Derecho Administrativo, establecido en*

el artículo 4 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, ***se proceda a la eliminación de la sanción pecuniaria y mutándola a la sanción de amonestación establecida en el artículo 79 inciso a) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras….".***

PETITORIO

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

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

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

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

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

Excusa Absolutoria.- El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas señala: "*Causa de impunidad establecida por la ley fundándose en* ***motivos de utilidad pública o interés social****. Aun reconociendo la antijuricidad del hecho o de la*

omisión, y la imputabilidad y culpabilidad del agente, no se aplica pena".

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

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta valoración de la prueba así como una correcta interpretación de la norma por lo que en el presente caso se confirma totalmente la presente Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR TOTALMENTE** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución ASFI N°124/2011 de 11 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N°1073/2010 de 22 de diciembre de 2010.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 407/2011 DE 09 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 036/2011 DE 03 DE AGOSTO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2011

La Paz, 3 de agosto de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N°407/2011 de fecha 9 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 087 de 25 de julio de 2011 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 18 de mayo de 2011 la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"** legalmente representada por la Lic. Janeth Velarde de Medina y Dra. Carmen Aurora Rodas Ruiz; tal como lo acredita el Testimonio Poder N°149/2011 de 29 de marzo de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública N°083 del distrito judicial La Paz, a cargo del Dra. Carla Chávez Valencia, presentó Recurso Jerárquico contra

la Resolución Administrativa ASFI N°407/2011 de fecha 9 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011.

Que, en fecha 27 de mayo de 2011, se notificó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con el proveído de fecha 25 de mayo de 2011, mediante el cual se solicito la constancia de notificación, correspondientes a la Resolución Administrativa ASFI N°407/2011 de 9 de mayo de 2011.

Que, en fecha 27 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remite nota ASFI/DAJ/R-54515 de fecha 27 de mayo de 2010 mediante la cual adjunta constancia de notificación de la Resolución ASFI N°407/2011 de fecha 9 de mayo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 31 de mayo de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" notificado el 3 de junio de 2011.

Que, mediante Auto de fecha 6 de junio de 2011 se negó la solicitud de suspensión de la Resolución Administrativa ASFI N° 407/2011 de fecha 9 de mayo de 2011

Que, en fecha 1 de julio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz".**

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS INICIALES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSR I//R-23442/2011 de fecha 28 de febrero de 2011 responde a la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz":

> *"…Nos referimos al memorial presentado ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI, en fecha 15 de febrero de 2011, a través del cual solicita nulidad de todas las actuaciones administrativas emergentes del procedimiento de inspección especial efectuado a la Mutual que disponen la suspensión de la aprobación de nuevos créditos para la adquisición de los departamentos de la urbanización los Nuevos Pinos, en tanto no se formalice la documentación legal sobre el derecho propietario de la indicada urbanización, contemplado en el Informe de Inspección INB/22593/2001 de 18 de septiembre de 2001.*
>
> *Al respecto, se comunica a usted que efectuado el análisis de su solicitud corresponde aclararle que la nulidad de obrados constituye una medida de defensa que debe ser interpuesta contra un **acto administrativo** formal y definitivo, no correspondiendo activar este incidente contra una **actuación administrativa** de orden operativo.*

Asimismo, cabe recordarle la vigencia del artículo 20 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003 que establece que para interponer recursos contra los actos administrativos de menor jerarquía, los sujetos regulados solicitarán al Superintendente sectorial que los emitió, en un plazo de cinco días hábiles administrativos de haber conocido dicho acto, que consigne el mismo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada. En caso de negativa o falta de pronunciamiento podrá interponer el recurso de revocatoria contra el acto administrativo que motivó su solicitud.
Consiguientemente, la normativa vigente prevé los mecanismos de garantía del administrado para ejercer su irrestricto derecho a la defensa, permitiéndole impugnar actos administrativos de esta naturaleza.

Por otra parte, corresponde aclararle que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero posee plena competencia para adoptar medidas de prudencia y resguardo en procura de cumplir, de forma oportuna, con su objetivo principal constituido por la obligación de velar por los depósitos del público, la solidez del sistema y los intereses de los usuarios y clientes del sistema financiero, en ese sentido la actual Constitución Política del Estado y la normativa del sector otorgan a esta institución plenas facultades en el artículo 331 señalando ***"que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros, y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público...".*** *Asimismo, el Artículo 332 de la citada Constitución también establece que:* ***"Las entidades financieras, estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano***".

Por su parte, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), dispone que el Órgano de Supervisión debe velar por un sistema financiero sano y eficiente y por la solvencia del mismo, tal como establece el Artículo 153 de dicha Ley. Asimismo, entre las atribuciones otorgadas por el Artículo 154 se encuentra el ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades que realicen intermediación financiera.
Asimismo, la restricción de no dar créditos a nuevos adjudicatarios de la Urbanización Los Nuevos Pinos, fue incumplida por la Mutual, ya que se procedió con una publicación de prensa en la que comunica al público el financiamiento de departamentos en el Complejo Habitacional Los Pinos, situación que en caso de persistir, coloca a la Mutual dentro los alcances del inciso e) del artículo 112 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488.
Por último corresponde aclararle que la medida adoptada por este Órgano de Supervisión no tiene carácter definitivo y se encuentra sujeta al cumplimiento de parte de la Mutual del saneamiento y regularización de la documentación técnica y legal correspondiente al Complejo Habitacional Los Pinos."

Que, mediante nota GL/E/140/2011 NUT 10601, presentada el 9 de marzo de 2011, la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz",** presenta nota

solicitando se eleve a Resolución Administrativa la nota emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°308/2011 DE 23 DE MARZO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"PRIMERO.-*** *Ratificar el contenido integro de la nota ASFI/DSR IR-23442/2011 de 28 de febrero de 2011.*
> ***SEGUNDO.-*** *Rechazar el incidente de nulidad planteado por los argumentos contenidos en la presente Resolución.*
> ***TERCERO.-*** *Mantener como medida preventiva la restricción de suspender nuevas operaciones para la adquisición de unidades habitacionales en la Urbanización Los Nuevos Pinos, hasta tanto no se formalice el derecho propietario sobre la citada Urbanización."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 29 de marzo de 2011, la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz",** presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011, argumentando lo siguiente:

Mutual La Paz solicita la nulidad de todos los actuados hasta el informe SB/INB/documento 22593 de 18 de septiembre de 2001, así como los otros actos correspondientes a las notas: ASFI/DSRI/ R- 70346/2009 de fecha 22 de diciembre de 2009, ASFI/DSRI/ R - 4041/2010 de fecha 14 de enero de 2010, ASFI/DSRI/ R - 30087/2010 de fecha 30 de marzo de 2010, ASFI/DSRI/R - 91640/2010 de fecha 9 de septiembre de 2010, ASFI/DSRI/R - 103733/2010 de fecha 8 de octubre de 2010; debido a que los mismos fueron contrarios a derecho y que a través del informe antes citado, se hubiera impuesto una sanción a la Mutual misma que no hubiera seguido el procedimiento preestablecido, que a su vez restringe sus derechos básicos que les confiere la Ley N°1488.

A su vez en fecha 7 de abril de 2011 la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presentó memorial complementario a su Recurso de Revocatoria presentado en fecha 29 de marzo de 2011, donde observa la fecha de notificación de la Resolución Administrativa ASFI N° 308/2011 refiriéndose que la misma habría sido notificada fuera del plazo legalmente establecido, por lo que, hubiera operado el silencio administrativo, así mismo hacen referencia a que la Resolución Administrativa ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011, en sus considerandos N°5, y 6, justificaría una grave violación a los derechos de la Mutual La Paz, por qué fundamentan en su Resolución de que no se trataría de una sanción, sino una medida de resguardo que hubiera adoptado la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, pero que esta medida preventiva, resultaría peor y mucho más grave que la sanción más dura que prevea el ordenamiento jurídico financiero, por lo que, nuevamente solicita la nulidad del presente procedimiento

hasta el vicio más antiguo, es decir hasta el informe antes citado de 18 de septiembre de 2001, emergente del procedimiento de inspección especial efectuada a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", mismo que establece, que a partir de la fecha esta entidad debía suspender toda aprobación de nuevos créditos para la adquisición de los departamentos de la Urbanización Los Nuevos Pinos, en tanto no se formalice la documentación legal sobre el derecho propietario de la indicada urbanización.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°407/2011 DE 9 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 407/2011 de 9 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar totalmente la Resolución ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2001 conforme los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis y evaluación de los fundamentos expuestos por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz, se tiene las siguientes consideraciones:

- *La solicitud de nulidad de obrados invocada por Mutual La Paz, mediante memorial de 14 de febrero de 2011 y reiterada en la nota GL/E/14072011 NUT 10601 de 9 de marzo de 2011, así como en el memorial de 7 de abril de 2011 a través del cual interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°308/2011, no toma en cuenta un aspecto muy importante el cual se refiere que la normativa invocada para su tramitación (procedimiento administrativo) no es aplicable puesto que la misma no se encontraba vigente al momento en que se emitió el Informe de Inspección INB/22593/2001 de 18 de septiembre de 2001.*

- *En ese contexto, y respecto al planteamiento de nulidad formulado por Mutual La Paz, este Organismo de Supervisión se pronunció sobre su improcedencia mediante carta ASFI/DSR I/R-2344272011 de 28 de febrero de 2011, por cuanto el procedimiento administrativo tanto en sede administrativa como jurisdiccional establece como requisito sine equanon(sic) para su ejercicio, la existencia de un proceso previo, aspecto que en el presente caso no concurre por cuanto la determinación adoptada por la Autoridad de Supervisión en el Informe de Inspección SB/INB/D-22593/2001 de 18 de febrero de 2001, responde al ejercicio innato de sus facultades de supervisión y control establecidas en el Título Octavo de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), las cuales en ejercicio de las tareas de Control e Inspecciones a las entidades reguladas le permiten adoptar medidas preventivas y de resguardo a efecto de precautelar el interés público cuando las entidades bajo su control no poseen la suficiente capacidad operativa ni la logística para gestionar operaciones que por su naturaleza podrían repercutir negativamente en usuarios y clientes del sistema e inclusive en terceros.*

- *Con relación al reiterado cuestionamiento que formula Mutual La Paz, sobre la*

violación al derecho a la defensa y al debido proceso en la imposición de la supuesta sanción administrativa mediante la restricción de sus operaciones en el proyecto "Urbanización Los Nuevos Pinos", corresponde aclarar que dichos argumentos no corresponden por cuanto las funciones de regulación y supervisión que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro el ámbito de su competencia, los mismos se circunscriben al mandato constitucional establecido por el artículo 332 y la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y por qué fundamentalmente sus actividades se rigen en base a los principios del Derecho Administrativo, los cuales determinan su accionar en estricto cumplimiento de los mecanismos legales y las garantías que la Ley le franquea a los administrados, para que puedan ejercer su amplio e irrestricto derecho a la defensa.

- *En ese entendido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), ejerce su competencia privativa e indelegable para adoptar medidas de prudencia y resguardo en procura de cumplir, de forma oportuna, con su objetivo principal constituido por la obligación de velar por los depósitos del público, la solidez del sistema y los intereses de los usuarios y clientes del sistema financiero.*

- *Sobre este particular, cabe puntualizar que el numeral 14 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), establece claramente como atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la de instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera resultantes de su labor de supervisión y control.*

- *Por lo expuesto precedentemente y de acuerdo al marco legal aplicable se establece que las facultades del Órgano de Supervisión son amplias para instruir que se efectúen ajustes y regularizaciones como resultado de las labores de fiscalización y control, las que no representan sanciones en sí mismas sino medidas de resguardo y control por que forman parte de sus competencias en el ámbito de la supervisión y control que ejerce sobre las entidades reguladas.*

- *Asimismo, cabe recordar al recurrente que la Autoridad de Supervisión, en el ejercicio de su tarea de fiscalización y control, se (sic) identifica alguna irregularidad o inobservancia a la norma regulatoria, la que podría tener repercusiones sobre usuarios y clientes del sistema financiero, inclusive terceros con interés legítimo, cuenta con la potestad suficiente para instruir medidas preventivas y de resguardo a la entidad regulada, las mismas que pueden consistir en obligaciones de hacer o no hacer, y que no necesariamente revisten el carácter de sanciones por cuanto forman parte inmanente de sus facultades y atribuciones de fiscalización y control.*

- *En ese ámbito, el mandato otorgado por la Constitución Política del Estado Plurinacional a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es suficientemente claro al establecer en el artículo 331: "que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros, y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público, asimismo, el*

artículo 332 de la citada Constitución establece que "Las entidades financieras, estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano".

- *En ese mismo sentido, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 Texto Ordenado), dispone que el Órgano de Supervisión debe velar por un sistema Financiero sano y eficiente y por la solvencia del mismo tal como establece el artículo 153 de dicha Ley, asimismo, entre las atribuciones otorgadas por el artículo 154 se encuentra el ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades que realicen intermediación financiera.*

- *Por lo que, con relación al Informe de Inspección INB/22593/2001 de 18 de septiembre de 2001, emitido por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actual ASFI, así como las posteriores notas cursadas a Mutual la Paz, referidas a la suspensión para la aprobación de nuevos créditos para la adquisición de los departamentos de "La Urbanización los Nuevos Pinos", en el marco de todo lo precedentemente expuesto, dicha medida fue impuesta por el Órgano de Supervisión, velando por el interés público, por cuanto y conforme lo expuesto anteriormente esta facultad surge implícita del orden jurídico general y por mandato de la Constitución y la Ley en resguardo del interés de la colectividad, en este caso los usuarios y clientes del sistema financiero.*

Finalmente, se concluye que de acuerdo a la información proporcionada por Mutual La Paz mediante carta NC/E/17/2011 NUT 10601 presentada a ASFI el 31 de enero de 2011, pese a haberse ingresado a Derechos Reales los Testimonios 972/2010 y 1421/2010 de 18 de agosto de 2010 y 19 de octubre de 2010, respectivamente, los trámites correspondientes al fraccionamiento de todas las unidades habitacionales que serán construidas y comercializadas por la empresa Zorba S.R.L. y la Escritura Pública complementaria, que incluye las 61 unidades habitacionales pendientes de regularización y 14 unidades habitacionales del bloque 39 (bloque inconcluso), a la fecha, conforme lo descrito en la nota de referencia, el trámite de registro de dichos documentos no han sido concluidos, por cuanto la causal que dio origen a la referida restricción aún persiste.

CONSIDERANDO:

Que, el presente recurso ha sido tramitado de acuerdo a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 de 23 de abril de 2002, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y toda la normativa conexa.

Que, por disposición del artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) en su primera parte señala que, la administración de las entidades de intermediación financiera se encuentran sujetas a las disposiciones

contenidas en la citada Ley de Bancos y Entidades Financieras, el Código de Comercio y las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos

Que, el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993, señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y el de ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades que intermedien recursos financieros.

Que, las entidades de intermediación financiera se encuentran obligadas a someter su administración a la inexcusable observancia de las disposiciones legales mencionadas precedentemente y las regulaciones prudenciales emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las que en el presente caso se refieren, entre otros, al cumplimiento obligatorio de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1468 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), el Código de Comercio y las disposiciones regulatorias contenidas en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal DAJ/R-47268/2011 de 5 de mayo de 2011, ha concluido señalando que los argumentos presentados por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz en su Recurso de Revocatoria, no enervaron ni desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011, por cuanto a la fecha dicha entidad no ha concluido en su totalidad con el trámite de registro de las escrituras de propiedad de "La Urbanización Los Nuevos Pinos" en Derechos Reales....”

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 18 de mayo de 2011, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda “La Paz”, presentó el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°407/2011 de fecha 9 de mayo de 2011, argumentado lo siguiente:

“II. ANTECEDENTES QUE CONSTITUYEN LA CAUSA DEL RECURSO

En fecha 15 de febrero de 2011, Mutual La Paz solicitó a la ASFI la nulidad de todas las actuaciones administrativas emergentes del procedimiento de inspección especial efectuada a esta entidad financiera, que dispongan la suspensión de la aprobación de nuevos créditos para la adquisición de los departamentos de la urbanización los Nuevos Pinos, por cualquier causa que fuera, hasta el vicio más antiguo, que se remonta al Informe INB/22593, numeral 3 inciso a., de fecha 18 de septiembre de 2001 y a la Nota SB/INB N°22865, de fecha 21 de septiembre de 2001, que lo acompaña, y, en consecuencia, la nulidad de todas las actuaciones posteriores a este Informe y Nota que producen los mismos efectos, en especial las siguientes:

a) *ASFI/DSRI/ R - 70346/2009, de fecha 22 de diciembre de 2009 (8 años y 3 meses después de la sanción inconstitucional e ilegalmente impuesta).*

b) *ASFI/DSRI/ R - 4041/2010, de fecha 14 de enero de 2010.*

c) *ASFI/DSRI/ R - 30087/2010, de fecha 30 de marzo de 2010.*

d*) ASFI/DSRI/R - 91640/2010, de fecha 9 de septiembre de 2010.*

e*) ASFI/DSRI/R - 103733/2010, de fecha 8 de octubre de 2010.*

f) *ASFI/DSRI/ R - 7288/2011, de fecha 20 de enero de 2011.*

La ASFI rechazó este pedido de nulidad mediante el acto administrativo formalizado en la Nota ASFI/DSR I/ R - 23442/2011, de fecha 28 de febrero de 2011; al tratarse de un acto administrativo definitivo con relación al pedido de nulidad de obrados, Mutual La Paz mediante Nota GL/E/140/2011 NUT 10601, presentada en fecha 9 de marzo de 2011, solicitó a la ASFI la formalización del rechazo al pedido de nulidad de obrados mediante Resolución Administrativa para el ejercicio de los derechos recursivos que le franquea la Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Supremo N°27175.

El artículo 20, parágrafo II, del Decreto Supremo N°27175, establece que la autoridad regulatoria debe emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa de esta autoridad o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria contra el acto administrativo que motivó su solicitud. Tomando en cuenta la fecha del 9 de marzo de 2011, la ASFI debió emitir y notificar la resolución administrativa pertinente hasta el día 23 de marzo de 2011. Como este hecho no sucedió, Mutual La Paz en fecha 29 de marzo de 2011, presentó Recurso de Revocatoria por silencio administrativo, estando habilitada normativamente para hacerlo a partir del día 24 de marzo de 2011.

Recién el día 30 de marzo de 2011 la ASFI notifica a Mutual La Paz la Resolución N°308/2011, de fecha 23 de marzo de 2011, mediante la cual rechaza su pedido de nulidad de obrados; como esta Resolución fue notificada a Mutual La Paz después de la presentación del Recurso de Revocatoria, esta entidad ratifico ante la ASFI este Recurso, ampliando su fundamentación observó la resolución y notificación extemporánea, impugnó esta resolución y solicitó que esta impugnación se decida al momento de resolver el Recurso de Revocatoria ratificado.

Mediante auto de fecha 4 de mayo de 2011, notificado a Mutual La Paz el 5 de mayo de 2011, la ASFI dispone de oficio que la fecha para dictar Resolución que resuelva el Recurso de Revocatoria de Mutual La Paz se computará a partir del 7 de abril de 2011. Tomando en cuenta este Auto, la ASFI debió resolver y notificar la Resolución de este Recurso a Mutual La Paz hasta el día 5 de mayo de 2011, dentro de los 20 días hábiles administrativos que establece el artículo 49 del D.S. 27175. En lugar de ello, la ASFI dicta la Resolución N°407/2011, sobre el Recurso de Revocatoria de Mutual La Paz, el 9 de

mayo de 2011, 4 días después del vencimiento del plazo que la propia ASFI se otorgó en el Auto de fecha 4 de mayo de 2011, que por acumulación de obrados, estableció expresamente en este Auto que la fecha para resolver el Recurso de Revocatoria de Mutual La Paz, se computaba a partir del "día 7 de abril" -computando los 20 días hábiles este plazo venció el 5 de mayo de 2011 y no el 9 de mayo de 2011.
La Resolución extemporánea fue notificada a Mutual La Paz el 16 de mayo de 2011, fuera del término legal, cuando debió ser notificada hasta el día 5 de mayo de 2011, como día límite de notificación, por las características especiales que tiene la fase recursiva por silencio administrativo, tomando en cuenta que el artículo 53 del D.S. 27175 establece que el Recurso Jerárquico se lo presentará, en una de sus variables, "al vencimiento del plazo para resolver el "Recurso de Revocatoria", en el presente caso a partir del 6 de mayo de 2011, puesto que el plazo para resolver este Recurso venció el 5 de mayo. Aún cuando la ASFI pretenda aplicar el plazo de notificación de 5 días hábiles establecido en el artículo 22 del D.S. 27175 (que no aplica al recurso por silencio administrativo, por sus características especiales), este plazo vencía el jueves 12 de mayo de 2011 y no el lunes 16.

Al tratarse de una resolución dictada y notificada extemporáneamente, en contravención al ordenamiento jurídico vigente, y por lo tanto nula de pleno derecho, Mutual La Paz, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 53 del D.S. 27175, presenta este Recurso Jerárquico, por silencio administrativo de la ASFI, dentro de los 10 días hábiles administrativos siguientes "al vencimiento del plazo que la autoridad regulatoria tenía para resolver el Recurso de Revocatoria de Mutual La Paz", plazo que venció el día 5 de mayo de 2011, por aplicación del Auto de fecha 4 de mayo de 2011, de la propia ASFI.

Sobre este particular, categóricamente dispone el artículo 51 II del D.S. 27175 que: "Si al vencimiento del plazo para pronunciarse sobre el recurso de revocatoria, el Superintendente Sectorial (actualmente Director Ejecutivo de la ASFI) no dicta la resolución correspondiente, este hecho producirá los efectos de resolución confirmatoria total, habilitando el recurso jerárquico. En todo caso opera el silencio administrativo negativo en recurso de revocatoria, bajo responsabilidad del Superintendente Sectorial.

III. OBSERVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ASFI N° 407/2011 Y DE SU NOTIFICACIÓN POR HABERSE PRODUCIDO FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO.

En fecha 16 de mayo de 2011, la ASFI notificó a Mutual La Paz la Resolución ASFI N°407/2011, de fecha 09 de mayo de 2011, que confirma en todas sus partes la Resolución ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011.

La Resolución ASFI N°407/2011 ha prescindido total y absolutamente del plazo establecido en la normativa vigente para su dictado y notificación, razón por la cual es un acto administrativo nulo de pleno derecho, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 35 I, inciso c), de la Ley 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo). El artículo

49 del D.S. 27175, establece que la ASFI tiene 20 días hábiles, a partir de la interposición del Recurso de Revocatoria, para sustanciar el Recurso y dictar Resolución.

Este plazo de 20 días, se computa a "partir del 7" de abril, como lo dispuso expresamente la ASFI, en el Auto de 4 de mayo de 2011, mediante el cual acumuló obrados y, amplió su plazo para resolver el Recurso de Revocatoria de Mutual La Paz. Por tanto venció este plazo el 5 de mayo de 2011; hasta este día, perentoria e improrrogablemente, tenía la ASFI que dictar legalmente la Resolución sobre el Recurso de Revocatoria. No cumplió este plazo y, violando una norma expresa que lo señala, dicta la Resolución ASFI N°407/2011 el 9 de mayo de 2011. Este pronunciamiento extemporáneo, que vicia de nulidad absoluta a esta Resolución, faculta el derecho de Mutual La Paz a presentar el Recurso Jerárquico por silencio administrativo, derecho habilitado a partir del 6 de mayo de 2011 (después de vencidos los 20 días hábiles que tenía la ASFI para dictar la resolución sobre el recurso de revocatoria) y vigente hasta el 19 de mayo de 2011 (10 días hábiles administrativos siguientes al vencimiento del plazo para resolver el Recurso de Revocatoria, art. 53 del D.S. 27175).

Este caso especial de vías recursivas habilitadas por silencio administrativo, si la autoridad administrativa decide dictar su Resolución el último día en el que vence el plazo establecido en el artículo 49 del D.S. 27175, en el presente caso el 5 de mayo de 2011, la notificación debió realizarse el mismo día, y no como se lo hizo 11 días después (que inclusive supera los 5 días de notificación que para los casos generales establece el artículo 22 del mismo decreto: si se hubiese dictado la resolución el 5 de mayo, tomando en cuenta esta norma general de notificación que no aplica al caso de silencio administrativo, debió notificarse hasta el día 12 de mayo y no el 16 de mayo como se lo hizo) porque a partir del día siguiente, esto es el 6 de mayo de 2011, el particular interesado, por imperio del artículo 53 del D.S. 27175 está habilitado para presentar su Recurso Jerárquico contra el acto de instancia que genera la violación de sus derechos.

Por las razones expuestas, la Resolución ASFI N°407/2011, es nula de pleno derecho, por lo que solicitamos respetuosamente que la autoridad jerárquica superior tome medidas efectivas para que no se vulneren los principios de seguridad jurídica y buena fe de los administrados en la tramitación de esta clase de recursos.

IV.ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS.

En base a los antecedentes de hecho y de derecho mencionados en el parágrafo precedente, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 20, 36, 37, 38, 51 II, 52 y 53 del Decreto Supremo N°27175, interpongo Recurso Jerárquico:

1. *Por silencio administrativo: contra el acto administrativo formalizado en la Nota ASFI/DSR I/ R - 23442/2011, de fecha 28 de febrero de 2011, y contra la Resolución ASFI N°308/2011, de fecha 23 de marzo de 2011 (notificada el 30 de marzo de 2011) que rechazan el pedido de nulidad de obrados de Mutual La Paz, presentado en fecha 15 de febrero de 2011.*

2. *Por nulidad de pleno derecho contra la Resolución ASFI N°407/2011 al haber sido dictada y notificada fuera de los plazos normativos establecidos al efecto.*

V.FUNDAMENTOS FÁCTICOS DEL RECURSO.

En fecha 21 de septiembre de 2001, mediante nota SB/INB N°22865, el entonces Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, ordenó a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el informe INB/22593 de fecha 18 de septiembre de 2001. En el numeral 39 inciso a de este informe textualmente se dispone: "A partir de la fecha la Gerencia General, deberá suspender toda aprobación de nuevos créditos para la adquisición de los departamentos de la Urbanización los Nuevos Pinos, en tanto no se formalice la documentación legal sobre el derecho propietario de la indicada urbanización".

Esta orden de suspensión condicional, en esencia constituye la sanción administrativa de prohibición temporal para realizar determinadas operaciones u operar determinadas secciones, tipificada en el artículo 99 numeral 3 de la Ley 1488 (Ley de Bancos y Entidades Financieras), según texto ordenado por el Decreto Supremo N°26581, impuesta a la Mutual La Paz prescindiendo total y absolutamente de las formas y procedimientos establecidos en la Ley para su legal y debida imposición, sin mencionar ninguna norma legal o administrativa en la que se fundamenta, con violación a sus derechos constitucionales a la defensa y el debido proceso.

Esta sanción administrativa, inconstitucional e ilegalmente impuesta a Mutual La Paz, ha sido reiterada y mantenida vigente por la ASFI, inducida por la actuación antijurídica de la ex Superintendencia, en las siguientes notas:

a) *ASFI/DSRI/ R - 70346/2009, de fecha 22 de diciembre de 2009 (8 años y 3 meses después de la sanción inconstitucional e ilegalmente impuesta).*
b) *ASFI/DSRI/ R - 4041/2010, de fecha 14 de enero de 2010.*
c) *ASFI/DSRI/ R - 30087/2010, de fecha 30 de marzo de 2010.*
d) *ASFI/DSRI/R - 91640/2010, de fecha 9 de septiembre de 2010.*
e) *ASFI/DSRI/R - 103733/2010, de fecha 8 de octubre de 2010.*
f) *ASFI/DSRI/ R - 7288/2011, de fecha 20 de enero de 2011.*

La causa que dio origen a la imposición inconstitucional e ilegal de esta sanción administrativa fue la "formalización de la documentación legal sobre el derecho propietario de la indicada urbanización" como textualmente se señala en el numeral 3 inciso a. del informe INB/22593; documentación que fue oportunamente entregada por la Mutual La Paz al órgano regulatorio, que demuestra su pleno y completo derecho propietario sobre los terrenos en los que se asienta la Urbanización los Nuevos Pinos. No obstante ello, en las notas posteriores de la ASFI, se fueron agregando nuevas y distintas causas como justificativo de esta sanción administrativa, que no fueron contempladas en la primera nota ni en el informe inicial que dio lugar a su imposición, pese a que las posteriores notas reconocen a estos documentos como la única fuente restrictiva del

derecho mencionado, limitándose a reiterar y mantener vigente la medida restrictiva que, en esencia, constituye una sanción impuesta sin el debido proceso legal.

VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO.

1. Derechos de Mutual La Paz reconocidos por la normativa legal sectorial y lesionados.

Los artículos 35, 39 numeral 1 y 74, de la Ley 1488 (Ley de Bancos y Entidades Financieras), según texto ordenado por el Decreto Supremo N°26581, reconocen a la Mutual La Paz los siguientes derechos:

***a)** Derecho a realizar operaciones pasivas, activas, contingentes y de servicios – financieros, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera.*
***b)** Derecho a otorgar créditos y efectuar préstamos a corto, mediano y largo plazo, con garantías personales, hipotecarias, prendarias o combinadas.*
***c)** Derecho a realizar operaciones pasivas y activas a nivel nacional, con las excepciones previstas en esta Ley.*

2. Violación de garantías legales para la plena vigencia de estos derechos.

El Título Octavo, sobre Control, Inspecciones y Sanciones, de la Ley 1488 (Ley de Bancos y Entidades Financieras), según texto ordenado por el Decreto Supremo N°26581, es la principal garantía para el respeto y vigencia plena de estos derechos. Para ello, la secuencia lógica y cronológica que la Ley establece entre control, inspección y sanción. La única manera legal de restringir estos derechos es a través de la imposición de una de las sanciones legalmente establecidas en esta Ley y con el debido proceso legal. Los controles y las inspecciones administrativas son actos preparatorios para la imposición de sanciones y constituyen presupuestos para el inicio de los procedimientos infractorios, que comienzan con la ineludible formulación de cargos. De ninguna manera legal los actos y procedimientos de inspección administrativa, que ni siquiera forman parte de la primera fase del procedimiento sancionatorio, pueden contener en sí mismos restricciones o limitaciones al ejercicio de estos derechos relativos a las operaciones financieras y crediticias.

La Nota SB/INB N°22865 y el Informe INB/22593 que dan origen a estas actuaciones inconstitucionales e ilegales y a la imposición de una medida restrictiva de los derechos de Mutual La Paz, mencionados en el numeral precedente, que en esencia es una sanción administrativa impuesta sin el debido proceso, expresamente señalan que se trata de "una inspección especial efectuada a esta entidad financiera". Del artículo 96 de la Ley 1488, claramente se deduce que una inspección administrativa no tiene el alcance exorbitante y violatorio de derechos que le confiere la autoridad administrativa regulatoria; en efecto, esta norma precisa el alcance legal de una inspección, control o cualquier acto de supervisión:

a) *Recabar cuanta información sea necesaria.*
b) *Exigir la declaración de cualquier persona que consideren necesario examinar en el curso de las investigaciones.*
c) *Citar y requerir la presencia de cualquier persona para efecto de la expresada declaración.*
d) *Exigir la presentación de cualquier libro o documento o la copia de los mismos.*
e) *Levantar acta circunstanciada, firmada por los funcionarios actuantes y un representante de la entidad supervisada.*

No dice esta norma y no lo podría decir porque sería contradictoria con las disposiciones sancionatorias de la misma ley, que la inspección concretada en un informe de la autoridad competente puede contener restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos de la entidad financiera inspeccionada, porque esto representaría una sanción anticipada en un informe de inspección; tal como ocurrió en el presente caso, en el que se impuso a Mutual La Paz, en un informe de inspección, la sanción tipificada en el artículo 99 numeral 3 de La Ley 1488.

La suspensión de toda aprobación de nuevos créditos para la adquisición de los departamentos de la Urbanización los Nuevos Pinos, en tanto no se formalice la documentación legal sobre el derecho propietario de la indicada urbanización, dispuesta en la nota e Informe inicial de la SBEF, reiterada y mantenida vigente en notas posteriores de la ASFI, es la sanción administrativa de prohibición temporal para realizar operaciones de crédito, impuesta a Mutual La Paz sin el debido proceso legal; ni siquiera se formularon cargos, derivados de la inspección señalada, para el inicio del procedimiento sancionatorio.

3. Violación al derecho de defensa y el debido proceso en la imposición de la sanción administrativa anticipada.

La restricción o limitación señalada al ejercicio de los derechos de Mutual La Paz, que en esencia constituye una sanción administrativa, ha sido impuesta por la autoridad regulatoria, sin permitir el ejercicio del derecho de defensa y en contravención al debido proceso legal, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido al efecto.

El artículo 109 de la Ley 1488 prescribe que el Superintendente (actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero), antes de la aplicación de una sanción, deberá notificar el cargo correspondiente a la institución o presunto infractor otorgándole un plazo no menor de dos (2) ni mayor de siete (7) días para efectuar su descargo o explicación pertinente.

En concordancia con este régimen legal sobre debido proceso para la imposición de sanciones administrativas financieras, el Decreto Supremo 27175, de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 62 establece: - El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos". II." La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de

seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N°2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables".

El Decreto Supremo 27175, de 15 de septiembre de 2003, en sus artículos 65 al 69, establece las siguientes etapas del procedimiento sancionador: i) ***Diligencias preliminares*** *(esta es la etapa que corresponde a la Nota SB/INB N°22865 y el Informe INB/22593 y a todas las notas de la ASFI vinculadas a estos actos previos que dieron origen al presente caso),* ***ii) Notificación de cargos*** *(ni siquiera se formularon cargos en contra de Mutual La Paz),* ***iii) Tramitación, iv) Conclusión,*** *y* ***v) Ejecución.***

En el tema específico de las inspecciones administrativas, el artículo 24 parágrafo II del Decreto Supremo 27175, prescribe:

"Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán elaborar normas para reglamentar sus actividades de supervisión y regulación, sin embargo, ejercitando sus competencias, en la realización de los actos destinados a tal fin, podrán utilizar técnicas, efectuar inspecciones y establecer procedimientos a través de comunicaciones que, sin estar plasmados necesariamente en un reglamento escrito, se ajusten y no contradigan las normas básicas generales de los reglamentos señalados anteriormente, respetando los derechos de los regulados y aplicando el principio de publicidad y debido proceso en todo momento".

La Ley 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), de 23 de abril de 2002, en el artículo 4 inciso c) establece el principio de sometimiento pleno a la ley por el cual la Administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso. El artículo 28 incisos d) y e) de la misma Ley establece que, antes de la emisión del acto administrativo, deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico y que deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando los hechos y antecedentes que le sirven de causa y el derecho aplicable.

La Ley 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), de 23 de abril de 2002, en el artículo 35, parágrafo I, incisos c) y d), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. Los artículos 76 y 80 parágrafo II de la misma Ley establecen que no se podrá imponer sanción administrativa alguna a las personas, sin la previa aplicación del procedimiento punitivo establecido en la presente ley o en las disposiciones sectoriales aplicables y que los procedimientos administrativos sancionadores deberán considerar inexcusablemente las sucesivas etapas de iniciación, tramitación y terminación previstas en este Capítulo. También el artículo 81 parágrafo I de esta Ley establece las diligencias preliminares (inspecciones realizadas por la SBE y la ASFI a Mutual La Paz) en forma previa al inicio de los procedimientos sancionadores.

Los artículos 115 II y 119 II de la Constitución Política del Estado establecen que el Estado garantiza el derecho al debido proceso y a la defensa y que toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. De la misma manera, los Tratados de Derechos Humanos vigentes para Bolivia garantizan el derecho de defensa y el debido proceso para la determinación de todo tipo de derechos y no únicamente los vinculados al ámbito de la justicia penal.

La restricción temporal impuesta por la SBEF y la ASFI, en las Notas e Informe indicados, a los derechos de Mutual La Paz, señalados en el numeral 1 precedente de este memorial, es una sanción administrativa impuesta de manera anticipada, sin respetar el derecho de defensa de Mutual La Paz y violando todas las normas constitucionales y legales, indicadas en este numeral. Esta sanción administrativa, inconstitucional e ilegal, se la impone a Mutual "La Paz" en una fase preliminar del procedimiento sancionador, en el momento de la etapa de inspección, antes del inicio del procedimiento sancionador, con la correspondiente formulación de cargos. Además de estas violaciones a la Constitución, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la Ley, las Notas e Informe detallados de la SBEF y la ASFI, no tienen ninguna fundamentación sobre el derecho y el marco normativo aplicable en el que se basan para disponer esta restricción al ejercicio de los derechos de mi representada. Carecen totalmente de fundamentación que es otro de los requisitos esenciales del acto administrativo y causal de nulidad de pleno derecho.

Estas actuaciones inconstitucionales e ilegales de la autoridad regulatoria financiera no solamente conllevan lesión y perjuicio a derechos básicos de Mutual La Paz, derechos sin cuyo ejercicio no se justifica su existencia jurídica, sino que además generan grave inseguridad jurídica con relación a todos los operadores del sistema, que deben tener certeza sobre el libre e irrestricto ejercicio de sus derechos, salvo que el ejercicio de los mismos se encuentre temporalmente suspendido o limitado como consecuencia de una sanción administrativa legalmente establecida e impuesta. Las actuaciones administrativas arbitrarias, relativas a derechos básicos de los operadores, comprometen la estabilidad de todo el sistema financiero, razón por la cual, es necesario e imprescindible reencauzar los procedimientos del presente caso, para restablecer el imperio del derecho y de la ley en las actuaciones administrativas de la entidad regulatoria y los derechos de Mutual La Paz, así como la seguridad jurídica para todos las entidades bancarias y financieras que operan en el sistema.

Los vicios señalados se originan en la actuación antijurídica del ex Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, Lic. Fernando Calvo Unzueta; agravados por las posteriores actuaciones del ex Director Ejecutivo a.i. Lic. Ernesto Rivero V (ver nota ASFI/DSRI/R - 30087 de 30 de marzo de 2010), que amplía las causas de la inconstitucional e ilegal sanción sin limitar su intervención a la causa inicialmente establecida por el Superintendente Fernando Calvo Unzueta; actuaciones de sus predecesores que han sido determinantes para el error en el que han incurrido su autoridad en las últimas actuaciones; razón adicional que justifica el saneamiento del procedimiento administrativo y de los actos inconstitucionales e ilegales formalizados mediante notas, a través del presente pedido de nulidad de obrados.

Además de lo señalado, precedentemente, la autoridad regulatoria junta en un solo procedimiento observaciones y restricciones referidas a distintos proyectos y sujetos de derecho, cuando jurídicamente cada una de ellas debería tener un procedimiento propio e independiente para que no se perjudiquen algunos proyectos con observaciones o cuestionamientos que le corresponden a otros. Con relación al proyecto "Los Nuevos Pinos – Fase 3", la autoridad regulatoria ASFI, además, reitera y mantiene la vigencia de la restricción inicial (sanción impuesta inconstitucional e ilegalmente) pero introduce nuevas causas que no estaban previstas inicialmente, que únicamente se refería a la formalización de la documentación legal sobre el derecho propietario de la urbanización, extremo que fue debida y oportunamente descargado por "Mutual La Paz".

Con estas decisiones inconstitucionales e ilegales de la autoridad regulatoria, se están afectando arbitrariamente proyectos habitacionales con alto contenido social, como es el caso de Los Nuevos Pinos, en abierta contradicción con los principios, postulados y políticas del actual gobierno nacional, que prioriza lo social con relación a cualquier otro ámbito de la actividad del Estado y de sus instituciones.

4. Nulidad de obrados como la vía procedimental idónea para restablecer los derechos conculcados.

El Decreto Supremo N°27113, de 23 de julio de 2003, en su Disposición Adicional Segunda prescribe que el presente Reglamento constituye la norma jurídica marco para la Administración Pública. Los Sistemas de Regulación SIRESE, SIREFI Y SIRENARE, y otros que se crearen conforme a ley, a falta de disposición expresa, lo aplicarán por vía supletoria. El Decreto Supremo 27175, de 15 de septiembre de 2003, no contiene disposiciones sobre nulidad de procedimientos; por tanto se aplica a materia financiera el artículo 55 del Decreto Supremo N°27113 sobre nulidad de procedimientos, norma que prescribe lo siguiente:

"Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas".

La sanción inconstitucional e ¡legalmente impuesta a Mutual La Paz, como medida restrictiva del ejercicio de sus derechos básicos que le confiere la Ley N°1488, ha sido dispuesta dentro de una fase preliminar de un procedimiento sancionatorio, en las actuaciones administrativas concretadas como consecuencia de una inspección realizada a la entidad financiera; además ha sido impuesta y mantenida vigente a través de notas e informes de la autoridad administrativa y no de resoluciones debidamente motivadas y fundamentadas. La ASFI está a tiempo de corregir estos vicios de la etapa preliminar (fase de inspecciones), antes de la emisión del acto

administrativo definitivo, para evitar la nulidad de éste último y restablecer el ejercicio de los derechos y garantías lesionados de la Mutual La Paz, especialmente los relativos al ejercicio de sus actividades principales y a la defensa y debido proceso, previos y oportunos, frente a cualquier medida administrativa que los restrinja o limite.

5. Otras actuaciones ilegales de la ASFI: Las Resoluciones N°308/2011 y 407/2011.

A. Resolución 308/2011 de 23 de marzo de 2011.

a) *En el Considerando 4 de la Resolución ASFI N°308/2011 la autoridad ejecutiva de la ASFI reconoce que la medida que denomina "preventiva de restricción de derechos" de Mutual La Paz fue adoptada en contra de esta entidad financiera sin dar inicio a procedimiento alguno, porque se trata del ejercicio de facultades de supervisión y control. Mutual La Paz, considera que el acto administrativo de la ASFI que, cualquiera sea el nombre que esta autoridad administrativa le de y la forma (sic) utilizada por ella para su expresión (nota en lugar de resolución), al restringir derechos básicos adquiridos por Mutual La Paz, como son los relativos a realizar operaciones de crédito, ocasionándole graves perjuicios económicos al paralizar "sine die" (sic) la ejecución de un proyecto social inmobiliario millonario, constituye en esencia una sanción administrativa, aplicada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento exigido por la Constitución y la Ley 2341 así como la Ley de Bancos y Entidades financieras y sus respectivos Decretos Reglamentarios.*

Según la Ley 2341, conforme lo desarrollado en el recurso de revocatoria citado, un acto administrativo que presenta un vicio de esta naturaleza, es "nulo de pleno derecho" porque genera absoluta indefensión del administrado y viola sus derechos constitucionales a la defensa y el debido proceso, reconocidos en los artículos 115 II y 119 II.

b) *En los Considerandos 5 y 6 de la Resolución ASFI N°308/2011 la autoridad ejecutiva de la ASFI, justifica esta violación a los derechos de Mutual La Paz, porque no se trataría de una sanción sino de una medida de resguardo y control que forma parte de sus competencias en el ámbito de la supervisión y control que ejerce sobre las entidades reguladas, y en el artículo tercero de la parte dispositiva de esta resolución la denomina "medida preventiva"*

Debe ser el primer caso en el ordenamiento jurídico de Bolivia, que una medida preventiva se la impone y ratifica en varias notas, sin una resolución expresa y motivada, sin sustanciar procedimiento alguno que permita el ejercicio del derecho de defensa del afectado, con un alcance temporalmente ilimitado porque no se determina un tiempo fijo para su vigencia y con causas que se suman y varían con relación a las originalmente mencionadas para justificarla, generando un "vía crucis" sin fin para el administrado, que podría eternamente estar imposibilitado en el ejercicio de su derecho suspendido.

En estas condiciones, esta supuesta medida preventiva, resulta más grave que la sanción más dura que prevea el ordenamiento jurídico financiero; por lo menos la sanción más dura y extrema tiene claros límites temporales y/o económicos y permite el ejercicio del derecho de defensa, a través del debido proceso.

***c**)En el Considerando 6 de la Resolución ASFI N°308/2011, la autoridad ejecutiva de la ASFI, señala textualmente que: "tal es la fuente remota de las restricciones administrativas, que no requiere norma específica alguna que declare su existencia; en ese sentido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero puede establecer estas restricciones velando por el interés público, por cuanto esta facultad surge implícita del orden jurídico general y en función al interés de la colectividad, en este caso los usuarios y clientes del sistema financiero".*

En otras palabras lo que la ASFI dice es que está por encima del Estado de Derecho. Toda autoridad administrativa en un Estado Democrático de Derecho debe sujetarse al imperio de la Ley; aún tratándose de actos que hacen a la existencia del propio Estado. Toda la actividad administrativa del Estado está sujeta al imperio de la Ley, en el fondo y en la forma.

Si se acepta este marco de actuación arbitraria de la ASFI, se extingue la seguridad jurídica para todo el sistema financiero, con los graves perjuicios para el país que ello significa.

***d)** En reiteradas oportunidades Mutual La Paz, ha acreditado ante la ASFI, de manera plena y completa, su derecho propietario sobre los terrenos donde se construye la Urbanización Los Nuevos Pinos; este derecho propietario no es objeto de cuestionamiento judicial ni extrajudicial. Nadie lo objeta, ni el Estado, ni Particulares; en consecuencia, no existe la causa que invoca la ASFI para sustentar su denominada "medida preventiva" que, por la forma en la que se la impone (con simple nota, sin sustanciación del debido proceso) los efectos que produce (indefinidos en el tiempo) y los alcances que tiene (anula un derecho básico de Mutual La Paz a otorgar créditos a sus clientes), como ya se explicó en un numeral precedente, lo más grave que la sanción más enérgica que contenga el orden jurídico regulatorio del sistema financiero.*

B. Resolución 407/2011, de 9 de mayo de 2011.

Al reproducir en esencia y conceptualmente esta resolución los fundamentos de la Resolución 308/2011, la impugnamos con los mismos fundamentos expuestos en el inciso A precedente y en las demás partes antecedentes de este memorial.

VII PETITORIO.

Por las razones expuestas, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 43, parágrafo I, inciso b) y 44 del Decreto Supremo N°27175, solicitamos a la autoridad jerárquicamente superior de la Dirección Ejecutiva de la ASFI:

1. *La Revocatoria Total del acto administrativo formalizado en la Nota ASFI/DSR I/ R-23442/2011 de fecha 28 de febrero de 2011 y de la Resolución ASFI N°308/2011 de fecha 23 de marzo de 2011 y, en su*

mérito, la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo; esto es la nulidad de todas las actuaciones administrativas emergentes del procedimiento de inspección especial efectuada a la Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", que disponen la suspensión de la aprobación de nuevos créditos para la adquisición de los departamentos de la urbanización los Nuevos Pinos, por cualquier causa que fuera, hasta el vicio más antiguo, que se remonta al Informe INB/22593, numeral 3 inciso a., de fecha 18 de septiembre de 2001 y a la Nota SB/INB N°22865, de fecha 21 de septiembre de 2001, que lo acompaña, y, en consecuencia, la nulidad de todas las actuaciones posteriores a este Informe y Nota que producen los mismos efectos, en especial las siguientes:

- ***a)*** *ASFI/DSRI/ R - 70346/2009, de fecha 22 de diciembre de 2009 (8 años y 3 meses después de la sanción inconstitucional e ilegalmente impuesta).*
- ***b)*** *ASFI/DSRI/ R - 4041/2010, de fecha 14 de enero de 2010.*
- ***c)*** *ASFI/DSRI/ R - 30087/2010, de fecha 30 de marzo de 2010.*
- ***d)*** *ASFI/DSRI/R - 91640/2010, de fecha 9 de septiembre de 2010.*
- ***e)*** *ASFI/DSRI/R - 103733/2010, de fecha 8 de octubre de 2010.*
- ***f)*** *ASFI/DSRI/ R - 7288/2011, de fecha 20 de enero de 2011.*

2. *La revocatoria total de la Resolución ASFI N°407/2011 de fecha 09 de mayo de 2011.*

OTROSÍ 1.- (SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS).- *En aplicación del artículo 40 del D.S. 27175, solicito a la autoridad jerárquicamente superior de la Dirección Ejecutiva de la ASFI, la inmediata suspensión de los actos administrativos impugnados en este Recurso Jerárquico: del acto administrativo formalizado en la* ***Nota ASFI/DSR 1/ R -23442/2011*** *de fecha 28 de febrero de 2011, de la* ***Resolución ASFI N°308/2011*** *de fecha 23 de marzo de 2011 y de la* ***Resolución ASFI N°407/2011*** *de fecha 9 de mayo de 2011, porque irrogan graves daños económicos a Mutual La Paz y graves daños económicos y sociales a los compradores de las viviendas construidas en la Urbanización Los Nuevos Pinos Fase III, y de esta suspensión no se deriva ninguna perturbación al interés general ni a los derechos de terceros.*

De mantenerse los efectos gravemente nocivos de estos actos administrativos manifiestamente inconstitucionales e ilegales, además de los graves perjuicios económicos y sociales indicados, se pone en riesgo la estabilidad y seguridad del sistema financiero boliviano, porque proyectos millonarios de financiamiento para la vivienda u otros fines, corren el riesgo de ser paralizados con "SIMPLES NOTAS" que no tienen ningún respaldo normativo, constituyendo además, medidas más graves y perjudiciales que una sanción formalmente impuesta, aplicadas sin el mínimo debido proceso y respeto al derecho de defensa y cuyo único fundamento es la voluntad arbitraria y omnímoda de la autoridad que los emite…"

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Analizados los antecedentes del caso y la prueba cursante en el expediente administrativo, corresponde verificar en primera instancia, los requisitos formales que dieron lugar a la emisión de las Resoluciones Administrativas motivo de impugnación para luego ingresar, si correspondiere, al análisis de fondo.

1.1. De la Sujeción al Procedimiento Administrativo.-

1.1.1 De la participación de los terceros interesados dentro del proceso administrativo.-

El artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que: "*Cuando de los antecedentes de una actuación administrativa se estableciera que, además de las personas comparecidas, otras pudiesen tener un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado, se les notificará con las actuaciones para su participación en el proceso, sin que proceda retrotraer el procedimiento administrativo.*"

El Artículo 41, Parágrafo II, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que cuando existan terceros interesados se deberá hacerles conocer la impugnación respectiva, para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de su notificación se apersonen a la Superintendencia respectiva y formulen sus alegaciones o fundamentos, con los mismos derechos que él o los recurrentes.

Agustín Gordillo en su "Tratado de Derecho Administrativo" al referirse al tercer interesado y su importancia dentro del proceso administrativo ha señalado:

> "*... el concepto de terceros queda subsumido en el de 'parte interesada', en tanto se discuten allí derechos subjetivos o intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva, las relaciones entre un particular y la administración pueden tener alcance sobre otros intereses o derechos y, con más razón, sobre derechos de incidencia colectiva de otros sujetos de derecho ajenos aparentemente a la cuestión debatida. Esta afectación de otras personas las transforma no en terceros sino en partes interesadas. Por ello su intervención es obligatoria y no es en consecuencia una mera potestad administrativa*

citarlos a comparecer en el procedimiento, escucharlos y admitirles producir prueba. Por el contrario, restringir esta participación provoca la falta de transparencia del procedimiento administrativo.

Así las cosas, la citación de los interesados es no sólo una obligación para la administración sino para el administrado en cuanto está obligado, en virtud del deber de buena fe y lealtad procesal, a denunciar su existencia y no ocultarla."

Por su parte, Julio Comadira en el Libro, "Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo señala sobre el particular que: "*Como ha señalado Cassagne, a las personas físicas, jurídicas privadas y públicas no estatales. Y también, a los agentes públicos cuando ellos son afectados por la Administración en el ámbito de su relación de servicio…*"

Es así que el no considerar a los terceros legítimos interesados dentro del proceso administrativo, constituye una violación al debido proceso.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, definió el debido proceso como:

> "…*el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley*" (SSCC 1044/2003-R 418/2000-R, 1276/2001-R, 917/2003-R, 842/2003-R, 820/2003-R, entre otras).

De igual modo la Ley 2341 de "Procedimiento Administrativo", en su artículo 4 determina que:

> *"La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:(…)*
>
> *c) Principio de sometimiento pleno a la Ley.- La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley. (…)*
>
> *g) Principio de legalidad y presunción de legitimidad.- La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso."*

Ahora bien, compulsado el expediente administrativo se tiene que mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 168/2011 solicito a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero certifique que:

> "…*Habiéndose remitido a este Viceministerio el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la* ***Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"****, contra la Resolución Administrativa ASFI N°407/2011 de fecha 9 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 201, solicito a su Autoridad certificar si dentro de este proceso se notificó a Brown Rodrigo Pérez del Castillo en representación legal de Spyros Zormpalas-Inversor del Proyecto Los Nuevos Pinos Fase III u otro tercer interesado…*"

Recibiendo respuesta por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DAJ/R-72586/2011 de fecha 18 de julio de 2011 mediante la que certifica lo siguiente:

> *"…Al respecto, cabe manifestar que durante el transcurso del procedimiento para la emisión de las citadas Resoluciones Administrativas el señor Brown Rodrigo Pérez del Castillo, no presentó a esta Autoridad de Supervisión ningún documento que demuestre su interés legitimo y/o acredite su calidad de tercero interesado en representación del señor Spyrus Zormpalas dentro la restricción impuesta a Mutual La PAZ, conforme dispone el parágrafo I del artículo 11* ***"Acción Legítima del Administrado*** *", aspecto por el cual ASFI no procedió a su notificación con las actuaciones señaladas, no obstante que las Resoluciones emitidas solo involucran de mí ñera directa a la referida entidad financiera.*
>
> *En ese sentido, es importante considerar que fue a través de la notificación con la Acción de Amparo Constitucional que el señor Brown Rodrigo Pérez del Castillo acreditó ante la instancia jurisdiccional su supuesto interés legitimo, presentando los contratos suscritos con Mutual La Paz para la construcción del Proyecto Habitacional Los Pinos Fase III, los mismos que fueron celebrados en la gestión…"*

De lo transcrito se evidencia inequívocamente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de emitir las Resoluciones Administrativas ASFI N°407/2011 de fecha 9 de mayo de 2011, y Resolución Administrativa ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011, no ha notificado a los terceros legítimos interesados en el presente caso cual es la empresa de Spyros Zormpalas - Inversor del Proyecto Los Nuevos Pinos Fase III, olvidándose de esta manera de su obligación de hacerles conocer, para que los mismos puedan hacer valer sus derechos y presentar sus alegatos.

Esta situación, deja una clara evidencia, que dicha Autoridad Supervisora, ha violado el principio fundamental del debido proceso, al no haber permitido que los terceros legítimos interesados presenten sus alegatos cuando en el presente caso existe una medida preventiva que afecta a los mismos.

Asimismo debe quedar claro, que es obligación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinar todas las personas que se vean afectadas con la determinación del Órgano Regulador, y no solo limitarse a la empresa constructora, debiendo inclusive realizar una convocatoria pública de llamamiento a terceros interesados.

1.1.2. De la acumulación de procesos.-

El recurrente señala que tanto la Resolución Administrativa ASFI 308/2011 de 23 de marzo de 2011, así como la Resolución Administrativa ASFI N° 407/2011 de 9 de mayo de 2011 se encontrarían fuera de plazo por lo que hubiera operado el silencio administrativo por lo que las resoluciones anteriormente citadas fueran nulas.

Es así que, importará revisar los actuados administrativos que la Autoridad Supervisora ha realizado:

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la nota ASFI/DSR I//R-23442/2011 de fecha 28 de febrero de 2011, misma que determina la negativa de nulidad del informe SB/INB/documento 22593 de 18 de septiembre de 2001.

Mediante carta GL/E140/2011 NUT 10601 de 9 de marzo de 2011, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", solicita elevar la nota ASFI/DSR I//R-23442/2011 de fecha 28 de febrero de 2011 a rango de Resolución Administrativa.

Por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI Nº 308/2011 de fecha 23 de marzo de 2011.

Que el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera en su Artículo 19 y 20 refiere lo siguiente:

*"**Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).** Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.*

***Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).** I Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.*

I. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivo su solicitud…"

Que, la Resolución Administrativa ASFI Nº 308/2011 de fecha 23 de marzo de 2011, fue notificada a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" el 30 de marzo de 2011, es decir dentro de los cinco (5) días establecidos por el Decreto Supremo No. 27175 Art. 22 que dice:

> *"Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su **notificación** en su caso, a partir de su publicación**. Las notificaciones en ningún caso se efectuarán después de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la resolución."***

Que contrastados los hechos y revisada la normativa regulatoria se tiene que la Resolución Administrativa ASFI Nº 308/2011 de fecha 23 de marzo de 2011, se encuentra dentro del plazo

para su emisión así como para su notificación no existiendo por ende silencio administrativo alegado por el recurrente.

Ahora bien en cuanto a la Resolución Administrativa ASFI Nº 407/2011 de fecha 9 de mayo de 2011, se tiene que:

Que en fecha 29 de marzo de 2011, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" presenta Recurso de Revocatoria (antes de conocer la Resolución Administrativa ASFI Nº 308/2011 de fecha 23 de marzo de 2010 misma que fue notificada el 30 de marzo de 2011) por lo que el 7 de abril de 2011 la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" presenta memorial complementando su Recurso de Revocatoria de fecha 29 de marzo de 2011.

Que el 4 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Auto mediante el cual dispone la acumulación de los Recursos de Revocatoria interpuestos por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamos "La Paz", y a su vez determina que la fecha para la emisión de la Resolución que resuelva los Recursos de Revocatoria se computaría a partir del 7 de abril de 2011 y no así a partir del 29 de marzo de 2011.

Conforme a procedimiento, no correspondía a la ASFI determinar a través de Auto de 4 de mayo de 2011, la acumulación de los recursos, debido a que en el presente caso no existen dos procesos separados, o dos Recursos de Revocatoria diferentes, sino complementarios, toda vez que si bien es cierto que uno de los memoriales del Recurso de Revocatoria presentado por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz es de fecha 29 de marzo de 2011, y el otro memorial presentado por la misma entidad es de fecha 7 de abril de 2011, este ultimo claramente evidencia en su contenido y en la propia suma del memorial que refiere: "***RATIFICA RECURSO DE REVOCATORIA PRESENTADO EN FECHA 29/03/2011 AMPLIA SU FUNDAMENTACIÓN (…)".***

De lo transcrito queda claro que no se trata de dos Recursos de Revocatoria sino de uno mismo siendo el segundo memorial complementario al primero.

Que a su vez el Auto que determinó la acumulación de los Recursos de Revocatoria interpuestos por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" es de fecha 4 de mayo de 2011, es decir cinco (5) días antes de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI Nº 407 de 9 de mayo de 2011 que resuelve el Recurso de Revocatoria , sin embargo de la notificación del reverso del auto de 4 de mayo de 2011, es de fecha 10 de abril de 2011 no existiendo congruencia en la fecha de la emisión del auto con la fecha de notificación generando confusión a esta instancia jerárquica en cuanto a cual habría sido la fecha de su emisión.

Que a su vez el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera en su artículo 49 establece "*La Superintendencia Sectorial que conozca el Recurso de Revocatoria tendrá un plazo de* ***veinte (20) días hábiles administrativos siguientes a su interposición,*** *para sustanciar el recurso y dictar resolución*".

Ahora bien, es importante a su vez aclarar que tanto el administrado como el regulado, debe observar que para el cómputo de plazos, no se toman en cuenta los días feriados, sábados y domingos, al no corresponder a días hábiles administrativos, conforme determinan los artículos 19 y 20 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y artículo 32 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo.

1.1.3. De la obligación de pronunciarse.-

La recurrente en el memorial cursante a fs. 74 a 78 que activa el presente proceso administrativo, expone una serie de argumentos que no han sido considerados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, limitándose su respuesta dada mediante nota ASFI/DSR I//R-23442/2011 de fecha 28 de febrero de 2011, en esencia a no aceptar la nulidad impetrada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, lo ampliamente desarrollado, nos lleva a la conclusión que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha dado cumplimiento estricto a la normativa.

Que, la aseveración vertida en el párrafo anterior, ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0908/2005-R que refiere que: ..."*el principio de legalidad en el ámbito administrativa, implica el* ***sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa****; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución y a las leyes y al* ***derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos .*** *Este principio está reconocido en el art 4 inciso c) de la ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; (...)*

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que ***la administración no puede substraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetarse su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula*** *el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: I La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley."*

Que, conforme se determinó ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009.

> *"…La doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.*
>
> *En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto siendo sus causales las establecidas por ley.*

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o ***de lugar a la indefensión de los interesados…"***

CONSIDERANDO:

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, compulsado el expediente ha determinado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha seguido el procedimiento preestablecido en la normativa sectorial, al no notificar y escuchar a los terceros legítimos interesados, confundiendo al regulado en cuanto al plazo para la emisión de la Resolución, al no fundamentar su respuesta, dejando de considerar los argumentos esgrimidos por el peticionante Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" en el memorial que activa el presente proceso administrativo.

Que, estos hechos generan el incumplimiento al principio de legalidad y el debido proceso, dando lugar a la indefensión del regulado, por lo tanto debe procederse con su anulación en estricta sujeción legal.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la **nota ASFI/DSR I//R-23442/2011 de fecha 28 de febrero de 2011 inclusive**, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitir Resolución Administrativa, pronunciándose sobre todos los puntos presentados por el peticionante, en estricta sujeción legal y de conformidad a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 260/2011 DE 04 DE MARZO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 037/2011 DE 15 DE AGOSTO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 037/2011

La Paz, 15 de agosto de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011 pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007 pronunciada por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, los antecedentes que conforman el expediente elevado por el órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 18/2011 de 4 de julio de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 093/2011 de 5 de agosto de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 5 de abril de 2011, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011 pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007, pronunciada por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-37922/2011 con fecha de recepción 8 de abril de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

Que, por memorial presentado en fecha 25 de abril de 2011 y conforme le fuera intimado por providencia de fecha 11 de abril de 2011, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** señala que su domicilio real se encuentra en la ciudad de Cochabamba, determinando que se tenga al Recurso Jerárquico interpuesto dentro de plazo legal en consideración al plazo adicional dispuesto por el artículo 21°, numeral III, de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, en aplicación al Principio de buena fe dispuesto por el artículo 4º, inciso e) de la misma Ley.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 3 de mayo de 2011, notificado en fecha 10 de mayo de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011 pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante Auto de fecha 3 de mayo de 2011, publicado en fecha 19 de mayo de 2011 en el órgano de prensa La Razón conforme lo disponen los artículos 34º y 60º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), se dispone la notificación de las siguientes personas: **Ricardo Carlos Arcil Menacho Ríos, Alberto Alarcón Pessoa, Jhonny Lorberg Arteaga, Jorge Antonio Nuñez del Prado, Saúl Fernández Roca, Javier W. Clementelli Arza, Nelly Shirley Garrón Arias, Alberto Eugenio Bacherer Solíz, Julio Marín Durán, Jaqueline Solares Justiniano, Roberto Ribera Fernández, Aurelio Echazú Salmón** y **Juan Ruíz Castedo**, disponiéndose que los terceros legítimos interesados se apersonen y presenten sus alegatos en un plazo no mayor a diez (10) días, disposición que es comunicada mediante publicación en el periódico La Razón en fecha 19 de mayo de 2011 y no obstante la cual, no se apersonó al proceso ninguna persona que alegare ser tercera interesada.

Que, mediante notas ASFI/DAJ/R-58851/2011 de fecha 8 de junio de 2011 y ASFI/DAJ/R-61914/2011 de fecha 16 de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero acreditó la documentación e información complementaria que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 108/2011 de fecha 3 de junio de 2011; y mediante nota ASFI/DAJ/R-58505/2011 de fecha 8 de junio de 2011 acreditó la información complementaria que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 112/2011 de fecha 3 de junio de 2011.

CONSIDERANDO:

Que, conforman al presente proceso sancionador, la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007 (referida a la imposición de sanciones a los señores Ricardo Carlos Arcil Menacho Ríos, Alberto Alarcón Pessoa, Jhonny Lorberg Arteaga, Jorge Antonio Nuñez del Prado, Saúl Fernández Roca, Javier W. Clementelli Arza, Nelly Shirley Garrón Arias, Alberto Eugenio Bacherer Solíz, Julio Marín Durán, Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, Jaqueline Solares Justiniano, Roberto Ribera Fernández, Aurelio Echazú Salmón y Juan Ruíz Castedo), y la Resolución Administrativa ASFI Nº 260/2011 de 4 de marzo de 2011 (que

resuelve los recursos de revocatoria interpuestos por los señores Alberto Eugenio Bacherer Solíz, Ronald Yuri Rodríguez Urquidi y Julio Marín Durán).

Que no obstante, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** resulta ser el **único recurrente dentro del presente proceso** conforme sale del memorial de fojas 138, 139 y 140, y por tanto único legítimo interesado al tenor de los artículos 11°, numeral I y 56°, numeral I de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo); 117° del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo); y 15° y 373° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003). Por consiguiente, **la presente Resolución Ministerial Jerárquica se circunscribe a los antecedentes y fundamentos que hacen al Recurso Jerárquico interpuesto por el señor RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI, conforme al artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002**.

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota SB/ISR II/D-9921/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras notificó al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** en su calidad de Gerente Regional Cochabamba de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, con los cargos emergentes de la inspección especial con fecha de corte al 31 de diciembre de 2006, efectuada a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, nota que fue recibida en la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay en fecha 21 de marzo de 2007, según la constancia que sale a foja 23, de manera tal que los descargos pudieron presentarse hasta fecha 30 de marzo de 2007.

Los términos de la mencionada nota SB/ISR II/D-9921/2007 son transcritos a continuación:

> *"…Como resultado de la visita de inspección practicada a esa entidad con fecha de corte al 31.12.06, este Órgano de Supervisión determinó las siguientes infracciones:*
>
> 1. *Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D -29535/2005 de 18 de abril de 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos. Esta inobservancia se refleja en las siguientes acciones:*
>
>   *1.1 La existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36 en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente.*

2. *Incumplimientos al Art. 74 de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras, los que a su vez también importan la inobservancia a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005. Estas infracciones se traducen en las siguientes acciones:*

    2.1 *El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs295.353, cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.*

3. *Incumplimiento a las obligaciones que corresponden a las instancias administrativas de Mutual Guapay en el marco de las obligaciones señaladas en el primer párrafo del Art. 28 de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del Art. 69 de la misma Ley, al haberse detectado:*

    3.1 *La ausencia de documentación y antecedentes del producto final que justifiquen y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" por un importe de Bs132.862,04, y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por un importe de Bs20.280,36.*

(…) *NOTIFICO a usted por las mencionadas infracciones, otorgándole un plazo de siete (7) días hábiles a partir de la recepción de la presente carta, para que efectúe su descargo o explicación correspondiente debidamente documentada…"*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

2.1 Nota GOB-124/SG-121 de fecha 22 de marzo de 2007, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".-

Por nota GOB-124/SG-121 de fecha 22 de marzo de 2007 presentada por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay y con firma de la generalidad de directores, ejecutivos y empleados involucrados en las notas de cargo emergentes de la inspección con fecha de corte al 31 de diciembre de 2006, entre ellos el señor **YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** (que al pie señala firmar **como "*Gerente Regional Of. Cochabamba*"**) con la referencia "*Reconsideración o Resolución para proceso administrativo*", establece los extremos siguientes:

"…*1.- Indefensión (oportunidad de defensa útil).*

(…) *las "notas de cargo" invocadas, amen* (sic) *de que no se instrumentaron en "debidas resoluciones fundamentadas"* (…), *hacen simple mención al informe de inspección de referencia (que por su parte textual mente otorgaba plazo a esta Mutual, para remitir documentación o descargo, hasta el 23 y 30 de marzo de 2007, respectivamente) y emplazan a la presentación de descargos en siete (7) días hábiles.*

(…) *mismo informe de referencia, el que en su parte conclusiva o dispositiva, corriente en su página 33, numeral 6, a la letra se permitió rezar:*

> *"….La Unidad de Auditoría Interna deberá efectuar el trabajo requerido* (…), *a efecto de determinar la existencia de incumplimientos a las disposiciones internas de la entidad, así como a las demás disposiciones legales y regulatorias…"*

(…) *al librar cargos en detrimento de nuestros personeros, no había identificado responsables, ni individualizado cargo alguno, como corresponde en todo proceso administrativo punitivo,* (…), *no pueden, no podían, ni debían haberse abierto, "sino hasta después de haberse recibido los descargos que hacen a las inspección* (sic) *de referencia", para así valorar y matizar, "si había o no lugar a emitirse cargo alguno".*

(…) *al invertirse el orden lógico que debe hacer a todo proceso sancionador producto de inspección del regulador (primero debería asimilarse los descargos al informe de inspección y luego librarse cargo si hubiere lugar a aquello), se ha sometido a esta Mutual* (…) *"a proceso administrativo indebido",* (…).

Si vuestra autoridad analiza los óbices apuntados, podrá percatarse de los extremos que en la oportunidad nos permitimos apuntar:

1.1.- El informe de inspección de referencia, otorgaba plazo para descargos hasta el 23 y 30 de marzo de 2007, respectivamente; a su vez las "notas de cargo", otorgaban el plazo de "siete (7) días hábiles", para presentar descargos (en los que se notificaron al 15 de marzo de 2007, esto importaba plazo hasta el 26 de marzo del mentado año).

1.2.- Los descargos por efecto del informe de inspección de referencia, en su mayoría son los que se usarán para efecto de las invocadas notas de cargo.

(…) *¿Cómo podría cualquiera de nuestros personeros encausados, efectuar descargo a la injusta decisión inquisitoria que se les ha librado, si los descargos que usarán en su defensa, dependen del resultado o la valoración de los descargos que se tienen que cursar por efecto del contradictorio informe de inspección de referencia?*

(…) *en ese sentido, el Ex Superintendente, Dr. Fernando Calvo Unzueta, ha dejado a esta Mutual y a los personeros* (…), *en completo estado de indefensión, al sentir que no les ha otorgado plazo razonable, ni oportunidad útil, de enervar las infundadas acusaciones que se han vertido en su perjuicio.*

(…) *el Ex Superintendente, Dr. Fernando Calvo, primero debió comunicar del informe de la inspección de referencia, luego esperar a los descargos institucionales y recién, sí acaso el asunto ameritara proceso sancionador, librar notas de cargo; procedimiento lógico que no se suscitó en la especie* (…), *tornando el procedimiento en "indebido" y atentando contra la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro.*

2.- Informe oscuro, confuso, impreciso, contradictorio e ilegal.

(…)

a) (…) *el "presupuesto" debe ser aprobado en la misma sesión en que se apruebe el mentado informe anual que, por estricto imperio del Art. 20, inciso a) del mismo cuerpo Estatutario, deberá ser puesto en consideración de la "Asamblea Ordinaria de Asociados"* (…)

(…) *es menester aclarar que pese a que ésta Mutual "….sí…." cuenta con el presupuesto de la gestión 2007, por estricto imperio de los Arts. 20-a), 65-s) y 76-c) de su Estatuto, este debía elaborarse y aprobarse, antes de convocarse a la Asamblea Ordinaria de Asociados, lo que nos lleva "hasta el mes de marzo de 2007" y la inspección concluyó al 2 de febrero del año en curso (se inició el 22 de enero).*

b) (…) *- No ordenaba la cesación de pagos de salarios del personal, del consumo de energía eléctrica, agua, basura, intereses pagados por depósitos, compras de almacenes, depósitos judiciales, fondos fijos y otros conceptos inherentes,* (…)

- No ordenaba la cesación de devolución de depósitos al público, sean depósitos a plazo fijo, depósitos en caja de ahorro, Etc.

Los supuestos que anteceden, hacen que la entidad (por devolución de depósitos al público), no sólo tuviere que efectuar "depósitos en el Banco Central de Bolivia", sino también retiros.

En el espectro (sic) *que antecede -ha resultado que el informe de referencia- no ha considerado, ni deducido, los saldos netos negativos entre el total de captaciones y colocaciones, destinados a cubrir los egresos de efectivo, menos los gastos administrativos, operativos, intereses pagados por depósitos, compras de almacenes, depósitos judiciales, fondos fijos y otros conceptos inherentes; con certeza al subsanarse estas omisiones, los personeros del regulador, se percatarían que no es real la tal omisión de depósito en el BCB, de $us. 434.719.*

c) *En el capítulo II del informe, numeral 2 "Riesgo de Crédito", Antecedentes, se ingresa en una serie de contradicciones, que es menester apuntar:*

- El regulador reconoce que el proyecto Akualand Guapay, se originó en el Plan de Fortalecimiento Patrimonial elaborado por esta Mutual, para acceder al crédito subordinado de capitalización otorgado por el FONDESIF, (…) *pese a aquello luego señala que los créditos del proyecto, no se ha adecuado al límite legal "….en el marco de una gestión comercial prudente…".*

- Señala que el proyecto consideraba la compra de "119" hectáreas; en realidad sólo se adquirieron "59 hectáreas rústicas o en bruto, sin urbanizar".

- Señala que las operaciones del proyecto se otorgaron originalmente a "10 años"; en realidad se otorgaron inicialmente "a 15 años".

- Señala que originalmente se otorgaron "4 años de gracia"; en realidad sólo se otorgaron "2 años de gracia a capital", que luego se incrementaron a "3 años", (…)

- Señala a las acreditadas (por líneas de créditos), del proyecto Akualand Guapay, como simples agentes ejecutores, sin capital propio y/o aportes propios; sin embargo reconoce que esta Mutual sólo ha desembolsado al proyecto ($us 8.33 Millones) y de este aspecto, desconoce u omite considerar:

- (…) *reconocía un valor de más de $us. 12 Millones; en ese sentido: ¿Cuyo* (sic) *es el aporte o la inversión que excede a lo que el regulador reconoce por desembolsado?; por supuesto que de las acreditadas constructoras.*

- *Luego de la "mentada restricción temporal"* (…) *¿Con que capital pagaron en efectivo sus amortizaciones durante el año 2005 e inicios del 2006?; Por supuesto que con capital propio o fuentes distintas a los flujos que originaron aquellas operaciones.*

d) *En el capítulo II del informe, numeral 2 "Riesgo de Crédito", numeral 2.1 Empresas constructoras ejecutoras proyecto Akualand - Guapay, se ingresa en similares contradicciones, como nos permitimos apuntar:*

- Acusan debilidades de pago en las acreditadas, por haber efectuado una amortización a intereses "y pago anticipado a capital", con prestación diversa a la debida; en particular: ¿No es la dación de pago un modo de extinción de las obligaciones?; (…)

- Señala que la Mutual no cuenta con información sobre la situación económica y financiera de las acreditadas del proyecto; esto no es real y luego no considera que las amortizaciones ulteriores a la mentada "restricción temporal", como las mismas inversiones que se introdujeron ulteriormente a los inmuebles (hipotecados a favor de esta Mutual), han sido efectuadas con aportes propios de las constructoras y fuentes distintas a las consideradas en los flujos con los que se aprobaron sus respectivas operaciones (…)

e) *En el capítulo II del informe, numeral 2 "Riesgo de Crédito", numeral 2.2 Empresas constructoras excluidas de proyecto Akualand - Guapay, se acusa a la acreditada INGECONS SRL, de insolvencia; sin embargo se omite considerar:*

- Esta empresa fue la que adquirió los pisos del Edificio que tenía esta Mutual, en cumplimiento del Plan de Fortalecimiento Patrimonial, (…)

- La operación de ésta acreditada (INGECONS SRL), ostenta una garantía hipotecaria que refleja un valor de más de $us. 8 Millones y la obligación sólo alcanza a $us. 350.000.

(…)

f) (…) *"olvida los múltiples avalúos e informes de avances de obras* (…), *que con antelación fueron presentados en oportunidad de anteriores inspección y luego "refiere que pasada la visita ya es extemporáneo presentar los actualizados"* (…)

g) (…) *se acusa que ésta Mutual ha infringido el Art. 74 de la Ley de Bancos (1488) y la resolución SB/13/96 de 5 de febrero de 1997, al haber "concluido la construcción de dos viviendas recibidas en dación de pago o pago con prestación diversa a la debida, PARA SU REALIZACIÓN"; en particular:*

El informe de referencia confunde la refacción o introducción de mejoras de bienes para la realización, producto de la recuperación de cartera, con el ejercicio habitual de la CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS o la intervención en la construcción de PROYECTOA HABITACIONALES (…)

La recuperación de cartera, por adjudicación judicial o por prestación diversa a la debida, provoca que la entidad tenga que incurrir en gastos de ***MANTENIMIENTO Y REFACCIÓN****, en pos de que los bienes recibidos sean aptos para su más ágil y mejor realización dineraria (venta)* (…)

Otro aspecto tutelable: los Estatutos de esta Mutual fueron oportunamente adecuados a la Ley 1488 y así "aprobados por la misma Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras", mediante Resolución SB/28/2005, al tenor de los mismos lineamientos para Estatutos para Cooperativas y Mutuales, reglamentados por el regulador, sin perjuicio de que luego aquellas directrices fueron declaradas "NULAS", por SC No. 0026/2005 de 15 de abril de 2005; por ende, esta entidad no CONSTRUYE VIVIENDAS, ni interviene en PROYECTOS HABITACIONALES, "salvo como financiera"; así en verbigracia el mismo proyecto AKUALAND GUAPAY.

h) (…) *Lamentamos que el informe de la inspección, no hubiese considerado la cláusula décima segunda de los respectivos contratos de líneas de crédito, celebrados con cada una de las constructoras acreditadas en el proyecto AKUALAND GUAPAY y que a la letra reza en sus partes pertinentes: "…(7)…para este efecto, la parte ACREDITADA, bajo su costo……faculta a MUTUAL GUAPAY a realizar avalúos periódicos durante la vigencia de este contrato que serán cargados o adicionados en la cuota o amortización……".*

(…)

i) *En el capítulo II del informe, numeral 3 "Riesgo Operativo Contable", apartado "Deficiencias de previsión por partidas pendientes de cobro", numerales 3.5, 3.6, 3.7, 3.8 y 3.9, se ordena previsiones aduciendo "falta de documentación de respaldo"; en particular, extrañamos que la Comisión inspectora "no nos hubiera requerido expresamente la documentación de respaldo de aquellas partidas" y se hubiera limitado a sólo observar los comprobantes contables.*

j) (…) *se observa la incorporación de bienes que recibimos en donación por valor de $us. 3,4 Millones, sin mencionar que éste asunto mereció múltiples recursos de nuestra*

parte, conforme se aprecia de documentación adjunta y "jamás mereció el pronunciamiento de RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA" (…)**; *en particular, es menester recordar las suscitaciones:***

Nota SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero de 2007.

Mediante nota SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero, se nos instruía la reversión de "Ingresos Extraordinarios", por $us. 3.4 Millones, que se originaron en el incremento de la cuenta "Otros bienes realizables" (…)

a) En aquella oportunidad, extrañamos que la nota se nos hubiera enviado por Fax, empero el "8 de enero de 2007, a horas 18:57", cuando se otorgaba plazo para el día siguiente.

b) (…) *mediante nota GOF-021/SG-025, de 9 de enero de 2007, solicitamos la reconsideración de la nota SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero, habida cuenta que era el mismo Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, el que en sus cuentas signadas con códigos 322.00 - 323.00, "imperativamente ordena que las donaciones recibidas para cubrir gastos corrientes y/o específicos, se registren en la cuenta Ingresos Extraordinarios".*

Nota SB/ISR 11/D-931/2007, de 10 de enero de 2007.

Mediante nota SB/ISR II/D-931/2007, de 10 de enero de 2007, el mismo Superintendente interino, Lic. Camacho, reconoció textualmente: "……como mencionan en su carta, el Manual de Cuentas, de uso obligatorio, para Bancos y Entidades Financieras, en las cuentas 322.00 y 323.00 ordenan que las Donaciones para cubrir gastos corrientes, se registraran en la cuenta Ingresos Extraordinarios"……; sin embargo:

- Agregó: "....Esta situación es aplicable siempre y cuando la donación sea en efectivo y se refleje también en cuenta de gastos correspondientes a la misma gestión contable, de manera que exista correlación entre ingresos extraordinarios (por la donación) y los gastos cubiertos con estos recursos…";

- También agregó que, deberíamos registrar los mentados bienes recibidos en donación, "conforme al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades financieras", con importe de control a Bs. 1; así mantuvo su instrucción de reproceso de la información al 31.12.06, aunque, con diferente argumento que en su anterior nota (SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero).

Sobre el particular:

a) (…) *mediante nota GOF-020/SG-020* (…) *le solicitamos que deje sin efecto su nota en cuestión (SB/ISR II/D-931/2007, de 10 de enero de 2007), o caso contrario, pronuncie resolución administrativa, en pos de que pudiéramos hacer uso de los recursos que nos franquea nuestro ordenamiento jurídico.*

b) Sustentamos nuestra nota GOF-020/SG-020, de 15 de enero de 2007, entre otros, en los fundamentos que recordamos en la oportunidad:

b.1) Toda donación importa registro en la cuenta Ingreso Extraordinario, aplicando la regia de costo mercado el menor.

(…) no son potestativos (voluntarios, opcionales o discrecionales), son "imperativos" (de cumplimiento obligatorio); en este sentido: no consta diferencia alguna -entre donaciones recibidas en efectivo o donaciones recibidas en especie- (…)

(…) así -si bien el órgano regulador, tiene competencia para modificar el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras- debe hacerlo con carácter general (para todas las entidades reguladas) y con antelación a los actos o hechos, que pretende regular.

b.2) Irregular pretensión de registro con importe de control de Bs. 1.

Expresamos que la carta en cuestión (SB/ISR II/D-931/2007, de 10 de enero, confundía la naturaleza jurídica -de los bienes recibidos en donación, para cubrir gastos corrientes, específicos y/o absorber perdidas, con los bienes adjudicados o recibidos en propiedad, por recuperación de cartera o créditos- (…)

(…) de las demás cuentas del grupo bienes realizables, sólo la cuenta 157.00, con el nominativo "Otros bienes realizables", se ajusta a la temática en cuestión (bienes recibidos en donación, para cubrir gastos corrientes o específicos) y en este caso, "no se previene registro con importe de control a Bs.1".

Agregamos que, la donación de bienes, constituye hecho generador de impuestos inmediatos y mediatos (…) bajo este espectro (sic), *su registro afecta a los resultados y en este caso, registrar un activo con importe de control en Bs. 1 .importaría manipulación contable, con fines de evasión impositiva.*

Recordamos que es el mismo SERVICIO DE IMPUESTOS NACIONALES, que mediante instrucción EXPRESA, ha emplazado a ésta Mutual, la obligación de registrar sus donaciones recibidas, a valor catastral o a valor comercial, conforme a los Arts. 54 y 55 de la Ley 843 (Texto Ordenado) (…)

Finalmente: (…) *invocamos que la Norma Internacional de Contabilidad No. 40 "Propiedades para Inversión", contempla que la entidad, inicialmente deba medir el costo de la propiedad a registrar, incluyendo los costos de transacción, para posteriormente seleccionar su política contable, para el reconocimiento de tal activo; luego: la Norma Internacional de Contabilidad No. 20, informa que es usual, registrar las donaciones recibidas en la forma de activos no monetarios, a su "valor razonable"* (…)

b.3) Ingresos Extraordinarios por $us. 400.000.

Resaltamos que el regulador, en su primaria nota SB/ISR II/D-361/2007, de 5 de enero, consideraba el incremento en la cuenta "Ingresos Extraordinarios", por la suma de $us.

3.4 millones, cual sí se hubiese efectuado en una sola operación, olvidando que, de éstos ingresos, $us, 400,000, fueron registrados en agosto de 2007, en instancias en que sus propios personeros se encontraban en nuestras oficinas, en ocasión de su penúltima inspección, iniciada en las premuras de abril del 2005 (…)

b.4) Consideración en el Patrimonio Neto.

Recordamos que nuestro registro contable de la donación que recibimos para cubrir gastos corrientes, específicos y/o absorber pérdidas, por la suma de $us. 400.000, "fue considerada en el cálculo del Patrimonio Neto", de los meses de septiembre, octubre y noviembre del 2006, sin merecer observación alguna".

Nota SB/ISR II/D2006/2007, de 17 de enero de 2007.

(…) *si bien se deja sin efecto la instrucción contenida en la carta SB/ISR II/D-931/2007, de 10 de enero, sólo en lo referente al reproceso de los estados financieros al 31.12.06",* (…) *en otra esfera, nos remite el cálculo al patrimonio neto al 31.12.06, considerando la reducción de pérdidas acumuladas en el periodo, más no las utilidades obtenidas "producto de las donaciones recibidas".*

(…) *Sustentamos nuestra pretensión, en que no es lógico que el regulador aplique el patrimonio neto, por efecto de las donaciones recibidas, gastos del periodo por más de $us. 1.4 millones, de los que más de $us. 960.000 corresponden a previsiones, sin considerar en el mismo patrimonio, las utilidades (EXCEDENTES DE PERCEPCIÓN) obtenidas por ese mismo concepto (las donaciones)* (…) *POR CUANTO LAS MUTUALES NO DISTRIBUYEN UTILIDADES Y EN ESE SENTIDO NO QUEDA OTRA ACCIÓN POSIBLE MÁS CON ELLOS.*

Nota SB/ISR II/D-2818/2007, de 24 de enero de 2007.

(…) *en atención a nuestra nota GOF-031/SG-032, el mismo Superintendente Interino, Lic. Efraín Camacho, nos manifiesta que, "conforme a los Arts. 48 y 75 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la utilidad del ejercicio no es adicionable al patrimonio neto de las entidades, independientemente del origen de la misma" (¿?).*

Nota SB/ISR II/D-45553/2007 de 6 de febrero de 2007.

(…) *el mismo Superintendente a.i., Lic. Camacho:*

a) *Se niega a dejar sin efecto sus notas SB/ISR II/D-2818/2007, de 24 de enero de 2007 y SB/ISR II/2193/2007, de 19 de enero de 2007;*

b) (…) *se niega a pronunciar resolución administrativa, para que usemos válidamente de los recursos que nos franquea la ley.*

   Recurso de revocatoria.

   (…) *nos vimos en la imperiosa necesidad de interponer "RECURSO DE REVOCATORIA", mediante escrito de 8 de febrero de 2007; en particular:*

- El recurso debió resolverse HASTA "el 12 de marzo de 2007"; sin embargo, tan sólo mereció UNA CARTA CUYO CONTENIDO APRECIABLE, ALCANZA A ESCASAS DIEZ LÍNEAS; ésta es la carta SB/ISRII/D-8906/2007 de 12 de marzo de 2007, que sin embargo no es notificada "el mismo mentado 15 de marzo de 2007" (nótese que el periodo del Ex Superintendente, Dr. Calvo, había fenecido el 14 de marzo de 2007, es decir, un día antes).

- El recurso, "antes de resolverse":

- *Debió ser admitido a trámite y CORRIDO EN TRASLADO AL FONDESIF, por el lapso de "DIEZ DÍAS HÁBILES" (…)*
- *Debió abrir término de prueba (justamente para que presentemos los informes técnicos que tenemos diligenciados (…)*
- *Debió otorgar las pruebas que se produzcan a vista de las partes por el plazo de "cinco días hábiles" y "luego otorgar otros cinco días hábiles para formular alegatos" (…)*

k) *(…) se observa la introducción de una segunda planta en el edificio de esta Mutual en Montero y la adquisición de 6 vehículos, refiriendo que vulneran la "mentada restricción temporal ordenada en abril de 2005"; en particular:*

(…) al referirse al proyecto AKUALAND GUAPAY, literalmente refiere: "….siendo una de la estrategias del Plan de Fortalecimiento Patrimonial elaborado por la Mutual, la adopción de acciones tendentes a la transformación de una parte de sus activos improductivos Y LA EXPANSIÓN DE SU CARTERA DE CRÉDITOS…"; luego éste plan "contó con informe favorable de la misma Superintendencia de Bancos (…)

(…) la mentada "restricción temporal", ordenaba:

> *"….Depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano, TODO INCREMENTO DE CAPTACIÓN, así COMO LOS RECURSOS PROVENIENTES DE LA RECUPERACIÓN DE CRÉDITOS, tanto por el concepto de capital, de intereses Y LA RECUPERACIÓN DE OTROS ACTIVOS…."*.

(…) en ese sentido, la REFACCIÓN del edificio de esta Mutual en Montero, o la adquisición de vehículos, PARA QUE LA ENTIDAD SIGA SUBSISTIENDO POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS (dado que se "RESTRINGIÓ" las colocaciones), de modo alguno constituye desobediencia o incumplimiento de la ilícita restricción ordenada (…)

I) *(…) se observa las partidas "pago a Cosin Rosales", "Pagos para Transformación de Mutual a S.A"; "Proyecto de Vivienda Social", (…) bajo los mismos fundamentos del literal que precede.*

II) *(…) se observa la operación, afirmando que viola el Art. 74 de la Ley 1488 (Texto Ordenado) y la mentada resolución SB/13/96 de 5 de febrero de 1997; (…)*

Extrañamos que el informe de referencia, no hubiere considerado el contrato

celebrado con la citada empresa, que en sus partes pertinentes señala: "....La CONTRATANTE interesa efectuar sobre el inmueble un complejo urbanístico, para materializar la realización o disposición a título oneroso del inmueble, por lotes o parcelas, en favor de terceros…… La CONTRATANTE toma o contrata los servicios del CONTRATISTA: a) para efectuar los estudios técnicos urbanísticos en el INMUEBLE, incluyendo estudios de suelo, morfológicos, curvas de nivel, hidrosanitarios, eléctricos, de drenaje, pluviales, planos generales, específicos, replanteos Etc."

m) (…) *se observa partidas, porque las facturas no refieren nombres de los hospedados y porque los montos entregados al Sr. ISAAC NEUFELD, para que averigüé el estado patrimonial, financiero, Etc., de los inversionistas Canadienses, JACK HIEBERT NEUFELD y su Fundación, "no corresponden"; en particular:*

- El informe obvia referir que no es esta Mutual la que emite las facturas por hospedaje, luego, no se nos requirió los informes de los personeros que efectúan tareas y por ende viajan por el mismo giro de cualquier entidad financiera.

- El informe obvia referir que es el Sr. Isaac Neufeld, el que en mérito a un "CONVENIO PRELIMINAR DE INVERSIONES", consigue que el Sr. JACK HIEBERT NEUFELD, otorgue un crédito subordinado a esta Mutual (…) *y que CONTRACTUALMENTE se comprometa: a la creación de un Fondo Financiero Privado S.A., con capital que oscile entre los $us. 7 millones de dólares estadounidenses y $us. 14 Millones de dólares estadounidenses, para absorber posteriormente los activos, pasivos, patrimonio y operaciones de la Mutual* (…)

- Todos los contratos que involucran al proceso de capitalización citado, fueron oportunamente de conocimiento de la Superintendencia de Bancos (…) *y al presente se encuentran vigentes, por ende, exigibles por ésta Mutual a los obligados.*

n) (…) *se observa la ponderación de "créditos auto liquidables o garantizados con depósitos a plazo fijo de esta misma Mutual" y se señala que conforme al Manual de Cuentas, estos deberían ponderar un 100 %, porque la entidad no tiene una calificación de riesgo entre AAA y BBB-*(…)

Sí consideramos la norma citada (se refiere al artículo 47°, inciso b), numeral 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras)*: no refiere que la entidad financiera cuente con alguna calificación de riesgo; no otorga a la Superintendencia competencia alguna para "modificar la ley" o los criterios que ésta instituye; en este sentido, los créditos garantizados con depósitos a plazo fijo de esta Mutual, IMPERATIVAMENTE deben ponderar el 0%, lo contrario importaría, o modificar la ley citada, o incumplir sus disposiciones obligatorias.*

ñ) (…) *se instruye previsiones por $us. 1.350.840, cuyo registro no es procedente en atención a los fundamentos que preceden.*

o) (…) *se reconoce:*

- *Que los créditos del proyecto AKUALAND GUAPAY, no fueron otorgados por esta administración; en este sentido: haber sancionado mediante resolución SB/113/2004 de 12 de noviembre de 2004, a los responsables de la concesión de aquellas*

operaciones;

- Que mediante carta SB/ISBN/D-71452/2004 de 12 de noviembre de 2004, instruyó la adecuación de estos créditos del proyecto AKUALAND (al 3 % del patrimonio neto de la entidad), mediante el incremento del capital de esta Mutual o mediante la AMORTIZACIÓN ANTICIPADA A CAPITAL DE LOS CRÉDITOS; bajo este espectro:

- *El informe olvida citar que ésta Mutual y el actual Directorio (no el que fue sancionado), INCREMENTÓ EL CAPITAL DE LA ENTIDAD, mediante un crédito subordinado de capitalización por $us. 1 Millón, aceptado en el cálculo del patrimonio neto de esta entidad* (…)

- *El informe olvida citar que esta Mutual y el actual Directorio (no el que fue sancionado), consiguió que las acreditadas del proyecto AKUALAND GUAPAY, ofrezcan mediante notas expresas, el pago anticipado de $us. 1 Millón a diciembre de 2005, sí se regularizaba el financiamiento de soluciones habitacionales del proyecto, a solicitantes que califiquen en esta Mutual.*

- *El informe olvida citar que esta Mutual y el actual Directorio* (…) *consiguió inversionistas Canadienses, que CONTRACTUALMENTE se comprometan: a la creación de un Fondo Financiero Privado S.A, con capital que oscile entre los $us. 7 millones de dólares estadounidenses y $us. 14 Millones de dólares estadounidenses,* (…)

- *El informe olvida considerar, que no es "fácil o posible" para la Entidad, OBLIGAR a las acreditadas del proyecto AKUALAND, a efectuar pagos anticipados a capital, SIN RESPETAR SUS CRONOGRAMAS DE PAGO Y SUS RESPECTIVOS CONTRATOS* (…)

Las razones que se exponen en este literal y las que preceden, acreditan que los "hallazgos legales", no se han adecuado a la verdad histórica de los hechos, ni se han formulado en adecuada interpretación y aplicación de la normativa pertinente, tornando el informe de referencia, en oscuro, impreciso, contradictorio e ilícito (…)

Para mejor "ACREDITACIÓN" de la ilicitud de los cargos que se han librado, EL MISMO CAPÍTULO III "CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES", del mismo informe de referencia, EN NINGUNO DE SUS PUNTOS RECOMIENDA ABRIR PROCESO SANCIONATORIO O LIBRAR CARGOS PERSONALES, por el contrario, recomienda un previo trabajo de la Unidad de Auditoría Interna (…)

3.- Restricción temporal ilícita.

(…) *mediante carta SB/ISRII/D-29531/2005 de 18 de abril de 2005, se instruyó "restricción temporal" a esta Mutual, ordenando:*

> *"….Depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano, todo incremento de captación, así como los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por el concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos….".*

(…) *aquella "restricción temporal", fue ordenada en atención a que los créditos otorgados dentro del proyecto AKUALAND GUAPAY, se habían excedido en monto al 3% del Patrimonio Neto de la Entidad* (…)

Del aspecto que precede, resulta que NADIE PUEDE SER CONDENADO POR HECHO QUE YA FUE SANCIONADO Y SU SANCIÓN HONRADA, bajo pena de infringirse el principio de persecución penal única, tutelado por nuestra Constitución Política del Estado y el Pacto de (sic) *Internacional de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica, con rango constitucional en nuestra república.*

(…) *el informe no efectúa ciertas consideraciones legales que en la oportunidad nos permitimos invocar:*

Primero.

(…) *esta entidad nunca estuvo inmersa, NI EN PROCESO DE REGULARIZACIÓN, NI EN PROCESO DE INTERVENCIÓN.*

El Art. 112 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), señala las causales de proceso de "regularización" y en ese sentido el procedimiento que corresponde en caso de que el regulador determine la suscitación "fundada" de alguna de ellas (…)

Segundo.

En caso de que la Superintendencia hubiere notificado el inicio de "proceso de regularización" (lo que jamás ocurrió en el caso de ésta Mutual), la entidad debe presentar un plan de "regularización" y este debe contemplar las condiciones previstas en el Art. 114 de la misma Ley 1488 (Texto. Ordenado) (…)

El justificativo de haber "restringido" en protección de los depósitos del público, se decanta cuando se entiende que se ha impedido a esta Mutual por "casi dos años", efectuar colocaciones y así privar del cobro de tasas activas, empero, HA SEGUIDO PAGANDO INTERESES A SUS DEPOSITANTES O TASAS PASIVAS, con la consiguiente generación de "cuantiosas pérdidas", que de modo alguno pueden redundar en la protección de dineros del público.

Tercero.

El Art. 154 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), señala las atribuciones y competencias de la Superintendencia de Bancos; entre estas, ninguna autoriza la instrucción de RESTRICCIONES TEMPORALES y por el contrario se limitan a ejercer funciones de control, supervisión y sanción, como a normar simplemente aquellos aspectos.

Cuarto.

(…) *en ningún momento esta Mutual consintió aquella restricción, al punto que constantemente se pidió que sea levantada e incluso informó haber efectuado y consolidado acciones, que incrementaron el patrimonio neto de esta entidad* (…)

4. Reiterada afectación del patrimonio de esta Mutual - Previsiones.

(…) *el FONDESIF en el marco del PROFOP, otorgó a MUTUAL GUAPAY, un crédito subordinado de capitalización, por la suma de $us. 6 millones, de los que recibió $us. 2 millones en efectivo, dado que los restantes $us. 4 millones, los recibió en Certificados Acreditativos de Deuda (CADs); de estos esta entidad sólo adeuda al presente, la suma de $us. 3.750.000, de los cuales $us. 2.5 millones, son Certificados Acreditativos de Deuda (CADs) y 1.25 millones son efectivo* (…)

(…) *el estado patrimonial de la Mutual Guapay, era producto de gestiones que preceden al PROFOP (92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99), adheridas de sendos ajustes o previsiones, que en su día fueron ordenadas por el regulador*(…)*; aspectos que motivaron justamente la contratación del citado crédito subordinado de capitalización con el FONDESIF, en el marco del PROFOP.*

En instancias previas a las de tramitación del subordinado en el marco del PROFOP, se absolvieron una serie de supervisiones e instrucciones del regulador; (…) *todas debidamente cumplimentadas, en fe de la voluntad por promover el fortalecimiento patrimonial de la entidad.*

El crédito se otorgó para el cumplimiento del Plan de Fortalecimiento Institucional de la prestataria y a efectos de que ésta se transforme en Sociedad Anónima, dentro del tercer cuatrimestre del año 2002, conforme estipulan las cláusulas tercera y décima primera, numeral 11.8, respectivamente, del contrato.

(…) *corresponde remitirse al Art. 75 de la Ley 1488, cuyo texto en sus partes pertinentes, permite la mutación de la naturaleza jurídica de las Mutuales, en la medida que cumplan las condiciones y características establecidas "mediante ley"* (…) *hasta la fecha no ha sido considerada por el Legislativo, por lo que no se cuenta con el marco jurídico para estructurar la Transformación de las Asociaciones Mutuales de Ahorro y Préstamo, en otro tipo de entidad financiera…"*

(…) *la Mutual celebró un Convenio Preliminar de Inversiones, sostenido con el Sr. Isaac Neufeld Klassen y así la entidad ideó la posibilidad de "absorción", por un Fondo Financiero Privado S.A., a constituir con aportes de potenciales inversionistas Canadienses* (…) *; todas estas notas, acreditan las constantes acciones de la entidad, en procura de estructurar procedimiento que haga viable la capitalización de la entidad, pese al vacío normativo apuntado; es en ese sentido que ha promovido diversas acciones tendentes al cumplimiento del Plan de Fortalecimiento Institucional, en lo que concierne a la Capitalización de la Entidad, entres* (sic) *las que se apunta, la contratación de un crédito subordinado de capitalización, por la suma de $us. 1.000.000.-, con el Sr. JACK HIEBERT NEUFELD, aprobado por el regulador, a diciembre de 2005,* (…) *contrato debidamente ratificado por las partes, en todo aquello que no fue modificado por adenda de fecha 16 de junio de 2005, para salvar observaciones formuladas en su día, por el supervisor; y que al presente, se encuentra en plena ejecución, recibiendo el Acreedor, sus pagos pertinentes de intereses periódicos, conforme se acordó en su oportunidad.*

(…) *los potenciales inversionistas Canadienses* (…) *efectuaron diversas acciones*

tendientes a posibilitar la capitalización de Mutual Guapay, mediando una probable absorción de sus activos, pasivos, patrimonio y operaciones, a partir de un Fondo Financiero Privado S.A., a constituir para ese objeto; así, entre otras:

- Se sostuvieron diferentes reuniones con personeros de la SBEF y el FONDESIF.

- Se suscribió una adenda al contrato de capitalización suscrito por la Mutual Guapay, con (…) la Fundación Canadiense "JACK NEUFELD FAMILY CHARITABLE FOUNDATION", supeditado a la cláusula décima octava del contrato subordinado de capitalización, suscrito con el Sr. JACK HIEBERT NEUFELD y el contrato de capitalización, celebrado con el Sr. ISAAC NEUFELD KLASSEN.

- El Sr. JACK HIEBERT NEUFELD, ante personeros de la SBEF, se comprometió al pago total de los adeudos, que las constructoras del proyecto AKUALAND GUAPAY, sostienen con la Mutual Guapay; estipulación acordada por medio de AVANTI POLYMERS LTD., (…) así se celebró contrato con "CORPORACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS DAVIVIENDA S.R.L.", con ese objeto y mediando la representación del Sr. HARRY J. FUNK, por AVANTI.

- Mutual Guapay, tuvo a bien contratar una consultora, para el desarrollo del Estudio de Factibilidad del Fondo Financiero Privado S.A., a constituir, para absorber sus activos, pasivos, patrimonio y operaciones.

De todas estas acciones, se informó también oportunamente al FONDESIF (…)

En el marco descrito, los potenciales inversionistas Canadienses (…) se comprometieron: a la creación de un Fondo Financiero Privado S.A., con capital que oscile entre los $us. 7 millones de dólares estadounidenses y $us. 14 Millones de dólares estadounidenses, para absorber posteriormente los activos, pasivos, patrimonio y operaciones de la Mutual, con incrementos posteriores de capital, hasta el año 2010, hasta alcanzar la suma de $us 27.5 millones de dólares americanos; al pago de los adeudos proyecto AKUALAND GUAPAY; como al pago en su totalidad del crédito subordinado otorgado par el FONDESIF.

(…) esta Mutual había efectuado todas las acciones administrativamente posibles, exceptuando su "transformación en sociedad anónima" (con los óbices legales apuntados: no hay ley que regule su procedimiento) para atender el fortalecimiento patrimonial de la entidad, (…)

(…) ésta Mutual en la gestión 2006 (pese a que se le restringieron las colocaciones en abril de 2005), obtuvo y consiguió donaciones en bienes por $us. 3.4 Millones, que fortalecen el patrimonio de esta entidad, con las suscitaciones antes descritas.

Es menester recordar que ésta Mutual y todas las de su género, (…) sólo pueden incrementar su capital primario, mediando "utilidades" (excedentes de percepción) o DONACIONES (…) empero, cuando se restringe las colocaciones de créditos", se hace casi imposible su fortalecimiento patrimonial, de no diligenciarse "donación", puesto que en estas entidades, los asociados, no efectúan ninguna aportación (…)

(…) *primero el regulador intentó que no constituyan ningún ingreso y así pretendía que se reprocesen los estados financieros; después dejó sin efecto su orden de reproceso de información, pero mantenía observación de que debió registrarse con valor de Bs. 1; adelante nos vimos obligados a interponer "múltiples peticiones de resoluciones administrativas para el uso de recursos y hasta un recurso de revocatoria en merito al silencio administrativo del regulador", al punto que jamás se pronunció "RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA" y aquello penosamente nos lleva a que tengamos que formular un ulterior recurso jerárquico, "por falta de pronunciamiento".*

(…) *de nuestras donaciones recibidas, si bien el regulador indebidamente a enero 2007, pretendía sólo aplicarlas a gastos del periodo por más de $us. 1.4 millones, de los que más de $us. 960.000 eran previsiones, luego por el informe de referencia pretende instruir nuevas previsiones, ésta vez por más de Bs. 10.600.000, con lo que nuestras previsiones llegarían a más de Bs. 55.400.000 y no conforme con aquello, intenta volver a su porfía de registro con valor de Bs. 1, pese a que por nota expresa, textualmente dejo sin efecto su orden de reproceso de información y pese a que jamás se permitió emitir resolución administrativa fundada, a las múltiples impugnaciones que tuvimos a bien formular y que se describen en la presente* (…)

Petición.

En mérito a lo expuesto, debemos pedir y pedimos respetuosamente a vuestra autoridad:

1.- Que se sirva reconsiderar la nota e informe de inspección de referencia, al estado en que se complemente mediando la diligencia de un adicional trabajo de campo y por consiguiente se emita un nuevo o complementario informe, claro, preciso, coherente y lícito, permitiendo de este modo que esta Mutual pueda ejercer adecuadamente su irrestricto derecho a la defensa y descargo de toda cualesquier observación que persista, en plazo razonable y hábil, dejándose en consecuencia o a su vez, sin efecto legal las ilícitas notas de cargo libradas en detrimento de personeros de esta entidad, hasta que se valoren los descargos que en su día correspondan sean remitidos por la Institución y al mismo tiempo se levante la "restricción temporal" ilegalmente ordenada en abril de 2005;

2.- O subsidiariamente y ante la hipotética negativa de la reconsideración impetrada, se sirva trasladar su instrucción a resolución debidamente fundada o motivada, en pos de respetar nuestro legítimo derecho a impugnar, en el marco de los Arts. 19 y 20 del reglamento de formas (sic) *del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo, con nuestra anticipada protesta, de usar de aquellos medios o recursos, que nos franquea la Ley.*

Entendiendo que vuestra ilustre Autoridad, no es responsable por la gestión del Ex Superintendente, Dr. Femando Calvo Unzueta, rogamos a vuestra Merced se sirva revisar, analizar y considerar, todas las notas (tanto del regulador a esta Mutual, como de ésta al mismo regulador) y resoluciones que se citan en cuerpo principal de la

presente, en atención a que se invocan en calidad de prueba de las aseveraciones que nos hemos permitido verter; se tenga en cuenta que todas cursan o deben cursar en archivos de aquel ente regulador.

Accesoriamente, también se valore las disposiciones legales invocadas (hasta transcritas en sus partes pertinentes), dado que se acusa que el informe de referencia, las ha infringido, interpretado equívocamente o aplicado indebidamente, respectivamente, como se ha fundado para cada caso.

Finalmente, para mejor acreditación de las afirmaciones que sostenemos, adjuntamos: a) copias de literales concernientes al proceso de capitalización de esta Mutual; b) copias de las impugnaciones o recursos que formulamos en atención al registro contable de nuestras donaciones recibidas; c) copias del proceso de contratación para el movimiento de tierras y apertura de vías de los inmuebles que recibimos en donación, en pos de su pronta realización en fracciones a lotes; d) copias de notas por las que se acredita que esta Mutual fue calificada para la prestación de servicios sin riesgo patrimonial, dentro del Programa de Vivienda Social, del Supremo Gobierno, de su Excelencia el Presidente Evo Morales Ayma; e) copias del dictamen de auditoría externa al 31.12.05; f) Otros documentos concernientes a la petición formulada.

Se tenga presente que, la presentación de la literal que antecede, no constituye de modo alguno, consentimiento del ilícito informe inspección de referencia, o de las ilegales notas de cargo libradas en detrimento de nuestra entidad…"

2.2 Nota presentada a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en fecha 23 de marzo de 2007 por el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".-

Por nota presentada en fecha 23 de marzo de 2007, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** (que al pie señala apersonarse **como "*Gerente Regional de Cochabamba Mutual Guapay*"**) con la referencia "*Reconsideración o Resolución para proceso administrativo*", establece los extremos siguientes:

"*…en mi calidad de personero de la "Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay", me veo en la imperiosa obligación de ocurrir (sic) ante vuestra autoridad, en atención a que a partir del "15 de marzo de 2007, se ha comunicado a quien se suscribe y a otros ejecutivos de esta Mutual, notificaciones de cargo como las de referencia, fechadas al "12 de marzo de 2007", suscrita* (sic) *por el Ex - Superintendente, Dr. Fernando Calvo Unzueta, en atentado a formas, derechos y garantías constitucionales, que hacen al procedimiento administrativo, conforme me permito fundar a continuación.*

1.- Indefensión por restricción de oportunidad útil para formular descargos.

En la fecha en que se iniciaron las comunicaciones con las notificaciones de cargo (15 de marzo de 2007), como la de referencia, también se procedió a comunicar a

Mutual Guapay, de la nota SB/ISRII/D-9071/2007 y el ilícito informe de inspección especial SB/ISRII/D-7137/2007.

Lo cierto es que las "notas de cargo" invocadas, amen (sic) *de que no se instrumentaron en "debidas resoluciones fundamentadas" (se limitan a fijar supuestos incumplimientos o infracciones, más no incluyen ninguna parte considerativa o conductas humanas personales que se hubieren valorado), hacen simple mención al informe de inspección SB/ISRII/D-713712007 (que por su parte textualmente otorgaba plazo a ésta Mutual, para remitir documentación o descargo, hasta el 23 y 30 de marzo de 2007, respectivamente) y emplazan a la presentación de descargos en siete (7) días hábiles.*

Adentrando en precisiones: el mentado informe SB/ISRII/D-7137/2007, en su parte conclusiva o dispositiva, corriente en su página 33, numeral 6, a la letra se permitió rezar:

> *"….La Unidad de Auditoría Interna deberá efectuar el trabajo requerido en diferentes puntos del cuerpo del presente informe, a efectos de determinar la existencia de incumplimientos a las disposiciones de la entidad, así como a las demás disposiciones legales y regulatorias, identificando a los responsables y remitiendo el informe a esta Superintendencia hasta el 31 de marzo de 2007….."*

Del párrafo extraído literalmente, deducimos que el Ex - Superintendente, Dr. Fernando Calvo Unzueta, al librar cargos en detrimento de quien se suscribe y otros personero (sic) *de Mutual Guapay, no había identificado responsables, ni individualizado cargo alguno, como corresponde en todo proceso administrativo punitivo, al sentir que por estricto imperio de los Arts. 7-a, 16-II-IV de nuestra Constitución Política del Estado, para que cualesquier ente o ciudadano pueda ejercer su inviolable derecho a la defensa, contra cualquier acusación o decisión inquisitoria de apertura de proceso sancionador, previamente se le debe hacer conocer en forma clara, precisa y fundada, "tanto de los hechos que ameritan su procesamiento", como de los cargos "personales" que se le atribuyen y en la especie aquellos "irregulares procesos", no pueden, no podían, ni debían haberse abierto, "sino hasta después de haberse recibido los descargos que hacen a las* (sic) *inspección de referencia", para así valorar y matizar* (sic), *"sí había o no lugar a emitirse cargo alguno".*

Considere señor Superintendente, que al invertirse el orden lógico que debe hacer a todo proceso sancionador producto de inspección del regulador (primero debería asimilarse los descargos al informe de inspección y luego librarse cargo si hubiere lugar a aquello), se ha sometido a Mutual Guapay y a sus personeros en cuyo detrimento se ha librado cargos (sic), *"a proceso administrativo indebido", violando el sistema de derechos y garantías constitucionales que rigen en nuestra república.*

Si vuestra autoridad analiza los óbices apuntados, podrá percatarse de los extremos que en la oportunidad nos permitimos apuntar:

1.1.- El informe de inspección SB/ISR/D-7137/2007, otorgaba plazo para descargos hasta el 23 y 30 de marzo de 2007, respectivamente; a su vez las "notificaciones de cargo", otorgaban el plazo de "siete (7) días hábiles", para presentar descargos (en los que se notificaron al 15 de marzo de 2007, esto importaba plazo hasta el 26 de marzo del mentado año).

1.2.- Los descargos por efecto del informe de inspección SB/ISRII/D-7137/2007, en su mayoría, son los que debo usar para desvirtuar o enervar la ilícita notificación de cargo de referencia.

Bajo el espectro (sic) *que antecede:*

¿Cómo podría el personero que se suscribe, efectuar descargo a la injusta decisión inquisitoria que se le ha librado, si los descargos que debe usar en su defensa, dependen del resultado o la valoración de los descargos que se tienen que cursar por efecto del contradictorio informe de inspección SB/ISRII/D-7137/2007?

Es menester declarar que aquello no sería posible y en ese sentido, el Ex Superintendente, Dr. Fernando Calvo Unzueta, ha dejado a esta Mutual y a los personeros en cuyo detrimento ha librado cargos (como el caso de quien se suscribe), en completo estado de indefensión, al sentir que no se me ha otorgado plazo razonable, ni oportunidad útil, para enervar las infundadas acusaciones que se han vertido en mi perjuicio (sin la más mínima mención de acción u omisión personal que de mi parte hubiere incurrido).

Para que los plazos y las oportunidades útiles, se consideren en el marco de todo "proceso administrativo debido", el Ex Superintendente, Dr. Femando Calvo, primero debió comunicar del informe de la inspección de referencia, luego esperar a los descargos institucionales y recién, sí (sic) *acaso el asunto ameritara proceso sancionador, librar notas de cargo; procedimiento lógico que no se suscitó en la especie y en consecuencia, se pretendió restringir el derecho, a que Mutual Guapay y los personeros en cuyo detrimento se ha librado indebidamente cargos, pudieran defenderse, en condiciones que corresponderían a todo otro ente o administrado, en similar circunstancia, tornando el procedimiento en "indebido" y atentando contra la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro.*

Del imperio del Art. 7-a de la CPE, emerge mí derecho a la seguridad jurídica en proceso; derecho que en contenido: "... implica el derecho a la certeza y la certidumbre que tiene la persona frente a las decisiones de las autoridades públicas, las que deban ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la Ley y la consiguiente motivación de la resolución…" (SC 0753/2003-R de 4 de junio).

Las SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 1748/2003-R, entre otras, entendieron al debido proceso como: "al derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el

que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (…) comprende el conjunto de requisitos que deban observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".

Las declaraciones e interpretaciones de su Excelencia el Tribunal Constitucional, SON DE APLICACIÓN OBLIGATORIA, PARA TODAS LAS AUTORIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, por estricto imperio de los Arts. 4 y 44 de la Ley del Tribunal Constitucional.

En la especie, el Ex Superintendente, Dr. Fernando Calvo Unzueta, al pronunciar su notificación de cargo de referencia, mediante "un simple acto administrativo de menor jerarquía" (Arts. 19 y 20 del reglamento de formas (sic) *del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo), carente de la debida MOTIVACIÓN, me ha sometido a un proceso diferente al que correspondería a todo otro en circunstancia similar, pues la garantía de IGUALDAD JURÍDICA EN PROCESO, justamente se activa con la aplicación objetiva de la ley.*

Es menester agregar que, es el mismo reglamento de formas (sic) *del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, el que en su Art. 62, textualmente reza: "...*(sic) *I.- El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos. II. - La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, <u>DE RESPETO AL DEBIDO PROCESO</u> y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley NO.* (sic) *2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables.*

Al caso que nos ocupa, con meridiana claridad, no se han seguido las formas y principios que corresponden a cualesquier proceso sancionador.

<u>2.- Indefensión por falta individualización (sic) de acción u omisión "personal" punible.</u>

Es garantía constitucional que asiste a quien se suscriba, el resguardo al principio NULLLUN (sic) *POENA SINE PREVIA LEGE (no hay proceso, ni condena, sin ley previa que regule el tipo legal sancionable), al tenor del Art. 16-IV de nuestra Constitución Política del Estado.*

Bajo el espectro (sic) *descrito, para librarse "notificación de cargo" en debida forma, no sólo se le debe referir al afectado, las supuestas infracciones que se le "acusan", SINO CUALES SON LOS ACTOS U OMISIONES PERSONALES, por las que se entiende es responsable INDIVIDUALMENTE, por el acto u omisión en cuestión; es más: hasta se le debe informar el grado de participación que se le atribuye (autoría, encubrimiento, Etc.).*

El Art. 109 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), sobre procesos sancionadores, textualmente refiere:

> *"....El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, DEBERÁ NOTIFICAR EL CARGO CORRESPONDIENTE A LA INSTITUCIÓN O PRESUNTO INFRACTOR otorgándole un plazo no menor de dos (2) ni mayor de siete (7) días para efectuar su descargo o explicación pertinente….."*.

El tenor de la norma invocada, al inferir (sic) *"…deberá notificar el cargo…a la institución o al presunto infractor", denota que se trata de una "resolución de apertura de proceso", por ende, POR EMITIRSE DEBIDAMENTE FUNDADA, esto es: con mención de relación circunstanciada de hechos, de elementos de prueba que hacen presumir la presunta infracción y expresa mención de acciones u omisiones PERSONALES, supuestamente cometidas por el encausado.*

En el mismo elenco (sic)*, el que prevenga "plazo de hasta siete días hábiles", para formular descargo, NO HACE IRRECURRIBLE o INIMPUGNABLE el acto por el que se gira cargo, MENOS QUE AL CONCEDERSE EL PERIODO DE DESCARGO, YA SE ESTÉ ANTE PROCESO DEBIDO, dado que éste depende del respeto PRIMARIO, de los derechos y garantías constitucionales, DE APLICACIÓN PREFERENTE Y OBLIGATORIA PARA TODA AUTORIDAD PÚBLICA, POR EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DEL ART. 228 DE LA CPE.*

Del mismo entender es el Art. 65 del Reglamento de formas (sic) *del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, al sentir* (sic) *que a la letra reza: "…..Los Superintendentes……identificaran a las personas INDIVIDUALES o colectivas, PRESUNTAMENTE responsables de los HECHOS SUSCEPTIBLES DE INICIACION, DE PROCEDIMIENTO....."*.

Y en la especie conforme sale del mismo tenor de la "notificación de cargo" de referencia, NO SE EXPRESA, NI SE ME HA HECHO SABER, CUAL ES LA ACCIÓN U OMISIÓN "PERSONAL" QUE SE ME ATRIBUYE, POR LA QUE SE ENTIENDE HE INFRINGIDO ALGUNA NORMA O HE ADECUADO CONDUCTA, A TIPO PUNIBLE ESPECÍFICO; es más, ni siquiera se señala el grado de participación que se me pretende endilgar.

Ante el elenco (sic) *descrito: ¿Cómo puedo descargarme de acusación EN LA QUE NO SE ME INDICA ACCIÓN U OMISIÓN PERSONAL por la que se me encausa? Lógicamente no podré y así TAMBIÉN SE ME DEJA EN INDEFENSIÓN, habida cuenta que me es imposible elegir cuales son los medios de prueba que debo diligenciar en mi favor.*

3.- Prejuzgamiento.

El Art. 16-1 de la CPE, declara: "…Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad…"; ésta garantía fundamental, es aplicable a toda clase de procesos sancionadores, pues reflejan aquellos naturaleza o esencia punitiva.

En la nota de referencia, el Ex Superintendente de Bancos, Dr. Fernando Calvo Unzueta, en ningún extremo señala encontrarse ante presuntas infracciones punibles, es más, textualmente refiere: "...Este órgano de Supervisión DETERMINÓ LAS SIGUIENTES INFRACCIONES....", ante aquella declaración: ¿Qué función cumplen los descargos o explicaciones que en su parte dispositiva me emplaza a presentar? ¡NINGUNA! porque el mentado ex personero público, ME HA PREJUZGADO Y YA HA EMITIDO CRITERIO, "SIN DAR LUGAR AL PROCESO DEBIDO EN EL QUE SE VALOREN MIS PRUEBAS DE DESCARGO"; éste vicio insalvable hace a la NULIDAD ABSOLUTA de la nota de referencia, en atención a que ningún ciudadano, ni autoridad en nuestra república, debe o está autorizado, para resquebrajar el sistema de derechos y garantías constitucionales que impera en nuestra república.

4.- Irregular práctica habitual sancionadora.

Es menester informarle señor Superintendente, que el Ex Titular de la repartición a su cargo, Dr. Fernando Calvo Unzueta, en funciones, ya soportó recursos jerárquicos ante la Superintendencia General del SIREFI (Sistema de Regulación Financiera), que ANULARON actos administrativos, justamente por la violación de derechos y garantías constitucionales, como la omisión del cumplimiento de formas previstas por el reglamento de formas (sic) *del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo; no obstante la mentada ex autoridad, persistió (como se suscita en la especie), en similar conducta autoritaria; entre otras me permito citar la SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, que en sus FUNDAMENTOS JURÍDICOS, reconoció la obligatoriedad de MOTIVACIÓN de todo acto administrativo que perjudique intereses subjetivos, como se suscita en el caso que nos ocupa y nos corresponde extrañar en la oportunidad; así textualmente señaló:*

"En la doctrina del Derecho Administrativo se han esbozado numerosas definiciones acerca de lo que implica el acto administrativo. Por ello, siguiendo la mayoría de la doctrina generalmente aceptada en la materia, podemos concluir que el acto administrativo es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria que emana de un sujeto, la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetiva (sic) *o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público....."*

"……En nuestra legislación, el Artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que: Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la administración pública de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el

administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo……".

"……En cuando (sic) *a los actos administrativos de menor jerarquía, esta es una innovación contenida en el Artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2.003, que a la letra señala: Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivas y directivas obligarán a los reglados cuando las mismas sean objeto de notificación o publicación.....".*

"……Dentro de este contexto, el Artículo 20 del señalado Decreto Supremo establece que "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada. II. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud….".

"……La previsión normativa descrita constituye una garantía a favor del administrado para poder ejercer su irrestricto derecho a la defensa permitiéndole la facultad de impugnar actos administrativos, que si bien no están plasmados en una Resolución Administrativa, pueden tener una naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos, aspecto que al no estar consignado en un acto administrativo propiamente dicho (Resolución Administrativa) de ninguna manera puede imposibilitar que el administrado pueda presentar las impugnaciones correspondientes en la vía administrativa.....".

"……Según la configuración legal del Artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 se tipifican como actos administrativos de menor jerarquía las circulares, órdenes, instructivas y directivas. Efectuando una interpretación literal del citado Artículo, cualquier otro acto que no encajara dentro de estas prescripciones no podría ser considerado como acto administrativo de menor jerarquía. Empero, si se realiza una interpretación teleológica de la norma aludida, entonces se podrá entender que la finalidad de dicho Artículo no ha sido restringir a una sola serie de categorías los llamados actos administrativos de menor jerarquía sino guardando concordancia con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, también podrán ser parte de la categoría a la que hace referencia el Artículo 19 del citado Decreto Supremo, AQUELLOS ACTOS QUE TENGAN UNA NATURALEZA QUE PUEDA PRODUCIR EFECTOS JURÍDICOS CONTRA EL ADMINISTRADO QUE EVENTUALMENTE PUDIERAN AFECTAR SUS DERECHOS SUBJETIVOS O INTERESES LEGÍTIMOS……, precisamente velando por el derecho constitucional a la defensa, es decir, la posibilidad de impugnar en la vía administrativa las decisiones de la administración que pudieran ocasionar perjuicios a

los administrados...".

"……Por otra parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio (sic) hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, OBTENER DECISIONES FUNDADAS O MOTIVADAS, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, CUESTIONAR LOS ELEMENTOS PROBATORIOS ANTES DE LA DECISIÓN, TENER LA POSIBILIDAD DE INTENTAR MECANISMOS IMPUGNATORIOS CONTRA LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse……".

*"……**Cabe precisar que uno de los elementos ESENCIALES del acto administrativo se encuentra en SU MOTIVACIÓN O FUNDAMENTACIÓN que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadores (sic) que le permitan emitir actos administrativos, DEBIENDO OBSERVARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO Y DE DERECHO QUE CORRESPONDAN AL CASO**....."*

"…..Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda.....".

*"…..El Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra **LA CAUSA, POR MEDIO DE LA CUAL SE DEBERÁ SUSTENTAR EL ACTO EN LOS HECHOS Y ANTECEDENTES EXISTENTES Y EL DERECHO APLICABLE**. Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto. Concordante con la anterior, el Articulo 30, literal a), de la Ley Adjetiva (sic) Procedimental, en cuanto a la motivación, **indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos**……".*

Petición.

En mérito a lo expuesto, debo pedir y pido respetuosamente a vuestra autoridad:

1.- Que se sirva reconsiderar la notificación de cargo de referencia y el informe de inspección SB/ISRII/D-7137/2007, al estado en que se complemente mediando la

diligencia de un adicional trabajo de campo y un consiguiente nuevo o complementario informe, claro, preciso, coherente y lícito, dado que por cuerda separada tenemos atacada su inteligibilidad, en pos del resguardo y la reparación a nuestros derechos y garantías constitucionales, que denunciamos han sido conculcados.

2.- O subsidiariamente y ante la hipotética negativa de la reconsideración impetrada, se sirva trasladar su instrucción a resolución debidamente fundada o motivada, en pos de respetar nuestro legítimo derecho a impugnar, en el marco de los Arts. 19 y 20 del reglamento de formas (sic) *del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo, con nuestra anticipada protesta, de usar de aquellos medios o recursos, que nos franquea la Ley.*

Declaramos que usamos en calidad de prueba a nuestro favor, toda la que se arrima por cuerda separada, acompañando nota que denuncia la ilicitud del informe de inspección SB/ISRII/D-7137/2007, que no duplicamos por economía procesal; tenga su Autoridad la gentileza de valorar todos y cada uno de los medios prueba producidos en aquella acción…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SB N° 017/2007 DE FECHA 30 DE MARZO DE 2007.-

Mediante Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***
(…)
I. Descargos efectuados en relación al cargo A.

La carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007 no hace referencia a ningún aspecto que permita deslindar la responsabilidad de los Directores suscribientes de la referida carta con relación al incumplimiento notificado en esta literal, consiguientemente el incumplimiento a la implantación de medidas para la regularización de las causas que dieron origen a la emisión de la Resolución SB/113/2004, recae íntegramente en el Directorio.

II. Descargos efectuados en relación al cargo B, B.1, B.2, B.3, B.4 y B.5.

(…)

Análisis de descargos

B.1 (…), *se ratifica el cargo notificado, denotándose la inexistencia de argumentos para justificar el incumplimiento de las restricciones impuestas por este Órgano de Fiscalización dada la situación deficitaria de la entidad y en pos de precautelar el interés público representado por los depósitos del público, los*

cuales se veían comprometidos dadas las debilidades de gestión crediticia y los excesivos gastos administrativos en los que incurría la entidad. Por otra parte, y en relación a los argumentos expuestos por la Mutual, esta no considera que la omisión en la presentación del presupuesto de la gestión 2007 que justifique la erogación de las partidas reclamadas impiden conocer los montos a ser deducidos generando la discrecionalidad en el manejo de recursos financieros por parte de la administración de la entidad. Asimismo, resulta incongruente la afirmación sobre la existencia del presupuesto antes extrañado y la ausencia de su requerimiento, puesto que mediante carta de fecha 29 de enero de 2007 dirigida al Gerente General de la entidad Alberto Alarcón Pessoa, dicho documento fue requerido a la Mutual en la persona de su Gerente General empero dicha documentación no fue entregada.

Por lo expuesto, al no desvirtuar ni enervar los argumentos expuestos por la entidad el tenor de los cargos notificados, estos quedan ratificados.

B.2, B.4 y B.5 (…) *al no desvirtuar ni enervar los argumentos expuestos con referencia a los cargos notificados, estos quedan ratificados. La notificación no tiene el objeto de verificar papeletas contables, entendemos que los gastos deben encontrarse contabilizados. Entonces no se trata de verificar documentación o instrumentación del gasto, sino el gasto efectuado cuando existía la restricción emergente del incumplimiento de Mutual Guapay a instrucciones de la SBEF así como a una débil gestión de riesgo crediticio que le impedía continuar efectuando erogaciones.*

B.3 (…) *no corresponde aceptar el argumento de que que* (sic) *la contratación de obras civiles tenga, simplemente un efecto facilitador. Por el anterior antecedente, podría entenderse que se trata de actividades especulativas de carácter comercial y no financiero, en atención a que el objeto de las asociaciones mutuales de ahorro y préstamo, en el marco de las operaciones permitidas en el Art. 74 de la LBEF, es el financiamiento de vivienda y no la realización de obras civiles, para urbanizar lotes destinados a la vivienda.*

El argumento expuesto en la página 18 segundo párrafo del numeral II) de la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007 que señala que el contrato celebrado con la empresa IBERICA Construcciones, no vulnera el Art. 74 de la Ley N° 1488 no es atinente al cargo notificado el cual versa sobre el incumplimiento a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión.

Por lo expuesto, al no desvirtuar ni enervar los argumentos expuestos por la entidad al tenor de los cargos notificados, estos quedan ratificados.

Por todo lo anterior, las infracciones consignadas en esta literal son plenamente atribuibles a los miembros del Directorio encargado de velar por el cumplimiento de las restricciones comunicadas por la SBEF como por el Gerente General y Gerente de Operaciones y Finanzas quienes deben cumplir con el mandato del Directorio o en su defecto representar la ausencia de políticas capaces de viabilizar el cumplimiento de la instrucción del organismo fiscalizador,

III. Descargos efectuados en relación al cargo C., C.1, C.2, C.3 y C.4

(…)

Análisis de descargos

C.1 (…) *la entidad no esta* (sic) *cumpliendo las actividades de intermediación financiera, sino que esta* (sic) *incursionando del rubro de la construcción a gran escala, vale decir se incursiona en actividades especulativas para la venta individual de terrenos urbanizados, actividades que corresponden a otro tipo de sociedades y no a una entidad supervisada del sistema de intermediación financiera, desvirtuando sus las (sic) actividades propias del sector financiero.*

Por lo expuesto, los antecedentes señalados no desvirtúan la contravención al Art. 74 de la Ley N° 1488 ni la Circular N° 229/97 toda vez que ambas normas son claras en el sentido de prohibir el involucramiento de las entidades del sistema financiero regulado en este tipo de actividades.

C.2 (…) *es también aplicable a este caso las consideraciones expuestas en el inc. C.1 que antecede, porque no enerva ni destruye el cargo notificado porque el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", por el contrario compromete y agrava la responsabilidad del citado Director, ratificándose el cargo C.2.*

C.3 (…) *el gasto observado no guarda relación con operaciones de intermediación financiera por cuanto éste se refiere al desarrollo de construcciones civiles ajenos* (sic) *a las operaciones permitidas a mutuales de ahorro y préstamo.*

Por lo expuesto, al no desvirtuar ni enervar los argumentos expuestos para justificar los cargos notificados, estos quedan ratificados. La notificación no tiene el objeto de verificar papeletas contables, entendemos que los gastos deben encontrarse contabilizados. Entonces no se trata de verificar documentación o instrumentación del gasto, sino el gasto efectuado contraviene el Art. 74 de la ley de Bancos y Entidades Financieras.

C.4 (…) *el objeto es la realización de obras de conclusión de dos viviendas en el proyecto "Akualand - Guapay" (Cláusula segunda) y no como manifiesta el descargo tratarse de simples gastos de mantenimiento y refacción como señala su carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, demostrando esta circunstancia de actividades ajenas a la intermediación financiera, en franca vulneración del Art. 74 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Circular N° 299/97 de 5 de febrero de 1997 referido a la prohibición de que las mutuales se involucren en actividades ajenas a la intermediación financiera.*

La infracción analizada en la parte III de la presente resolución referida al incumplimiento legal sobre las actividades desarrolladas ajenas a la intermediación financiera, prevista en el Art. 74 de la Ley, constituye responsabilidad del Directorio en su integridad, del Gerente General y del

Gerente de Operaciones Financieras al haber suscrito contrato y en la autorización de gastos impropios al giro financiero de la entidad, así como la participación de los señores Jorge Nuñez del Prado como Director que agrava su grado de responsabilidad en la infracción por su ingerencia (sic) *en funciones ejecutivas autorizando el pago de gastos de Alberto Bacherer Soliz, Gerente de Créditos, al participar en el desembolso y pagos para la construcción de 2 viviendas en el Proyecto Akualand - Guapay, autorización de pagos destinados a actividades ajenas a la intermediación financiera; de Julio Marín Duran y Yuri Rodríguez Urquidi por su participación en los pagos para cubrir gastos relacionados al desarrollo de proyectos habitacionales, contabilizados por el Contador de la entidad, sin efectuar observaciones ni objeciones de ninguna naturaleza.*

IV. Descargos efectuados en relación al cargo D., D.1, D.2, D.3, D.4 y D.5

(…)

Análisis de descargos

Los argumentos expuestos en las literales que preceden no justifican el incumplimiento de la primera parte del Art. 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras que determina que la administración de las entidades financieras bancarias se sujetara a las disposiciones de la presente Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

(…) *es atribución y responsabilidad de los Directores la administración de la entidad, lo que involucra cumplir con las regulaciones emitidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, así como la supervisión respecto al cumplimiento de las funciones de ejecutivos y empleados.*

Por su parte, el Art. 108 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras aplicable a las Asociaciones Mutuales de Ahorro y Préstamo por disposición del Art. 69 de la misma Ley, determina que los Directores, síndicos, administradores, gerentes, apoderado o empleado, administrador o miembro del Consejo de Administración de una entidad financiera son solidaria e ilimitadamente responsables frente a la entidad (…)

Por otra parte, los argumentos expuestos en el sentido de no haberse solicitado la documentación respaldatoria de los gastos y desembolsos realizados no guardan relación con los alcances del cargo notificado, careciendo de veracidad, toda vez que con carta de fecha 31 de enero de 2007 emitida por la Comisión de Inspección de este órgano de Supervisión se requirió al Gerente General Alberto Alarcón Pessoa la documentación consistente en los contratos con los valuadores de la Mutual los cuales no fueron presentados hasta la culminación de la inspección, tampoco se adjunta a la carta antes citada.

De la misma forma el argumento esgrimido por los Directores, Ejecutivos y funcionarios aludidos por el cargo notificado en esta literal en el sentido de que las facturas no son emitidas por la Mutual, tampoco son atinentes al cargo notificado ni desvirtúa el cargo ni lo desvirtúan (sic)*, puesto que el comprobante contable que respalda los gastos efectuados no adjunta el detalle de los funcionarios para los cuáles se efectuó el pago de hospedaje por cuenta de la Mutual. Por otra parte no existe descargo respecto a la oficiosa participación del Presidente del Directorio en la autorización de estos gastos,* (…)

Por lo expuesto, al no desvirtuar ni enervar los argumentos expuestos por la entidad el tenor de los cargos notificados, estos quedan ratificados, reflejando un manejo alejado de criterios de prudencia y debida diligencia en el ejercicio de las funciones que les correspondió cumplir en su condición de Directores, Ejecutivos y funcionarios de Mutual Guapay.

El incumplimiento analizado respecto a las funciones propias de los administradores sobre la poca diligencia ejercida en la administración de la entidad, conforme a las observaciones analizadas en la Parte IV, constituye responsabilidad íntegra del Directorio y del Gerente General de la entidad, así como de aquellos funcionarios ejecutivos que omitieron el cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolsos y gastos,…"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

"…***1º*** *Sancionar a los señores* ***RICARDO CARLOS ARCIL MENACHO RIOS Y ALBERTO ALARCON PESSOA*** *en su condición de Presidente del Directorio y Gerente General, respectivamente, con inhabilitación temporal de sus funciones en la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY por el lapso de 5 años.*

2º *Sancionar a los señores* ***JOHNNY LORBERG ARTEAGA*** *y JORGE* ***NUÑEZ DEL PRADO*** *en su condición de Vicepresidente del Directorio y miembro del Directorio de Mutual Guapay, respectivamente, con suspensión temporal de sus funciones en la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY por el lapso de cuatro años.*

3º *Sancionar a los señores* ***SAUL FERNANDEZ ROCA, JAVIER W. CLEMENTELLI ARZA,*** *en su condición de miembros del Directorio de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY con multa pecuniaria equivalente a cinco dietas percibidas a cada uno de ellos.*

4º *Sancionar a los señores* ***SHIRLEY GARRON ARIAS, ALBERTO BACHERER SOLÍZ, JULIO MARÍN DURÁN, YURI RODRÍGUEZ URQUIDI Y JAQUELINE SOLARES JUSTINIANIO*** (sic)**,** *en su calidades de Gerente de Operaciones, Gerente de Créditos, Gerente Nacional de Recaudaciones y Finanzas, Gerente Regional Oficina Cochabamba y Jefe del Departamento de Auditoría Interna, respectivamente, con suspensión temporal de sus*

funciones en la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY por el lapso de dos años.

(…)

***7º** Las multas impuestas deberán ser depositadas en la Cuenta N° 4030002725 (Superintendencia de Bancos - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en el plazo máximo de 10 días computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir dentro los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta.*

***8º** En cumplimiento con el Art. 110° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la Asamblea General Ordinaria de Asociados de la MUTUAL GUAPAY, debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas hasta el 30 abril de 2007…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 24 de abril de 2007, **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** (en su calidad de Ex Gerente Regional Cochabamba) interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007, bajo los siguientes argumentos:

"…*I.- AGRAVIOS ESPECÍFICOS.*

A. Incumplimiento del Art. 60 del Titulo XIII, Capitulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras "…por no haber regularizado los incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004 del 12 de noviembre del 2004…".

(…)

1. *Infracción al Art. 68-I del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).*

Carencia de motivación y valoración de actos institucionalmente reconocidos.

(…) *acuso que la omisión que se me atribuye: "...Incumplimiento del Art. 60 del Titulo XIII, Capitulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no haber regularizado los incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No. 113/2004 del 12 de noviembre del 2004...", carece de toda MOTIVACIÓN, al punto que hasta ha omitido considerar actos u acciones, que institucionalmente el mismo regulador ha reconocido y por lo tanto debían haberse valorado.*

(…) *la resolución SB No. 017/2007, para endilgar la OMISIÓN de regularización de*

incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, OBVIA una serie de actos y factores, que son de estricto conocimiento institucional del regulador, entre los que de modo enunciativo, nos permitimos detallar:

- No valora que "es la Asamblea Ordinaria de 28 de marzo de 2005" (…), la que da pie al proceso de capitalización acordado en primera instancia con el Sr. ISAAC NEUFELD KLASSEN y por gestiones de éste último con los señores JACK HIEBERT NEUFELD y GEOFFREY SCOTT EDGELOW, Presidente y Ejecutivo de la Fundación Canadiense "JACK NEUFELD FAMILY CHARITABLE FOUNDATION'. (…) mediante escritura pública No. 801/2005, celebrada ante el Notario de Fe Pública No. 078 de La Paz; Dr. José Lisandro Herrera Goytia, debidamente ratificado por adenda de fecha 16 de junio de 2005, se otorgue a MUTUAL GUAPAY, un crédito subordinado de capitalización por $us. 1 Millón, ***QUE INCREMENTÓ EL PATRIMONIO NETO DE LA ENTIDAD****. (…)*

- No valora que en la gestión 2006, se recibieron donaciones por un valor de realización de $us. 3.4 Millones (con las gestiones de los Directores Ricardo Menacho, Johnny Lorberg y Jorge Núñez del Prado, ahora sancionados), que fueron registrados como ingresos extraordinarios y que son de conocimiento del regulador, (…); sobre este particular, la discrepancia con el regulador se suscitó primero, sobre si constituía (sic) *o no un ingreso, conforme a las cuentas No. 322.00 - 323.00 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras; luego, sobre sí* (sic) *se debía registrar a su valor de realización o por un importe de control de Bs. 1 (pretensión del regulador). (…), el sólo haber gestionado y recibido donaciones en terrenos por más de CINCUENTA HECTÁREAS, constituye acción administrativa del Directorio de Mutual Guapay y de sus ejecutivos, tendientes a INCREMENTAR EL PATRIMONIO NETO de la entidad, dado que sí* (sic) *resulta exitosa la pretensión del regulador, aquello no revierte la LIBERALIDAD o DONACIÓN, tan sólo difiere la incorporación de su valor REAL, al momento en que se REALICE o se enajene a titulo ONEROSO, (…)*

- No valora que el mismo regulador, según nota SB/ISR II/D2006/2007, de 17 de enero de 2007, al remitir el cálculo al patrimonio neto de la entidad, ya consideró parte de las donaciones recibidas, reduciendo las pérdidas acumuladas registradas a noviembre del 2006, que alcanzaban a Bs. 39.667.057, según su carta circular SB/2256/2006 de 5 de diciembre de 2006, hasta Bs. 36.205.212. (…).

2. *Infracción al Art. 68-I del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).*

Desproporcionalidad en la sanción.

(…) es menester imputar que el regulador, no ha diferenciado los ACTOS u ACCIONES que dieron lugar a la Resolución Sancionatorio (sic) *SB No. 113/2004 y las omisiones que ahora me endilga, conforme me permito fundar a continuación.*

El Directorio que "otorgó los créditos a las constructoras del proyecto AKUALAND GUAPAY" (…), no mereció SANCIÓN PERSONAL ALGUNA, por el contrario, se multó a la institución, con la posibilidad de repetición contra los encausados, que se reconoce, fue absorbida por aquellos Directores y Ejecutivos. Cito la referida resolución y nota de su remisión como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de los archivos de la SBEF.

(…) el Directorio que asume funciones en la Asamblea Ordinaria de 28 de marzo de 2005, (…) HEREDÓ la gran responsabilidad, según nota SB/ISRII/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, DE:

- Incrementar el patrimonio neto de la entidad, hasta más de ONCE MILLONES DE DÓLARES, en instancias en que se arrastraban pérdidas acumuladas (…);

- O conseguir que las empresas constructoras acreditadas, EFECTÚEN PAGOS ANTICIPADOS A CAPITAL (cancelación a capital por más de $us. 3 Millones).

Sobre el particular:

El Directorio en la gestión 2005, con la participación de los Directores Ricardo Menacho Ríos y Johnny Lorberg, ahora sancionados, efectúo (sic) *sendas acciones para regularizar los citados "créditos excedidos del 3 % del patrimonio neto de la entidad", (…):*

a) La obtención de un crédito subordinado de capitalización por $us. 1 Millón de Dólares, que incrementó el patrimonio neto de la institución y la celebración de contratos de capitalización con inversionistas canadienses, que se comprometieron: a la creación de un Fondo Financiero Privado S.A., (…); el pago de los adeudos del proyecto AKUALAND GUAPAY; como el pago en su totalidad del crédito subordinado otorgado por el FONDESIF, en el marco del PROFOP (…).

b) Conciliaron con las empresas constructoras del proyecto AKUALAND GUAPAY y estas efectuaron propuestas formales de amortizar capital cada uno a sus respectivos créditos, hasta diciembre del 2005, la suma de $us. 76.000.- (más del 20 % del capital de cada crédito) y posteriormente en forma semestral $us. 75.000.- para los próximos años del plazo de los créditos, (…).

Luego el Directorio en la gestión 2006 (con el concurso de los Directores Ricardo Menacho Rios, Johnny Lorberg y Jorge Núñez del Prado, ahora sancionados), efectuaron las acciones que se describen, para regularizar los citados "créditos excedidos del 3 % del patrimonio neto de la entidad", (…):

a) Gestionó donaciones que se recibieron por un valor de realización de $us. 3.4

Millones (…) *la entidad recibió en propiedad a título gratuito, terrenos, POR MÁS DE CINCUENTA HECTÁREAS, que en el momento de su realización INCREMENTARÁN EL PATRIMONIO NETO DE LA ENTIDAD [SÍ* (sic) *ACASO EL RECURSO JERÁRQUICO*(sic) *INTERPUESTO POR ANTE LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DEL SIREFI, NO ES ESTIMADO FAVORABLEMENTE Y EN ESE SENTIDO, "YA SE PRODUJO EL INCREMENTO PATRIMONIAL"];* (…).

b) Gestionó que las constructoras acreditadas, prosigan con la introducción de obras en el proyecto AKUALAND GUAPAY, (…) *INCREMENTANDO EL VALOR DE LAS GARANTÍAS HIPOTECARIAS constituidas a favor de la Institución.*

Accesoriamente es menester recordar:

Las líneas de créditos y operaciones con cargo a ellos, celebradas por la MUTUAL con las constructoras del proyecto AKUALAND GUAPAY, se instrumentaron en la gestión 2003 y consideraban plazos, POR QUINCE AÑOS.

El plazo citado, mediante adendas celebradas en la gestión 2004, se redujo a CUARENTA Y SIETE MESES, computables desde la suscripción de las mentadas modificatorias e incluía TRES AÑOS DE GRACIA A CAPITAL; por estas razones, la propuesta formulada por las constructoras (según copias de cartas adjuntas), (…) *importaba reducción de los años de gracia a capital y cancelación total de cada uno de los créditos, en CINCO amortizaciones semestrales;* (…)

(…) *el Directorio 2005- 2006 (con la participación de los Directores Ricardo Menacho, Johnny Lorberg y Jorge Núñez del Prado), gestionó la inclusión de la Mutual en el PROGRAMA DE VIVIENDA SOLIDARIA (PVS),* (…), *mediante nota FSF-DFFI-E-38l5/06 de 20 de diciembre de 2006, comunicó a la Mutual, "su habilitación para la prestación de servicios de colocación y recuperación de cartera para los subprogramas cuantitativos 02, 03, 04 y Mejoramiento y Ampliación"; al punto que mediante CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007, el Viceministerio de Vivienda y Urbanismo, invitó a la firma del contrato respectivo* (…), *al presente, este contrato* ***SE ENCUENTRA SUSCRITO*** (…)

La inclusión de la MUTUAL en el PROGRAMA DE VIVIENDA SOLIDARIA, le permitirá una serie de beneficios patrimoniales, entre los que de modo enunciativo, no restrictivo, nos permitimos citar:

a) Puede permitir la realización de los bienes recibidos en donación por la MUTUAL, mediando financiamiento a adjudicatarios finales, "sin riesgo patrimonial para la entidad" y así en paralelo "INCREMENTAR EL PATRIMONIO NETO".

b) Además de permitir la realización de bienes adjudicados, generará de inmediato, el

incremento por servicios, en atención a las comisiones que se percibirán, por servicios a prestarse dentro del PVS.
(…)

La resolución sancionatoria, en lo que respecta a la omisión en cuestión ("omisión de regularización de los créditos heredados y concedidos por monto mayor al 3% del patrimonio neto de la entidad"), no valora principios generales del derecho punitivo, en lo que hace a la ponderación sancionatoria, como expongo y fundo a continuación:

a) Resulta que la sanción POR OTORGAR CRÉDITOS QUE EXCEDEN DEL 3% DEL PATRIMONIO NETO DE LA ENTIDAD (Art. 79-f de la Ley 1488), es "menor" que la que se expide por "mantener" estas operaciones (…)*:*

El Directorio que otorgó estos créditos observados (gestión 2003), del que únicamente queda el Sr. Ricardo Menacho, "NO FUE SANCIONADO PERSONALMENTE" y tan sólo se MULTÓ a la entidad; (…).

Al presente, SIN VALORAR LAS ACCIONES EFECTUADAS por el Directorio 2005 2006, con el concurso de los Directores sancionados Ricardo Menacho, Johnny Lorberg y Jorge Nuñez del Prado (crédito subordinado por $us. 1 Millón, contratos de capitalización, recepción de donaciones, inclusión en el Programa de Vivienda Solidaria, ofertas de pagos anticipados a capital de las constructoras del proyecto AKUALAND, Etc.), para adecuar "….aquellos créditos al 3 % del patrimonio neto de la entidad….", resulta que se los ha sancionado con "INHABILITACIÓN Y SUPENSIÓN (sic)*, por 5 y 4 años, respectivamente.*

(…) *la sanción que se nos ha impuesto, en injusta y desproporcionada, dado que conforme al derecho a la igualdad de trato que nos asiste (Art. 6 de la CPE), "....todo administrado bajo similar circunstancia, debe merecer tratamiento igualitario o análogo…".*

b) Resulta que tampoco se confronta como atenuante, el grado de DIFICULTAD de las instrucciones impartidas por el regulador mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005 (incrementar el patrimonio neto a más de $us. 11 Millones u obtener un pago anticipado a capital de las constructoras por más de $us. 3 Millones).

(…) *las tareas que heredó el Directorio 2005-2006 (con el concurso de los Directores, Ricardo Menacho, Johnny Lorberg y Jorge Núñez del Prado, cada uno en su oportunidad), de modo alguno se comparan con las que correspondían al Directorio de la gestión 2003, "que tan sólo fue sancionado con MULTA a la institución";* (…) *es el Directorio de aquella gestión (2003), el que ocasionó la mentada "RESTRICCIÓN TEMPORAL" y por ende agravó el requerimiento patrimonial de la entidad* (…) *"…al*

haber concedido créditos que excedían del 3% del patrimonio neto de la entidad…"; en este espectro, es aquel Directorio (el de la gestión 2003), el que debió haber recibido la "sanción más drástica" y bajo aquel elenco, "no guarda proporción alguna, el que ahora se nos sancione con pena mayor", (…).

(…) *la pena que le ha sido impuesta, además de ser incorrecta, no corre con arreglo a los principios de proporcionalidad y trato igualitario, atendibles en todo proceso sancionatorio.*
(…)

B.- Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos. Esta inobservancia se ref1eja en las siguientes acciones:
B.I.- La omisión de depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia el total de las recuperaciones de cartera de créditos mas del incremento de las captaciones del público que entre el 2 y 18 de enero totalizaban $us. 434.719.- de acuerdo al punto 1.3 del Informe de Inspección.
(…)

AGRAVIOS:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Carencia de motivación y valoración de actos institucionalmente reconocidos.

(…)

a) Se reconoce que la entidad puede y podía, pese a la mentada restricción temporal, efectuar gastos en sueldos, salarios y "...otros para el funcionamiento de la entidad..." (…)

b) Se sustenta la sanción "…en la situación deficitaria..."; sin embargo, aquella no es fenómeno de reciente conocimiento del regulador, si se observa el siguiente cuadro CON CIFRAS APROXIMADAS:

	EN MILES DE DOLARES /DIC. GESTIÓN			
	2001	*2003*	*2005*	*2006*
Cartera bruta	*30.595*	*47.855*	*40.265*	*34.038*
Previsiones por incobrabilidad	*1.637*	*2.965*	*3.913*	*4.288*
Gastos de administración	*3.241*	*2.907*	*3.047*	*3.479*
Patrimonio contable	*184*	*-1.158*	*-2.420*	*-484**

(…)

i) En la gestión 2001, se observa un patrimonio positivo de 184 en miles de dólares, empero, sólo refleja un 5.35 % de previsión por incobrabilidad de cartera y se observan gastos administrativos en miles de dólares, por 3.241, en instancias en que se incorpora el "crédito subordinado del FONDESIF", por $us. 6 Millones".

ii) En la gestión 2006, se observa un patrimonio negativo de –484 en miles de dólares, pero se refleja un 12.59 % de previsión por incobrabilidad de cartera y se observan gastos administrativos en miles de dólares, por 3.479, en instancias en que sólo se debe $us. 3.75 Millones del crédito del FONDESIF, dado que se ha pagado $us. 2.25 Millones, que han dejado de apalancar patrimonio.

** (…) el patrimonio 2006 que exponemos, considera la incorporación de las donaciones recibidas en la gestión 2006, por su valor de realización; (…) nada altera la proporción de las previsiones por incobrabilidad, con relación a la cartera bruta. (…) la entidad "dispone en propiedad de más de CINCUENTA HECTÁREAS de terreno que le fueron donados, que REALIZARÁ y que no disponía como PROPIEDAD o BIEN PATRIMONIAL, en otras gestiones…*

(…)

Disiento de la resolución sancionatoria, en cuanto me endilga "...omisión de depositar en cuentas del Banco Central, el total de las recuperaciones de cartera de créditos mas el incremento de las captaciones del público..."

(…) imputo "carencia de motivación", en cuanto se me atribuye "……omisión de depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia el total de las recuperaciones de cartera de créditos mas del incremento de las captaciones del público…", en atención a las siguientes razones:

a) Autocontradicción.

Si acaso debía entenderse "gramaticalmente" la restricción instruida por el regulador (…); es lógico que aquello importaba la restricción de "…gastos financieros, administrativos y operativos incurridos en el periodo analizado…" (Textualmente en la resolución sancionatoria); no obstante en cuanto a éstos últimos, el mismo regulador expresa: "....mismos que no son desconocidos por parte del Órgano Supervisor como ser sueldos y salarios y otros necesarios para el funcionamiento de la entidad...".

Las premisas que anteceden, resultan completamente antagónicas, en cuanto:

- Se admite que los gastos financieros, administrativos, Etc., resultaban de posible

erogación, es decir: "....sueldos Y OTROS NECESARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ENTIDAD...", sin embargo, se castiga la "OMISIÓN DE DEPÓSITO DEL TOTAL

(…) *el regulador no ha discriminado en su computo* (sic), *las deducciones por gastos financieros, sueldos "…y otros para el funcionamiento de la entidad...",* (…)

b) Indefensión y violación del derecho al proceso debido.

(…) *se me ésta* (sic) *imputando "omisión de depósito de cantidad", empero, sin lugar a darme a conocer los conceptos, partidas, Etc., lo que me deja en absoluta indefensión, en completa vulneración a los derechos constitucionales que me asisten, a la irrestricta defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 16-II-IV de la CPE, dado, que para gozar de la oportunidad de enervar cargo alguno, en cualesquier Estado de Derecho, previamente debo conocer específicamente de que se me acusa* (…)

B.2.- La existencia de gastos por importes de Bs. 132.862.04.- y Bs. 20.280.36.- en la sub. cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "'partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" respectivamente.

(…)

AGRAVIOS:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Carencia de motivación.

(…) *tratándose de "créditos instrumentados" antes de la tantas veces citada "restricción", no se pudieron cargar a las respectivas operaciones: "AVALÚOS, GASTOS NOTARIALES, Etc.".*

(…) *se dejó a la institución, con créditos aprobados, otorgados y contratados, que en muchos casos implicaba ya, hasta traslación de propiedad y constitución de hipotecas, empero, sin que se hubieren efectuado los desembolsos.*

(…) *imputamos a ésta infracción en particular, falta absoluta motivación (no discriminó partidas, no se exigió respaldos, Etc.), enervándose, por nulidad o por liberación.*

(…)

B.3.- La existencia de desembolsos realizados a la empresa IBERICA Construcciones por un total de $us. 353.685.56.- con destino a la realización de estudios técnico urbanísticos, movimientos de tierras, vías de acceso y servicios en terrenos del ex Fundo Lipari del Departamento de La Paz, de acuerdo a contrato por un monto total de $us.

536.750.-

(…)

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Carencia de motivación.

(…) *la disyuntiva radica en discernir, lo que implica "CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS Y PROYECTOS HABITACIONALES";* (…) *con criterio puramente "SUBJETIVO", decide entender, "que el movimiento de tierras, Etc., EN UN BIEN QUE LA MUTUAL RECIBIÓ EN DONACIÓN", implica CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS Y PROYECTO HABITACIONAL; luego, hasta ingresa en terreno más fangoso* (sic)*, CUANDO SUBJETIVAMNTE* (sic)*, afirma que se TRATARÍA DE ACTIVIDADES ESPECULATIVAS DE COMERCIO (¿?).*

(…) *¿Qué es lo que podía hacer la Mutual donataria, para realizar el bien que le fue donado? ¿Nada? ¿Estaba obligada a venderlo en su totalidad? ¿Podía venderlo por fracciones?*

(…) *las obras efectuadas en los bienes donados, HAN BENEFICIADO A LA MISMA MUTUAL, en cuanto se han introducido en UN BIEN PATRIMONIAL DE LA ENTIDAD;* (…)

B.4.- La realización de pagos a la empresa Omega por un valor de $us. 3.000.- destinado a "Gastos del Proyecto de Vivienda Social", evidenciándose adicionalmente la ausencia de respaldos y/o comprobantes.

(…)

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-I del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Carencia de motivación.

(…) *carece de relación con los fundamentos que permite esgrimir y por ende de absoluta motivación debida, al punto que incluso obvia considerar que la mentada inspección efectuó tareas hasta el 27 de enero de 2007 y no se percató que se trataba de partida cancelada por devolución de fondos,* (…)

B.5.- La realización de inversiones y gastos en bienes de uso a través de la adquisición de seis vehículos por un importe equivalente a $us. 157.795.-, así como la construcción de un segundo piso en la Agencia Montero por un valor de $us. 46.073.-

(…)

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Carencia de motivación.

Debo imputar que esta penalización es infundada, en consideración a los aspectos que me permito invocar a continuación:

a) Autocontradicción.

(…) *la misma resolución sancionatoria, admite que pese a la citada "restricción temporal", la entidad podía y debía efectuar, gastos "necesarios para su funcionamiento"; así textualmente expresa:*

"….sueldos Y OTROS NECESARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ENTIDAD..."

(…) *al momento de instruirse la "restricción temporal" (abril del 2005), se haya restringido a la Mutual, la fuente primaria de su subsistencia: "la colocación de créditos"; desde éste espectro, al no haberse "restringido la recepción de CAPTACIONES", se tiene que mensualmente y durante todo el periodo posterior a tal orden de in statu quo, la entidad ha tenido que soportar "el pago de tasas pasivas", sin contar en contra partida, con la generación de nuevos ingresos por generación de operaciones activas.*

(…), *justifica la decisión de que la entidad adecue* (sic) *su logística, para intentar su inclusión en el PROGRAMA DE VIVIENDA SOLIDARIA (PVS), del Supremo Gobierno, dado que, por sus características, no genera riesgo patrimonial para la misma Mutual.*

Con el sentido expuesto, la entidad asumió la compra de 6 vehículos y la refacción de su edificio en Montero, pretendiendo, que al ingresar en la "…prestación de servicios de colocación y recuperación de cartera PVS, para los subprogramas cuantitativos 02, 03, 04 y Mejoramiento y Ampliación…", sus ingresos por comisiones, se incrementarían considerablemente y luego, podría reflotar el financiamiento de viviendas del proyecto AKUALAND, sin riesgo patrimonial para la entidad, (…)

Al presente, es de conocimiento público que los personeros de Mutual Guapay, han celebrado el contrato pertinente con el FONDESIF, para la activación de los servicios para la cual esta entidad fue CALIFICADA, dentro del proceso público de contratación efectuado (…)

- A que cuenta con vehículos suficientes, para el despacho de brigadas móviles, que le

permitirán llegar a las áreas peri urbanas y provinciales de cada departamento, al sentir que los "proyectos" de satisfacción habitacional en el marco del PVS, no se concentrarán en zonas específicas (…)

- A que las oficinas (Ventanillas de recaudación), en La Paz, Cochabamba; o el edificio en Montero, fueron acondicionados y/o se encuentran en proceso de acondicionamiento, (…).

Desde el terreno "financiero" delimitado, no es viable que el regulador entienda viables los gastos "necesarios para el funcionamiento de la entidad" y al mismo tiempo observe los "gastos destinados al incremento del volumen de servicios", por ende, de insalvable requerimiento de la institución, para garantizar su subsistencia, en momentos en que se le ha "restringido las colocaciones de créditos".

(…) *el regulador, pretende incluir como fundamento* (…) *una "DEBIL GESTIÓN DE RIESGO CREDITICIO"; sin embargo, olvida que esta Mutual, estrictamente se encuentra RESTRINGIDA DE EFECTUAR COLOCACIONES, desde abril de 2005*(…)

b) Carencia de acción u omisión personal y de ponderación.

La resolución sancionatoria (…) *obvia personalizar su atribución; en particular:*

a) Estas adquisiciones, previo proyectos, fueron aprobadas por Directorio y por Asamblea de Socios.

b) La inclusión en el Programa de Vivienda Social y Solidaria, es un hecho, en fe de que los proyectos, propuestas, diligencias y acciones efectuados por la entidad, fueron debidamente efectuados.

(…) *no se señala quien, o porque, menos la acción u omisión personal, por la que penaliza;* (…) *imputamos que la resolución sancionatoria no es fundada y por ende se aleja del proceso debido, dado que no se puede entender por debido proceso, a aquel en que se sanciona, sin especificar cuál es la acción u omisión "específica o personal", por la que se decide así.*

(…) *hasta la pena que me ha sido impuesta, es incongruente, si consideramos el Art. 102 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), en sus partes pertinentes:*

"……Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99º, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, <u>CUANDO LAS INFRACCIONES U OMISIONES BENEFICIEN A LA ENTIDAD FINANCIERA EN CUALESQUIERA FORMA</u>...."

(…) *tanto la adquisición de los 6 vehículos citados, como las refacciones al Edificio de Montero, "…se han efectuado en beneficio de la entidad…", es decir, los motorizados permitirán a la entidad, incrementar su volumen de ingresos por servicios y las refacciones al edificio de Montero, la probabilidad de atención con créditos en el*

marco del PVS, a todo el norte integrado de este departamento; esto, sin perjuicio de que se constituyan en "ACTIVOS DE PROPIEDAD DE LA INSTITUCIÓN".

(…) nada expresa la resolución sancionatoria, sobre los beneficios que pueden brindar a la entidad, los 6 vehículos descritos y la refacción del Edificio de Montero, en instancias en que se ha restringido a la entidad, su fuente primigenia de generación de ingresos "...la colocación de créditos...".

De lo expuesto se tiene, que es la misma resolución sancionatoria, la que se enerva en esta penalización en específico, sin obviar la prueba que me sirvo adjuntar en mi favor.

(…)

C.- Incumplimientos al Art. 74 de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, los que a su vez también importan la inobservancia a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005. Estas infracciones se traducen en las siguientes acciones:

C.1.- La existencia de un contrato con la empresa IBERICA por un valor de $us. 536.750.- (de los cuales se desembolsaron $us. 353.685.56.-) con el objeto de realizar estudios técnico urbanísticos, ejecutar el movimiento de tierras y otros que tienen que ver con el robro de la construcción.

(…)

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

<u>Carencia de motivación.</u>

(…)

a) Que el regulador ha infringido el Art. 74 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, al vulnerar el principio de inocencia, que me asiste, es decir: "me sanciona por esta supuesta infracción (literal C.1.) y por la contenida en el literal B.3 de la resolución, en mérito a su propio criterio subjetivo y sin ninguna valoración de prueba objetiva; (…)

b) Que el regulador ha infringido el Art. 74 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, al vulnerar el principio de tipicidad (no hay pena, sin tipo penal que específicamente haga punible el acto u omisión antijurídica); en particular:

- (…) *¿Qué esperaba el regulador que aquella Mutual efectúe con los terrenos que le fueron donados?, con certeza, que se realicen o se vendan y esto no sería de fácil tramitación, si no se hubieren efectuados las obras asignadas a la empresa IBÉRICA.*

- La premisa que antecede, debe contrastarse más aún, en instancias en que la Mutual, ya ha celebrado contrato con el FONDESIF, en el marco del Programa de Vivienda Solidaria, lo que le permitirá enajenar a título oneroso, los terrenos que ha recibido en donación, sin ingresar en ningún riesgo patrimonial, (…)

C.2.- El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", por un importe de Bs. 295.353.- cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

(…)

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Carencia de motivación.

(…) *las entidades calificadas y habilitadas (LA MUTUAL ENTRE ELLAS), prestan el servicio de colocación y recuperación de cartera, SIN INCURRIR EN RIESGO PATRIMONIAL ALGUNO, dado que: los créditos son aprobados por el Comité de Administración del Programa; se otorgan por el FONDESIF, en cuyo beneficio se instrumentan las garantías (hipotecarias, personales, Etc.);* (…) *la entidad solo se constituye en preparador de la carpeta del solicitante y luego el recaudador de sus amortizaciones, en estricta prestación de un servicio no financiero, por el que recibirá en contraprestación una comisión.*

Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos (dado que para aquellos la entidad es el filtro de los proyectos que presentaran los solicitantes de créditos), en pos de que, suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS (como se suscita al presente), se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa, (…)

C.3.- La existencia de pagos a la empresa Omega por total equivalente a $us. 3.000.- en cuya glosa se especifica que ese gasto se encuentra destinado al "Proyecto de Vivienda Social".

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Carencia de motivación.

(…) *el andamiaje* (sic) *sobre el cual se penalizó aquella acción, se decanta* (sic) *y ante aquello, no es tal, en tanto y en cuanto, no puede existir sanción, sin acción u omisión punible; expuesto en otro modo: "…sí lo que se acusaba era que el gasto estaba*

destinado a efectuar operaciones no permitidas a la entidad…", ante la devolución de su importe, "…con antelación al haberse notificado el cargo…", se colige que el supuesto destino del gasto, no se materializó y entonces la presunta actividad no permitida, tampoco; (…)

C.4.- La existencia de desembolsos por un total equivalente a $us. 18.248.- destinados a la conclusión de la construcción de dos viviendas del Proyecto Akualand - Guapay, las mismas que fueron recibidas por la entidad en dación en pago.

(…)

AGRAVIO

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Interpretación indebida del ius puniendi.

La administración pública, (…) *debe ingresar a efectuar "interpretación teleológica o finalista", para así efectuar una valorización ajustada a nuestra economía constitucional y a la relación estado – ciudadano, en un régimen de derecho.*

(…) *en parte alguna "prohíbe específicamente la conclusión o refacción de bienes adjudicados en recuperación de cartera", que por su parte, el mismo Art. 57 de aquella regulación, hasta dispone previsiones en los casos en que las respectivas ventas no se produzcan en un determinado lapso de tiempo.*

(…) *se debe sobrentender entretando* (sic) *de actividades "continuadas o continuas en este rubro", no ligadas a la recuperación de cartera, en la que precisamente, por estricto imperio del Art. 57 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), el legislador interesó* (sic) *en que se acelere la monetización de los bienes que tienen esta condición,* (…)

(…) *estas operaciones no sólo importarán la monetización del bien reportado en recuperación de cartera, sino la recuperación del monto erogado para su conclusión.*

En suma, acuso que la falta de interpretación teleológica o finalista del ius puniendo (sic) *del regulado, confrontando -riesgo/beneficio-, torna la sanción en inadecuada* (…)

D.- Incumplimiento a las obligaciones que corresponden a las instancias administrativas de Mutual Guapay en el marco de las obligaciones señaladas en el primer párrafo del Art. 28 de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del Art. 69 de la misma Ley, al haberse detectado:

D.1.- El incumplimiento a sus obligaciones de establecer y aprobar políticas, planes y

procedimientos para la administración y gestión de la Mutual Guapay en el marco de las disposiciones contenidas en la Ley No. 1488 y la Normativa Regulatoria emitida por este Órgano de Fiscalización, omisión traducida en la ausencia de políticas para el cumplimiento de las restricciones impuestas por este órgano de fiscalización, las debilidades persistentes en la gestión de su riesgo crediticio, así como las deficiencias en el procesamiento de información veraz, consistente y oportuna.

(…)

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Carencia de motivación.

(…) *importa que la resolución en cuestión, no es ni fundada, ni objetiva, dado que se ha limitado a ejercer el ius puniendi "subjetivo", sin lugar a valorar los elementos que pudo haber valorado en mi favor.*

(…)

D.2.- La ausencia de medidas en la recuperación de cuentas por cobrar por la existencia de importes indebidamente pagados por cuenta de la empresa Da Vivienda por un total de $us. 15.000.-, sin ninguna medida de recuperación desde el 13 de febrero del año 2004.

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Interpretación indebida del ius puniendi.

(…) *no es correcto criticar "AUSENCIA" de medidas de recuperación (porque conforme se acredita las hubo); ahora aspecto diferente hubiera importado exigir que la entidad, ocurra a procedimiento divergente de cobranza, lo cual, hubiere reportado probables contingencias y por supuesto, esto no hubiera reputado en beneficio de la entidad.*

(…)

D.3.- La ausencia de documentación y antecedentes del producto final que justifique y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda", por un importe de Bs. 132.862.04, y partidas pendientes (sic) *varios proyectos por avalúos y otros" por un importe de Bs. 20.280.36.-*

(…) *"reiterar", que no es correcto, ni debido, el punir "por actividad", que justamente se centró "…en créditos debidamente instrumentados, que quedaron pendientes de desembolso, al momento de emitirse la mentada "restricción temporal".*

(…)

D.4.- La existencia de gastos de viáticos, pasajes y hospedajes por un importe de $us. 23.000.- autorizados por el Presidente del Directorio y ejecutivos de la entidad, sin sustento documental y al margen de las competencias asignadas al Directorio de la entidad.

(…)

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Interpretación indebida del ius puniendi.

(…) *entiendo que gran parte de los requerimientos patrimoniales de la entidad, deberían haberse subsanado con la satisfacción de los compromisos contractualmente asumidos por aquellos inversionistas;* (…) *correspondía diligenciarse por la administración de la entidad, es decir, conocer a ciencia cierta, de las condiciones patrimoniales que retrasaron el proceso de capitalización.*

(…) *el regulador al sancionar por este particular motivo, no ha ingresado en el discernimiento de la relación costo - beneficio del gasto y hasta ha obviado que, conforme a senda correspondencia que le fue remitida, es aquel señor, el que diligenció el mentado crédito subordinado de capitalización por la suma de $us. 1 Millón, que benefició patrimonialmente a la institución.*

(…)

D.5.- La existencia de contrataciones y la realización de gastos sobre la base de autorizaciones contenidas en las Actas de Directorio de fechas 30.05.06 y 06.11.06 en las que no se consideraron dichos temas de acuerdo a lo descrito en los puntos 3.4 y 3.20 del informe de inspección.

(…)

AGRAVIO:

Infracción al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado).

Interpretación indebida del ius puniendi.

(…) *el error acusado, de modo alguno puede dar lugar a pena de la gravedad de las que se ha otorgado, en tanto y en cuanto, de modo alguno se trata de gastos que no se hubieren diligenciado en beneficio de la entidad; en la especie, el regulador no ha dado lugar a efectuar valorizaciones, dado, que en ejercicio de su triple papel: acusador, juez y legislador, se ha bastado en su "criterio subjetivo* (…)

II.- AGRAVIOS GENERALES.

II.1.- Violación del principio de responsabilidad o culpabilidad personalísima.

En todo proceso sancionador, en el que se propalen sanciones personales, es deber del que funja de juzgador, expresar los fundamentos de hecho y derecho, por cada uno de los participes, en particular:

1.- Entratandose (sic) *de órganos colegiados (Directorio), si bien la responsabilidad puede tornarse solidaria, salvándose las manifestaciones disidentes, no es menos cierto, que la valoración debe ponderarse en razón a la actuación de cada uno de los participes; en la especie, no corre valorización individual de las acciones u omisiones, que se penalizan.*

2.- Del mismo modo observamos, que no se ha efectuado ponderación individual con relación a los ejecutivos sancionados, en tanto y cuanto, específicamente no se expresa cual es la acción u omisión "personal" por la que se le condena; en estricto, resulta que personeros como los Gerentes de Operaciones y Finanzas, de Crédito, de Recaudaciones, el de la regional Cochabamba, Etc., resultan sancionados, en verbi gracia (textualmente en la resolución), POR:

> *"el incumplimiento a la implantación de medidas para la regularización de las causas que dieron origen a la emisión de la Resolución SB/113/2004, recae íntegramente en el Directorio...."*.
>
> *(Literal "A" de la resolución atacada)*

Del párrafo extraído, sale que el mismo regulador asigna "responsabilidad" al órgano Directivo, sin embargo, "también sanciona por aquella causa a los ejecutivos".

Luego, se informan parafraseados, como:

> *"….constituye responsabilidad íntegra del Directorio y del Gerente General de la entidad, así como de aquellos funcionarios ejecutivos que omitieron el cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolsos y gastos, señores Shirley Garrón Arias, Alberto Bacherer Soliz, Roberto Rivera*

Fernández, Julio Marín Durán y Yuri Rodríguez Urquidi....".

Obsérvese que de ningún modo, se endilga acción u omisión "personal" punible y por el contrario, se instituye una maremagna (sic) *conjunción, cual se tratase de órgano colegiado, si discernir cuales son las funciones que competían a uno u otro, o cuáles son las que se incumplieron, o en qué forma se incumplieron, y todo ello, en completa abstracción de la delimitada competencia de cada uno de los personeros, que por sus mismas áreas encargadas, son totalmente diferentes.*

Con relación a los Fiscalizadores Internos y la Auditoría Interna, se expresa:

> *" .... responsabilidades y obligaciones de las instancias que ejercitan dentro la entidad las funciones de control y fiscalización señalándoles deberes tales como el de advertir sobre el incumplimiento de las normas y las disposiciones legales por parte de directores y administradores con comunicación a esta Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, obligaciones que en el presente caso han sido incumplidas por parta* (sic) *de la encargada del Departamento de Auditoría Interna y por los Fiscalizadores Internos de Mutual Guapay, quienes no aportan en la correspondencia remitida a este órgano de supervisión, justificativos o descargos con elementos que enerven 0 desvirtúen los cargos notificados, siendo el tenor de sus argumentos incompatibles con la naturaleza de sus funciones…"*

Obsérvese que en las mismas circunstancias, se sitúa a los Fiscalizadores y a la Auditora Interna, sin embargo, a los primeros se multa, en tanto a la segunda, "se la suspende" por años de sus funciones y sin efectuar ninguna ponderación, en completa vulneración del principio de igualdad de trato (Art. 6 de la CPE), en tanto y en cuanto, ciudadanos en condiciones similares, deben merecer igual o similar trato de la administración pública y en la especie, no es lo que se ha suscitado.

El agravio descrito, importa una grave infracción al Art. 78 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y al Art. 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado), con arreglo a los Arts. 6, 7-a, 16-I1-IV de la CPE, dado que aquello demuestra que la resolución sancionatoria "no es debidamente fundada" y en ese sentido, "torna (sic) *el proceso sancionatoria en indebido" y vicia de nulidad absoluta el procedimiento.*

II.2.- Violación de los principios que hacen al proceso sancionador.

Conforme con los Arts. 71, 72, 73, 74 y siguientes, rigen en el procedimiento sancionador, los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia y responsabilidad; en la especie:

a) No se ha respetado los principios de legalidad y tipicidad, al momento en que se ha efectuado apreciaciones "subjetivas" de infracciones, que específicamente "no se encuentran tipificadas como tal".

b) No se ha respetado los principios de presunción de inocencia y responsabilidad, desde que no se pune acciones u omisiones "personales", como que se invierte la carga de la prueba, obviando el regulador, su condición de "acusador", con el deber de sustentar "objetivamente", no sólo se posición imputadora, sino aquella que beneficie al encausado, que en la especie, ha sido completamente inexistente.

Los vicios denunciados, de los que adolece la resolución sancionatoria en cuestión, la anulan y restringen sus efectos, en tanto y cuanto, sale del marco que hace al proceso debido.

PETITORIO

Bajo el amparo de los fundamentos antes expuestos y de acuerdo a las previsiones de los Arts. 19, 20, 36, 37, 38, 46, 47 y 48 del reglamento de formas del SIREFI, aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo, formalizo RECURSO DE REVOCATORIA, contra vuestro acto administrativo signado como RESOLUCIÓN SB No. 017/2007 de 30 de marzo de 2007, notificada al 2 de abril del año corriente y en consecuencia pido a vuestra autoridad:

1.- Admita a trámite este recurso de revocatoria;

2.- Conforme al Art. 4I-II del reglamento de formas del SIREFI, aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, ante la existencia de tercero interesado en las resultas de este recurso de revocatoria, se otorgue traslado y derecho a opinión a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", en la persona de su Presidente del Directorio, Lic. Javier Wilfredo Clementelli Arza.

3.- Absuelto el traslado a otorgarse indefectiblemente a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay o vencido su plazo para formularlo, se abra periodo de pruebas, en el que protestamos presentar diferentes evidencias materiales, que las citadas en cuerpo principal.

4.- Vencido el término probatorio, se sirva pasar la causa, más las pruebas producidas, a conocimiento de las partes interesadas, para la presentación de alegatos y en su consecuencia, SE SERVIRÁ:

> *4.1.- Revocar totalmente vuestra decisión recurrida y liberarme de toda sanción;*
>
> *4.2.- Alternativamente, anular el procedimiento hasta el vicio más antiguo denunciado…"*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 260/2011 DE FECHA 4 DE MARZO DE 2011.

Mediante Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de fecha 4 de marzo de 2011 emitida

por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y en Recurso de Revocatoria interpuesto por los señores Alberto Eugenio Bacherer Soliz, **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** y Julio Marín Duran (dice: "*bajo fundamentos que se repiten en forma idéntica en los recursos presentados por las personas señaladas*"), se confirma totalmente la Resolución Administrativa SB No. 017/2007 de 30 de marzo de 2007 emitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

(…)

Que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en uso de las atribuciones conferidas por la Ley de Bancos y Entidades Financieras (LBEF) emitió la Resolución SB/017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007, a través de la cual sanciona a Directores, Ejecutivos y funcionarios de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay por acciones y omisiones cometidas en el ejercicio de sus funciones que derivaron en infracciones a la Ley de Bancos y Entidades Financieras así como a la normativa regulatoria emitida por esta Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la que fue notificada a los sancionados en fecha 2 de abril de 2007, conforme consta en la diligencias de notificación.

Que los señores Alberto Eugenio Bacherer Soliz, Ronald Yuri Rodriguez y Julio Marín Duran, ex Gerentes de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, mediante memoriales de fecha 24 de abril de 2007, interponen recurso de revocatoria solicitando la revocatoria de la decisión recurrida y la liberación de toda sanción, o alternativamente anular el procedimiento hasta el vicio mas (sic) *antiguo denunciado, bajo fundamentos que se repiten en forma idéntica en los recursos presentados por las personas señaladas y que se resumen a continuación:*

a) Las sanciones impuestas no se encontrarían debidamente fundamentadas y/o motivadas.
b) En todo el proceso sancionador no se habrían expresado fundamentos de hecho y de derecho para cada uno de los partícipes en los hechos punidos.
c) No se habría realizado una valoración individual de las acciones u omisiones que se penalizan.
d) No se habría realizado una ponderación individual respecto a los ejecutivos sancionados al no precisarse la acción u omisión personal por la que condena
e) Se habría vulnerado el principio de igualdad en razón a que se sanciona con penas distintas a la Auditora Interna y a los Fiscalizadores internos agravando la situación de estos últimos.
f) La resolución recurrida habría hecho apreciaciones "subjetivas" de infracciones que específicamente no se encuentren tipificadas como tal en el art. 74 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.
g) No se habrían respetado los principios de "presunción de inocencia" y

"responsabilidad", desde el momento en que no se penalizan acciones u omisiones personales, invirtiéndose la carga de la prueba, sin considerar el papel de "acusador" del Órgano de Fiscalización.

Que, en ese contexto corresponde confrontar los cargos de la Resolución Sancionatoria SB No. 017/2007 de 30 de marzo de 2007, con los fundamentos y agravios que exponen los recurrentes en sus idénticos recursos de revocatoria.

Cargo A: Incumplimiento del art. 60 del Titulo XIII, Capitulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por no haber regularizado los incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB. No. 113/2004 de 12 de noviembre de 2004.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

Las omisiones o infracciones a la Ley, normativa regulatoria o reglamentaria cometida por cualquier Director, tiene carácter solidario para todos los miembros que componen el cuerpo colegiado, salvo que las divergencias, posiciones o desacuerdos se hayan hecho constar expresamente, en consecuencia, la falta de motivación y fundamentación individual que acusan los recurrentes, no considera la solidaridad de la responsabilidad de cada uno de los miembros del Directorio de la Mutual; consiguientemente la sola omisión de adoptar medidas efectivas tendientes a revertir las infracciones que originaron la Resolución No. (sic) *SB No. 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, refleja el incumplimiento por parte del Directorio en su integridad, salvo los casos de desacuerdo cuya manifestación haya sido expresada en las respectivas actas.*

La desproporcionalidad en las sanciones argumentada por los recurrentes no considera lo previsto en el Art. 322 del Código de Comercio cuya parte pertinente explicita que los Directores son responsables solidarios con los que les antecedieron por las irregularidades en las que hubieran incurrido, si conociéndolas no las remediaran, en ese sentido se explica la causa por la cual la sanción se agrava para aquellos que conociendo infracciones cometidas por anteriores gestiones no las remediaron y/o regularizaron, interpretando este hecho como una falta recurrente punible con mayor severidad.

En relación a los demás argumentos expuestos por los recurrentes, estos no son atinentes al recurso presentado ya que no reflejan acciones efectivas tendientes a regularizar el hecho generador al cargo notificado.

La valoración de los emprendimientos que los recurrentes observan como una omisión en la resolución sancionatoria, no es aceptable en virtud a que dichas medidas formaron parte del Plan de Capitalización de la Mutual Guapay dentro de su Plan de Fortalecimiento Patrimonial (PROFOP), sujeto al cumplimiento de plazos y multas;

consiguientemente, estas acciones no constituyen logros eximentes de responsabilidad, por cuanto no estuvieron específicamente dirigidas a regularizar las infracciones contenidas en la resolución sancionatoria antes citada.

En cuanto al cumplimiento de los compromisos asumidos por las empresas constructoras en el sentido de realizar pagos adelantados a capital, el recurrente no aclara que tales acuerdos no fueron cumplidos y menos se exigió su cumplimiento, por el contrario, se deterioró la situación financiera de la entidad cuando al recibir terrenos y viviendas en calidad de dación en pago se reflejó la fragibilidad (sic) *financiera de las empresas constructoras al entregar bienes en pago de obligaciones en lugar de efectuar el pago con el flujo de su actividad, lo que demuestra deficiencias en la evaluación de su capacidad de pago.*

Cargo B: Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este órgano de Supervisión mediante carta SB/ISRII/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos.

B.1 La omisión de depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia el total de las recuperaciones de cartera de créditos mas el incremento de las captaciones del público que entre el 2 y 18 de enero totalizaban $us. 434,719, de acuerdo al punto 1.3 del Informe de Inspección.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

Los argumentos expuestos por los recurrentes no consideran que el Órgano de Supervisión cuantificó inicialmente montos globales para identificar la omisión de la obligación de depositar al Banco Central de Bolivia la totalidad de los fondos provenientes de nuevas captaciones y recuperaciones de créditos, ocasionada por la falta o ausencia en la Mutual Guapay del Presupuesto aprobado para la gestión 2007, situación que impidió segregar los gastos necesarios para el funcionamiento de la enitdad (sic). *No obstante al momento de evaluar los descargos presentados por la entidad, se consideró y reconoció la existencia de estos gastos, habiendo sido en consecuencia valorados al momento de la emisión de la Resolución SB No. 017/2007 de 20 de marzo de 2007.*

No es pertinente la argumentación referida al supuesto cumplimiento de las restricciones impuestas por esta Superintendencia mediante inversiones en Letras y Bonos del TGN que al 31 de diciembre de 2005 sumaron $us. 3'560,624.-, porque la sanción aplicada por la omisión de depósitos en el Banco Central de Bolivia no hizo referencia a las mencionadas inversiones, sino fue específico al señalar el

incumplimiento producido entre el 2 y 18 de enero de 2007 que mostró la omisión de depósito en un total de $us. 434,719.-.

Respecto a la argumentación de supuesta indefensión y violación del debido proceso, es válido el análisis efectuado en el primer párrafo anterior, con el agregado de que la entidad, a través de los reportes bisemanales de liquidez remitidos a este órgano de supervisión, conocía en detalle las captaciones y recuperaciones de esa Mutual, sin embargo, el detalle de gastos administrativos y operativos eran desconocidos por cuanto la entidad no había aprobado ni entregado, a requerimiento de esta Superintendencia, su presupuesto para la gestión 2007.

B.2 La existencia de gastos de importes de Bs. 132,862.04.- y Bs. 20,280.36 en la subcuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

Las partidas observadas por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras que motivaron la notificación de cargos y consecuente Resolución sancionatoria corresponden a las gestiones 2005 y 2006 y no a gestiones anteriores a la vigencia de la restricción instruida por la Superintendencia; consiguientemente el argumento expuesto no sustenta la revisión del incumplimiento sancionado, más aún si se considera que durante la inspección efectuada en la entidad se requirió la documentación respaldatoria de las papeletas contables, verificándose que las partidas pendientes de cobro no se encontraban respaldadas con documentación que haya hecho exigible su pago y tampoco documentación referida a la recuperación de dichos importes.

En relación a la inexistencia de motivación por falta de discriminación entre las operaciones instrumentadas antes y después de la restricción, no corresponde su consideración por cuanto el cargo notificado no se sustentó en las partidas contables correspondientes a gestiones anteriores a al (sic) *restricción, en consecuencia la Resolución recurrida únicamente tomo en cuenta la consideración de las partidas contables observadas correspondientes a las gestiones 2005 y 2006.*

Finalmente, resulta innecesario a los fines de este recurso, la consideración de la supuesta contradicción emergente de la frágil situación financiera de la entidad y la existencia de gastos administrativos no observados en anteriores gestiones, por no constituir fundamento de los cargos notificados y la resolución sancionatoria.

B.3 La existencia de desembolsos realizados por la empresa IBERICA Construcciones por un total de $us. 353,865.56.- con destino a la realización de estudios técnicos urbanísticos, movimientos de tierras, vías de acceso y servicios en terrenos del ex Fundo Lipari del departamento de La Paz, de acuerdo a contrato por un monto total de $us. 536,750.-

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

La Resolución SB No. 013/96 dispone, en aplicación a los artículos 74 y 77 del texto original de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y artículo 74 del actual texto legal, la prohibición de realizar actividades de construcción de viviendas y proyectos habitacionales, por considerarlas contrapuestas al objeto social de entidades de intermediación financiera, prohibición que por su carácter enunciativo y no limitativo, alcanza no solamente a la construcción de viviendas y a la intervención en la construcción de proyectos habitacionales, sino que, desprendiéndose de la lectura de su parte considerativa, la naturaleza y el fin de dicha prohibición tiene que ver con la incompatibilidad de la actividad de intermediación financiera con los rubros de construcción y comercialización de bienes raíces, siendo estos términos comprensivos de cualquier otra actividad ajena a la intermediación financiera, que extralimitando el concepto de simples actos de conservación y adecuación de bienes, ingresen al desarrollo de obras civiles que, como en el presente caso estuvieron dirigidos a realizar movimiento de tierras, construcción de vías de acceso y otros que por su envergadura, no pueden ser considerados como simples medidas de adecuación de bienes para su realización.

En cuanto a la existencia de consideraciones subjetivas en la Resolución recurrida que atentarían contra las disposiciones que cita el recurrente, se reiteran los criterios antes citados, en sentido que, el Órgano de Fiscalización en atención a los fines y a la naturaleza en la Resolución SB No. 013/96 no pueden restringir su aplicación, por cuestiones semánticas, sólo a aquellos casos que comprenden construcción de viviendas o participación en proyectos habitacionales, cuando existen actividades en obras civiles ajenas a las actividades propias de la entidad que no pueden ser calificadas como medidas de adecuación de bienes, más aún cuando para realizar estas obras civiles se utilizan dineros del público con el potencial riesgo de inversión en activos fijos y no en activos financieros crediticios.

Respecto al informe de la Sociedad de Ingenieros, ratificamos los argumentos expuestos líneas arriba en el sentido del carácter enunciativo y no limitativo de la prohibición contenida en la Resolución SB No. 013/96.

B.4 La realización de pagos a la empresa Omega por un valor de $us.3,000.- - destinado a "Gastos del Proyecto de Vivienda Social", evidenciándose adicionalmente la ausencia de respaldos y/o comprobantes.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

Las verificaciones realizadas durante los procesos de supervisión se sustentan en la materialidad de las operaciones, en el presente caso, la inspección practicada en la Mutual Gupay (sic) *verificó que el asiento contable no estaba documentado, observación que fue comunicada oportunamente al área contable, instancia que no presentó descargo alguno.*

Si bien es cierto que en el seguimiento realizado al 31 de marzo de 2007 se verificó

que la partida había sido regularizada, empero este hecho posterior no libera de responsabilidad a los infractores por cuanto el cargo notificado tenía que ver con la realización de gastos, estando vigente una restricción de disposición de fondos, en otros rubros que no sean depósitos en el Banco Central de Bolivia o inversiones en valores emitidos por el Estado Boliviano consiguientemente el argumento expuesto por los recurrentes no desvirtúan (sic) *los cargos notificados.*

B.5 La realización de inversiones y gastos en bienes de uso a través de la adquisición de seis vehículos por un Importe equivalente a $us.157,795.-, así como la construcción de un segundo piso en la Agencia Montero por un valor de $us.46,073.-

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

Las restricciones impuestas a la entidad mediante carta SB/ISRII/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005 obedecieron a la aplicación de criterios de prudencia, por cuanto las acciones y omisiones incurridas por los administradores que dieron lugar a la emisión de la Resolución SB No. 113/2004 de fecha 12 de noviembre de 2004, determinaciones que también fueron incumplidas por la nueva administración de la Mutual, colocando en grave riesgo los depósitos del público.

En el marco anterior, resulta incomprensible que los recurrentes pretendan justificar la generación de ingresos no financieros con la realización de gastos utilizando depósitos del público, lo que demuestra que la administración de la Mutual Guapay decidió asumir mayores riesgos para generar ingresos no financieros eludiendo el incumplimiento de instrucciones emanadas de este órgano supervisor que, lógicamente derivó en un nuevo proceso sancionatorio.

Respecto a la falta de especificidad y personalización de las acciones u omisiones atribuidas, en la página No. 8 de la Resolución SB. No. 017/2007 de 30 de marzo de 2007 se especifica que las infracciones consignadas en dicho (sic) *literal son plenamente atribuibles a los miembros del Directorio encargado de velar por el cumplimiento de las restricciones comunicadas por este órgano de supervisión, como por el Gerente General y Gerente de Operaciones y Finanzas; consiguientemente, siendo la responsabilidad solidaria, el cumplimiento de las instrucciones de la Autoridad administrativa es atribuible a todo el Directorio.*

Finalmente, y en relación a la supuesta incongruencia de la sanción aplicada, es pertinente aclarar que la sanción impuesta a los recurrentes, de inhabilitación y/o suspensión de sus funciones, según corresponda, e inclusive las sanciones con multas pecuniarias, conforme el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, no son excluyentes, por cuanto el Órgano Supervisor puede aplicar multas a empleados y directivos de las entidades financieras, independientemente de la consideración del beneficio o no, para la entidad financiera, que hubiera producido la infracción.

C.- Incumplimiento al artículo 74 de la Ley No. 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto ordenado), los que a su vez importan inobservancia a las restricciones impuestas por el Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535 de 18 de abril de 2005.

C.1.- Existencia de contrato con la empresa Ibérica por un valor de $us. 536,750.- de los cuales se desembolsaron $us.353,685.56.- con el objeto de realizar estudios técnicos urbanísticos, ejecutar el movimiento de tierras y otros que tienen que ver con el rubro de la construcción.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

Las justificaciones argumentadas por los recurrentes no expresan ningún argumento que sea nuevo o que enerven la observación, y solamente se limitan a repetir los mismos argumentos ofrecidos en la etapa de descargo previa a la Resolución Sancionatoria, que no justifican la falta de acatamiento de restricciones impuestas, y por el contrario haber incurrido en cuantiosos gastos para desarrollar un proyecto urbanístico, contratando los servicios de obras civiles destinadas a abrir carreteras y preparar terrenos para su loteamiento.

C2.- El registro de pagos contabilizados como Proyecto de Vivienda Social por un importe de Bs. 295,353.- cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados

La justificación de gastos en la citada partida con el objeto de preparar carpeta de crédito, demuestra que esta actividad se efectuó antes de la suscripción del contrato con el FONDESIF para el Plan de Vivienda Social. Al efecto, corresponde reiterar que la Mutual Guapay se encontraba sujeta a restricciones que no le permitían la colocación de créditos.

Finalmente, de la evaluación de los justificativos que sustentarían los recursos no se ha encontrado ninguna figura eximente de responsabilidad. La posterior firma del contrato con el FONDESIF no constituye justificación para la infracción cometida.

C3.- La existencia de pagos a la empresa Omega por total equivalente a $us.3000.- en cuya glosa se especifica que ese gasto se encuentra destinado al Proyecto de Vivienda Social.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

Para la evaluación del descargo se ha cotejado con la documentación contable pertinente, la que no fue presentada en oportunidad del descargo y que al presente indica haber sido corregida, habiéndose establecido que el error no es solamente contable, sino que el objeto de la operación se desprendía de acciones restringidas con anterioridad.

Por otra parte, el asiento contable fue observado al haber sido registrado en fecha

diferente de que manifiesta el Estado Contable, habiéndose evidenciado que el registro contable corresponde al 16 de noviembre de 2006, sin embargo figura como realizado el 29 de diciembre de 2006, también cabe destacar que se indica en la glosa "Previsión por falta de documento legal que justifique el desembolso y su recuperación por la entrega a la empresa Omega, para gastos Proyectos de Vivienda Social".

C4.- La existencia de desembolsos por un total equivalente a $us. 18,248.- - destinados a la conclusión de la construcción de dos viviendas del Proyecto Akualand - Guapay, las mismas que fueron recibidas por la entidad en adción* (sic) *de pago.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

De la evaluación de lo manifestado se puede advertir que la interpretación realizada con relación a la reparación y conclusión de las viviendas son aspectos que pretenden confundir el descargo, siendo que en el contrato para estas obras, expresamente se ha manifestado como objeto contractual la conclusión de obras de dos viviendas del proyecto Akualand – Guapay.

Cabe destacar que esta acción es completamente contraria a lo dispuesto en la carta de restricción de operaciones de esa naturaleza, incurriendo en actividades ajenas a la intermediación financiera, por lo que no se encuentra ningún argumento diferente al expresado en oportunidad al descargo, siendo repetitivos por lo tanto sin posibilidad de evaluación como descargo.

D. Incumplimiento a las obligaciones que corresponden a las instancias administrativas de Mutual Guapay en el marco de las obligaciones señaladas en el primer parágrafo del artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del artículo 60 de la misma Ley, al haberse detectado:

D1.- Incumplimiento de obligación de establecer y aprobar políticas, planes y procedimientos para la administración y gestión de la Mutual Guapay, en el marco de la Ley 1488, omisión traducida en ausencia de políticas para el cumplimiento de las restricciones impuestas por el órgano de fiscalización, las debilidades persistentes en la gestión de su riesgo crediticio, así como las deficiencias en el procesamiento de información veraz, consistente y oportuna.

(…)

Análisis y consideración de los agravios expresados.

Las cartas a las que hace mención el recurrente no hacen referencia a medidas adoptadas para el cumplimiento de la restricción impuesta por este órgano de supervisión refiriéndose a las medidas adoptadas por la entidad para regularizar las observaciones emergentes de las visitas de inspección, incluyendo cartas en las cuales la entidad solicita dejar sin efecto la restricción, y en otro casos, referidas a los

compromisos de obtener un crédito subordinado de capitalización; de obtener el prepago de los créditos otorgados a las constructoras en exceso al límite legal; y el compromiso de capitalizar la Mutual, los que en su mayoría fueron incumplidos. Empero toda esta correspondencia en modo alguno refleja el cumplimiento de la obligación del Directorio de la entidad de establecer y aprobar políticas que permitan el cumplimiento de las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión.

En lo relacionado a las deficiencias en el procesamiento de información veraz, consistente y oportuna queda por demás demostrado a lo largo de la lectura de la Resolución SB No. 017/2007 de 30 de marzo de 2007 que el Directorio y los Ejecutivos de la entidad incluyendo las instancias de control y fiscalización interna, no velaron porque este principio se cumpla, al advertirse la existencia de gasto sin respaldo documental. La referencia de autorizaciones contenidas en Actas de Directorio, cuyo texto no consigna el tratamiento de tales autorizaciones, ausencia de documentos y antecedentes que justifiquen desembolsos, etc., constituyen elementos para concluir que las acciones observadas fueron responsabilidad de todos y cada uno de los miembros del Directorio, Ejecutivos e instancias de fiscalización interna de la Mutual, no siendo en consecuencia atendible el razonamiento expuesto por los recurrentes en el sentido de no haberse imputado individualmente las deficiencias en el procesamiento de información veraz, consistente y oportuna, toda vez que en todos aquellos en los cuales se advirtió estas deficiencias se identificaron a los responsables del manejo de esta información, independientemente de que su veracidad, integridad y consistencia sea responsabilidad genérica.

El argumento expuesto en el literal b., respecto a que no debería observarse una débil gestión crediticia en atención a la vigencia de las restricciones impuestas por esta Autoridad para la colocación de nuevos créditos, no cuida el análisis de que la gestión crediticia no importa solamente velar por las nuevas operaciones que se generen, sino también velar porque la cartera de créditos de la entidad, vigente antes de la restricción, sea gestionada correctamente y de acuerdo a sanas prácticas de riesgo crediticio, situación que no aconteció en el presente caso y que se refleja en el debilitamiento de la capacidad de pago de las empresas constructoras que obedecen a la falta de seguimiento y control de las instancias de gestión de riesgo crediticio de la entidad.

D.2 La ausencia de medidas en la recuperación de cuentas por cobrar por la existencia de importes indebidamente pagados por cuenta de la empresa Da Vivienda por un total de $us.15,000.- sin ninguna medida de recuperación desde el 13 de febrero del año 2004.

(…)

Análisis de la expresión de agravios.

La sanción impuesta con relación a este incumplimiento no colocaba en entredicho ni se fundaba en el derecho contractual de la empresa Da Vivienda para percibir los montos desembolsados en su favor, sino en la falta de documentación que haga exigible, respalde o bien justifique su desembolso, respaldos que no fueron presentados oportunamente a la Comisión de Inspección, siendo extemporánea la presentación de documentación (contrato y adenda), adjunta al recurso, con

posterioridad a dicha observación. Asimismo, el argumento en el sentido de que si efectuó medidas de recuperación, tampoco es atendible porque contradice al primero en el cual justifique el pago.

D.3 La ausencia de documentación y antecedentes del producto final que justifiquen y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" por un importe de Bs. 132,862.04.- y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otras" por un importe de Bs. 20,280.36.-

(…)

Análisis de la expresión de agravios.

Las prácticas prudentes de administración así como su cumplimiento, no deben ser ejercitadas bajo un criterio donde "el fin justifique los medios", sino por el contrario deben ajustarse tanto a la normativa interna como externa contenida en Leyes, Decretos, Resoluciones, disposiciones emanadas de este Órgano de Fiscalización y normativa interna de la misma Mutual. En ese sentido, la operativa, empleada por los administradores de la entidad, debió ajustarse a esos criterios, y considerar ante todo que la Mutual se encontraba sujeta, precisamente por su situación financiera, a un régimen de austeridad administrativa, en la que debieron medirse los gastos operativos y de administración enmarcándose cualquier tipo de gastos dentro las formalidades impuestas por las normas de contabilidad, debiendo considerar, adicionalmente, las restricciones que pesaban sobre la entidad en relación a la disposición de sus captaciones.

En relación a la supuesta aprobación de dichos gastos por la "Asamblea de Socios" de la Mutual, revisadas las actas adjuntas al Recurso, se establece que no existe ninguna aprobación expresa de gastos a favor del Sr. Isaac Neufeld, ratificándose en consecuencia que, ni la Asamblea de Asociados, ni el Directorio de la entidad aprobaron estos gastos, denotando estas omisiones la ausencia de un manejo prudente apegado a sanas prácticas de administración que se exige a los administradores de entidades financieras.

D.5 La existencia de contrataciones y la realización de gastos sobre la base de autorizaciones contenidas en las Actas de Directorio de fechas 30 de mayo de 2006 y 06 de noviembre de 2006, en las que no se consideraron dichos temas de acuerdo a lo descrito en los puntos 3.4 y 3.20 del Informe de Inspección.

(…)

Análisis de la expresión de agravios.

La Resolución SB. 017/2007 de 30 de marzo de 2007, sanciona la existencia de gastos y contrataciones cuyas autorizaciones se encontraban supuestamente contenidas en las Actas de Directorio de 30 de mayo de 2006 y 06 de noviembre de 2006, en las cuales luego de una revisión se evidenció que dichos temas no formaron parte del orden del día.

Por otra parte, los recurrentes no presentan argumento ni documentación alguna que

acredite el tratamiento y consiguiente autorización en el Acta de Directorio de 30 de mayo de 2006 de los gastos emergentes de la contratación del Arquitecto Rubén Dario Gutiérrez R. para la realización de avalúos de 422 viviendas 646 lotes de terreno.

En relación al fundamento expuesto para justificar la realización de los avalúos, los que se encontrarían previstos en los contratos de Línea de Crédito suscritos con las Empresas Constructoras, no resulta atinente su consideración por cuanto no desvirtúa la observación referida a la ausencia de productos finales, en circunstancias en las que el trabajo debía estar concluido.

Respecto a la autorización de gastos a favor del Sr. Isaac Neufeld, supuestamente contenida en el Acta de Directorio de 6 de noviembre de 2006, los recurrentes se remiten a las Actas de Asambleas y los contratos se (sic) *hacen al proceso de capitalización, empero revisada esta documentación, no se encontró evidencia en el Acta de Directorio de 6 de noviembre de 2006 que expresamente hubieran consentido y autorizado gastos a favor del Sr. Isaac Neufeld.*

CONSIDERANDO:

Que, por determinación del artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales de Ahorro y Préstamo para la Vivienda por imperio del artículo 69 de la misma Ley, la administración de las entidades financieras se encuentra sujeta a las disposiciones contenidas en la Ley No. 1488 de 14 de abril de 1993, modificada por la Ley No. 2297 de 20 de diciembre de 2001, el Código de Comercio y las disposiciones relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, los artículos 164 y 167 del Código de Comercio, establecen que los administradores y representantes de sociedades, síndicos y órganos de vigilancia deben actuar con diligencia, prudencia y lealtad, siendo responsables solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión, pudiendo ser separados provisional o definitivamente de sus funciones de acuerdo a lo establecido por el contrato social o las disposiciones de la Ley.

Que, el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades establece las atribuciones de la Superintendencia entre las que se encuentra la de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando estas infrinjan las disposiciones legales, para lo cual también se encuentra facultada para reglamentar la aplicación de sanciones, dentro del marco de la señalada en la Ley.

Que, conforme establece el artículo 155 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la competencia de esta Autoridad es privativa e indelegable en lo concerniente a la aplicación de dicha Ley.

Que, el artículo 61 de la Sección II del Reglamento de Sanciones Administrativas dispone que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes especificas impartidas por la Superintendencia y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia que no se encuentren contempladas en el mencionado documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas en cada oportunidad en que pudieran presentarse.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de la Resolución SB No. 017/2007 de 30 de marzo de 2007, se establece que en su parte considerativa efectuó un análisis individualizado respecto a la participación de cada uno de los sancionados, conforme a los cargos notificados y a los descargos o explicaciones presentados, aplicando en todo momento el principio de proporcionalidad y responsabilidad contenido en los artículos 75 y 78, ambos de la Ley del Procedimiento Administrativo.

Que, asimismo, se han observado los principios de legalidad y tipicidad, considerados en los artículos 72 y 73 de la Ley del Procedimiento Administrativo, por cuanto la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tiene las atribuciones necesarias para imponer sanciones a las entidades financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y empleados. Asimismo, las sanciones impuestas se encuentran contempladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras como en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que los principios de presunción de inocencia y de procedimiento punitivo, han sido considerados dando lugar al inicio de procedimiento sancionador a través de la notificación de cargos, en observancia al principio constitucional del debido proceso, dando oportunidad a los presuntos infractores para la presentación de descargos y explicaciones respecto a los cargos notificados…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 5 de abril de 2011, **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 260/2011 de fecha 4 de marzo de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II. FUNDAMENTOS DE ESTE RECURSO.***

De los "antecedentes procesales" expuestos en capítulo que antecede, como del imperio del 156 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), el Estatuto de la Superintendencia de Bancos y Entidades financieras, como los Arts. 34, 49, 50-III y 51-II del Reglamento de Formas del SIREFI (sic)*, debidamente aprobado por D.S. No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, denunció que la resolución administrativa objeto de este recurso, adolece de los defectos que fundamento en el motivo específico que desarrollo a continuación:*

OMISIÓN DE TRÁMITE DEBIDO Y PRONUNCIAMIENTO DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA.

La Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, había instituido línea jurisprudencial, por la que declara la "obligación del Superintendente Sectorial de Bancos y Entidades Financieras, de pronunciar debidas y FUNDAMENTADAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, en atención a los recursos (cual el de revocatoria); así la resolución SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, que en sus FUNDAMENTOS JURÍDICOS, textualmente señaló en sus partes pertinentes:

".....En la doctrina del Derecho Administrativo se han esbozado numerosas definiciones acerca de lo que implica el acto administrativo. Por ello, siguiendo la mayoría de la doctrina generalmente aceptada en la materia, podemos concluir que el acto administrativo es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria que emana de un sujeto, la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetiva o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público….."

".....En nuestra legislación, el Artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que: Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo…..".

".....Por otra parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, OBTENER DECISIONES FUNDADAS O MOTIVADAS, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN , CUESTIONAR LOS ELEMENTOS PROBATORIOS ANTES DE LA DECISIÓN, TENER LA POSIBILIDAD DE INTENTAR MECANISMOS IMPUGNATORIOS CONTRA LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse…..".

"….. Cabe precisar que uno de los elementos ESENCIALES del acto administrativo se encuentra en SU MOTIVACIÓN O FUNDAMENTACIÓN que implica que al Administración Pública no puede actuar sin bases orientadores (sic) *que le Permitan emitir actos administrativos, DEBIENDO OBSERVARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO Y DE DERECHO QUE CORRESPONDAN AL CASO….."*

"…..Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda.....".

"…..El Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra ***LA CAUSA, POR MEDIO DE LA CUAL SE DEBERÁ SUSTENTAR EL ACTO EN LOS HECHOS Y ANTECEDENTES EXISTENTES Y EL DERECHO APLICABLE****. Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto. Concordante con la anterior, el Artículo 30, literal a), de la Ley Adjetiva Procedimental, en cuanto a la motivación,* ***indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos*****…..".**

En la especie:

La falta de fundamentación de la resolución ASFI No. 260/2.011 de 4 de marzo de 2.011, con la que se confirma indebidamente la Resolución No. SB No. 017/2007, no sólo constituye una grave infracción a los Arts. 29-III, 43-I y 50-III del reglamento de formas (sic) *del SIREFI aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y a los Arts. 17-I, 28, 52 y 65 de la Ley del Procedimiento Administrativo, sino que constituye una flagrante violación a mis derechos constitucionales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de la CPE.*

Y es qué (sic)*, cuando el Art. 29-III del reglamento de formas* (sic) *del SIREFI, dispone: "…Las pruebas SERÁN VALORADAS EN SU INTEGRIDAD, con racionalidad y de acuerdo a la sana crítica…", no genera norma POTESTATIVA o DISCRECIONAL, genera IMPERATIVO PROCESAL…… impone obligación al Administrador Público, que no puede ser omitida; omisión que en la especie se colige de la sola lectura de la resolución recurrida, en la medida en que NO VALORA DEBIDAMENTE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DE MI PARTE y* ***MENOS SE ACOMODA A MI REALIDAD PERSONAL, ES DECIR, A MI CONDUCTA EN PARTICULAR Y A LOS ACTOS O SUPUESTAS OMISIONES, QUE SE ME PRETENDA ATRIBUIR, OLVIDANDO, QUE QUIEN SE SUSCRIBE FUNGÍA TAN SOLO DE JEFE DE UNA VENTANA DE RECAUDACIÓN, ES DECIR, NO DE UNA SUCURSAL, ETC.***

2.-Violación de derechos y garantías constitucionales.

Con los actos y omisiones que se denuncian en apartado que antecede, no sólo se ha quebrantado el reglamente de formas (sic) *del SIREFI y la Ley del procedimiento Administrativo, en los artículos individualmente apuntados, sino que se ha violado mis derechos y garantías fundamentales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por*

el Art. 115 de la CPE, como se funda a continuación:

Del imperio del Art. 115 de la CPE, emerge mi derecho a la seguridad jurídica en proceso; derecho que en contenido: "...implica el derecho a la certeza y la certidumbre que tiene la persona frente a las decisiones de las autoridades públicas, las que deberán ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la Ley y la consiguiente motivación de la resolución…" (SC 0753/2003-R de 4 de junio).

Las SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 1748/2003-R, entre otras, entendieron al debido proceso como: "el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (…) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".

Las declaraciones e interpretaciones de su Excelencia el Tribunal Constitucional, SON DE APLICACIÓN OBLIGATORIA, PARA TODAS LAS AUTORIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En la especie: mí RECURSO DE REVOCATORIA, no ha sido tutelado con RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA, por ende, me encuentro ante la incertidumbre del valor que se ha otorgado a mis pruebas o a mis motivos esgrimidos al recurrir, con flagrante violación de imperativos procesales, denotando la clara "inseguridad jurídica e indefensión", que se me está propalando. Luego: procedimiento como el denunciado, de modo alguno puede entenderse como DEBIDO.

Es menester agregar que, es el mismo reglamento de formas (sic) *del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, el que en su Art. 62, textualmente reza: "…I.- El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos. II.- La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, <u>DE RESPETO AL DEBIDO PROCESO</u> y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley NO.* (sic) *2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables.*

<u>En la especie, desde que se dicta una resolución CONFIRMATORIA de la resolución recurrida, empero, olvidando que si bien SE ACUMULO</u> (sic) *<u>varios seudo sumarios administrativos en UNA sola resolución Sancionatoria, la SB No. 017/2.007, esto NO implica que se trate de un SOLO proceso administrativo, MENOS DE QUE SE ME PUEDA ENDILGAR ASUNTOS QUE NO ERAN DE MI RESPONSABILIDAD O SOBRE LOS CUALES NO TUVE, NI DEBÍA TENER NINGUNA INJERENCIA</u>. Recuérdese que el suscrito tan solo fungía de Jefe de una Ventana de Recaudación y por su parte la resolución ASFI No. 260/2.011, hace subjetivas consideraciones sobre Planes de Fortalecimientos, Etc., actos que DE MODO ALGUNO eran, ni debían ser de mi conocimiento, Etc., lo que demuestra que la resolución que ahora recurro, es INFUNDADA y AJENA AL ESPIRITU DE*

MI RECURSO DE REVOCATORIA, por ello, en realidad NO LO HA RESUELTO.

PETITORIO

En mérito a lo antes expuesto, pido que previo el trámite de rigor, la autoridad competente se sirva pronunciar resolución a este Recurso Jerárquico, por el que se disponga la NULIDAD de la resolución recurrida, es decir, de la resolución ASFI No. 260/2.011 de 4 de marzo de 2.011, con expresa instrucción de que se pronuncie una nueva conforme a derecho…"

7. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS.-

7.1 Nota ASFI/DAJ/R-58505/2011 de 8 junio de 2011.-

Por nota ASFI/DAJ/R-58505/2011 de 8 junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace presente la información que le ha sido requerida por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 112/2011, a cuyo efecto se remite al Informe/ASFI/DAJ/R-58653/2011 de 8 de junio de 2011, el que en lo saliente señala:

"*…La Resolución 260/2011, fue dictada dentro el plazo establecido por Ley en virtud a que en dicho procedimiento administrativo, en fecha 28 de enero de 2011, se pronunció el Auto de radicatoria del recurso administrativo interpuesto por Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, en el que se explica que la tramitación del recurso fue suspendida por la interposición de un recurso incidental de inconstitucionalidad promovido por el Sr. Rodríguez y se dispone continuar con la tramitación del proceso administrativo, estableciendo expresamente que el plazo de 20 días para la emisión de la Resolución Administrativa de Revocatoria, sea computada a partir de la notificación del referido auto que fue realizada en fecha 4 de febrero de 2011.*

Desde el 4 de febrero de 2011 al 4 de marzo de 2011, transcurrieron 20 días lo que implica que la Resolución fue dictada dentro el plazo establecido en procedimiento…"

7.2 Nota ASFI/DAJ/R-58851/2011 de 8 junio de 2011.-

Por nota ASFI/DAJ/R-58851/2011 de 8 junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remite documentación que le ha sido requerida por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 108/2011, y consistente en:

- Resolución ASFI Nº 394/2009 de 16 de noviembre de 2009, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

  "*…1º Dejar sin efecto la autorización de funcionamiento de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA GUAPAY, otorgada mediante Resolución Nro. SB/121/95 de 20 de julio de 1995 de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en el marco de la Ley Nro. 1488 de 14 de abril de 1993…*"

- Resolución SB Nº 28/2005 de 24 de marzo de 2005, por la que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras resuelve:

  "*…1º Aprobar las modificaciones a los Estatutos de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA GUAPAY, de acuerdo al texto propuesto por la entidad y que formará parte indisoluble de la presente Resolución*…"

- "*Estatuto de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay*".

- Acta Nº 8, de "*Reunión extraordinaria de Directorio de Mutual Guapay*" de fecha 15 de mayo de 2007.

- Copia del Acta de Asamblea Extraordinaria de asociados de la "*Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay*", realizada en fecha 10 de diciembre del año 2007.

- Testimonio del instrumento Nº 0626-2007 sobre "*protocolización del acta de Asamblea Ordinaria de asociados de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay*" de fecha 3 de noviembre del año 2007, protocolizado en fecha 7 de noviembre de 2007 por ante Notaria de Fe Pública Nº 1 de la ciudad de Camiri, departamento de Santa Cruz, Dra. Norma Zelaya Márquez.

- Acta de la "*Reunión extraordinaria del Directorio de Mutual "Guapay*", realizada en fecha 2 de abril de 2007.

- Copia legalizada y testimoniada por ante Notaria de Fe Pública Nº 46 de la ciudad de Santa Cruz, Dra. Ana Moyra Jordán de Anglarill, sobre "*Acta de la Reunión Ordinaria del Directorio de Mutual "Guapay*", realizada el 29 de marzo de 2005.

- Acta de "*Asamblea Ordinaria de Asociados de la Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay*" de fecha 28 de marzo de 2005.

- Nota SB/ISR II/D-9911/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al señor Ricardo Carlos A. Menacho Ríos, Presidente de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9912/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al señor Johnny Lorberg Arteaga, Vicepresidente de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9913/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al señor Jorge Núñez del Prado F., Director de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9914/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al señor Saúl Fernández Roca, Director de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9915/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al señor Javier Wilfredo Clementelli Arza, Director de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9916/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al Ing. Alberto Alarcón P., Gerente General de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9917/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al Lic. Alberto Bacherer Solíz, Gerente de Créditos de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9918/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras a la Lic. Shirley Garrón Arias, Gerente de Operaciones de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9919/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al Lic. Roberto Ribera Fernández, Jefe de Contabilidad de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9920/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al Lic. Julio Marín Durán, Gerente Nacional de Recaudaciones de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9922/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras a la Lic. Jaqueline Solares Justiniano, Jefe del Departamento de Auditoría Interna de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9923/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al Lic. Aurelio F. A. Echazú Salmón, Fiscalizador Interno de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota SB/ISR II/D-9924/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras al Lic. Juan Ruiz Castedo, Fiscalizador Interno de Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, sobre notificaciones de cargo.

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Julio Marín Durán, Gerente Nacional de Servicios de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Ricardo Carlos A. Menacho Ríos, Presidente del Directorio de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Aurelio Echazú Salmón, Fiscalizador Interno de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Javier Wilfredo Clementelli Arza, Director de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Saúl Fernández Roca, Director de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Jorge Nuñez del Prado Fernández, Director de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por la señora Jacqueline Solares Justiniano, Auditor Interno de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Alberto Bacherer Solíz, Gerente de Créditos de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por la señora Nelly Shirley Garrón Arias, Gerente de Operaciones y Finanzas de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de

Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Juan Ruíz Castedo, Fiscalizador Interno de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Alberto Alarcón Pessoa, Gerente General de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Johnny Lorberg Arteaga, Director de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Roberto Ribera Fernández, Jefe de Contabilidad de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota de fecha 22 de marzo de 2007, remitida por el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Gerente Regional de Cochabamba de Mutual Guapay a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Nota GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, remitida por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*".

- Informe SB/ISR II/D-12057/2007 de 29 de marzo de 2007, expedido por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y referido a la "*Evaluación de descargos – Inspección especial al 31 de diciembre de 2006*".

- Resolución SB Nº 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, pronunciada por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

- Nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras a Mutual Guapay, sobre "*restricción temporal*".

- Nota SB/ISR II/D-9071/2007 de 12 de marzo de 2007, remitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras a Mutual Guapay, sobre "*informe de inspección especial al 31 de diciembre de 2006*".

- Informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, expedido por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y referido a "*Mutual Guapay – Inspección especial al 31 de diciembre de 2006*".

- Resolución SB Nº 013/96 de 2 de febrero de 1996, pronunciada por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Se deja constancia que de la literal relacionada, la Resolución ASFI Nº 394/2009 de 16 de noviembre de 2009, el "*Estatuto de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "Guapay*" y las actas de las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de la misma entidad, corresponden a la solicitada por el recurrente en su memorial de fecha 17 de mayo de 2011, sin que conste que el mismo hubiera realizado mayor revisión o pronunciamiento sobre la misma.

7.3 Nota ASFI/DAJ/R-61914/2011 de 16 junio de 2011.-

Por nota ASFI/DAJ/R-61914/2011 de 16 junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remite la nota SB/ISR/ II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007 -sobre Notificación de cargos al señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, considerada en el numeral 1 supra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica-, conforme se le ha conminado por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 128/2011.

Por la misma nota además, hace presente la información a la que le ha sido conminada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 128/2011 (en relación a los incisos a), b) y c) mencionados en la solicitud de la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 108/2011), señalando que:

> "…*Con relación al inciso a), el ex Intendente Interventor de la Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", señor José Meruvia Villarroel, ha confirmado la existencia de tres (3) agencias recaudadoras que mantenía la ex Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" en la ciudad de Cochabamba, conforme nota MGY/II/063/2009 de 24 de abril de 2009.*
>
> *Respecto al inciso b), la documentación ofrecida como prueba documental por el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, en su memorial presentado a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en fecha 24 de abril de 2007, menciona cuatro (4) anillados de descargo, los mismos que fueron remitidos al señor Julio Rivero Ruiz, Superintendente General a.i. del SIFEFI, mediante nota SB/IAJ/D-29055/2007 de 25 de julio de 2007. Cabe señalar que dicha prueba fue valorada en el Informe SB/SR/D-28198/2007, conforme se explica en el último Considerando de la Resolución Administrativa Nº 260/2011 de 30 de marzo de 2011, emitida por esta Autoridad de Supervisión.*
>
> *Asimismo, para su consideración se adjunta el Informe/ASFI/JAC/R-61845 de la Unidad de Archivo de este Organismo de Supervisión, de la fecha, en la cual se certifica los documentos que se encuentran en custodia de este Organismo de Supervisión,*

relacionados con el presente caso.

Finalmente, con referencia al inciso c), reiteramos que las actuaciones (escritos, informes, documentos y otros) del proceso, se encuentran en los archivos de esta repartición, por lo que en fecha 7 de abril de 2011 se envió al Viceministerio de Pensiones y Seguros las piezas más relevantes del proceso, mediante carta ASFI/DAJ/R-37922 en ciento cuarenta (140) fojas…"

Con referencia a tal información, adjunta copia de la siguiente documentación:

- Nota MGY/II/063/2009 de 24 de abril de 2009, por la que el Intendente Interventor de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, presenta al entonces Superintendente de Bancos y Entidades Financieras a.i., "*tres ejemplares del Informe de Auditoría Especial Técnico-Legal practicado por la firma CIE ASOCIADOS, a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay -intervenida-, por el periodo comprendido del 01 de enero 1999 al 11 de enero 2008*".

- Reporte titulado: "*Mutual "Guapay" oficinas - agencias - sucursales*" correspondiente al mes de enero de 2008 y que en lo que interesa a la presente Resolución Ministerial Jerárquica, establece:

  "(…)

Nº	*MUTUAL GUAPAY*	*CIUDAD*	*ENCARGADO*
20	*Agencia de Tributos*	*Cochabamba*	*Water* (sic) *Padilla Perez*
21	*Agencia Tributos*	*Cochabamba*	*Water* (sic) *Padilla Perez*
22	*Agencia de Tributos*	*Cochabamba-Quillacollo*	*Water* (sic) *Padilla Perez*

  (…)"

- Nota SB/IAJ/D-29055/2007 de 25 de julio de 2007, por la que la ex Superintendencia de Banco y Entidades Financieras, remite a la ex Superintendencia General del SIREFI, los antecedentes correspondientes "*a los Recursos Jerárquicos interpuestos por los señores Jorge Antonio Núñez Del Prado, Jacqueline Solares Justiniano, Nelly Shirley Garrón Arias, Johnny Lorberg Arteaga, Ricardo Carlos Arcil José Menacho Ríos y Alberto Alarcón Pessoa contra la Resolución Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.*"

- Informe ASFI/JAC/R-61845/2011 de 16 de junio de 2011 emitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sobre "*Documentación que cursa en Archivo Central… al caso de sanciones contra Mutual Guapay*" y que incluye un detalle de la misma.

- Nota ASFI/DAJ/R-37922/2011 con fecha de recepción 8 de abril de 2011, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remite al Viceministerio de Pensiones

y Servicios Financieros, los antecedentes correspondientes al presente Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

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

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

1. LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.-

El recurrente RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI refiere que:

> "…*el Art. 29-III del reglamento de formas* (sic) *del SIREFI, dispone: "…**Las pruebas SERÁN VALORADAS EN SU INTEGRIDAD**, con racionalidad y de acuerdo a la sana crítica…", no genera norma POTESTATIVA o DISCRECIONAL, genera IMPERATIVO PROCESAL……impone obligación al Administrador Público, que no puede ser omitida; omisión que en la especie se colige de la sola lectura de **la resolución recurrida, en la medida en que NO VALORA DEBIDAMENTE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DE MI PARTE***… " (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En otra parte, el recurrente RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI señala que:

> "…*mi RECURSO DE REVOCATORIA, no ha sido tutelado con RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA, por ende, me encuentro ante la incertidumbre del valor que se ha otorgado a mis pruebas o a mis motivos esgrimidos al recurrir, con flagrante violación de imperativos procesales, denotando la clara "inseguridad jurídica e indefensión", que se me está propalando. Luego: procedimiento como el denunciado, de modo alguno puede entenderse como DEBIDO*…"

En primer término, corresponde dejar constancia de la impropiedad de tratar al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003) cual si fuera un "reglamento de formas" dada la diferencia sustantiva que importan los significados de los términos "forma" y "procedimiento", lo que no amerita mayor observación en virtud de los principios de sometimiento pleno a la Ley, de legalidad y presunción de legitimidad, y de informalismo, previstos por el artículo 4º, incisos c), g) y l), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo.

La redacción precisa del artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de

Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, es la siguiente:

> "**Artículo 29º.- (Prueba).**
>
> *…III. Las pruebas serán valoradas* ***en su integridad****, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A los efectos de subsumir los antecedentes que salen del procedimiento sancionador a la norma precitada, se tiene que contra la Resolución Administrativa -sancionatoria- SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007, el señor RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI interpone Recurso de Revocatoria, conforme a los fundamentos y expresión de agravios que salen en su **memorial de fecha 24 de abril de 2007, escrito que en cuanto a la proposición de prueba** que permite el artículo 29º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, tiene abundante mención conforme se relaciona a continuación:

PRUEBA OFRECIDA CON REFERENCIA AL CARGO A: Incumplimiento del art. 60 del Titulo XIII, Capitulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por no haber regularizado los incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB. No. 113/2004 de 12 de noviembre de 2004.-

- "…***Se adjunta copias de estos contratos y del acta de asamblea ordinaria señalada, no sin antes recordar que en su día todos estos actos y documentos fueron de conocimiento del regulador*** (…) ***todas las notas indicadas, las cito en calidad de prueba de mi parte y las señalo como corrientes en los archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere al proceso de capitalización acordado con la Jack Neufeld Family Charitable Foundation, a la escritura pública Nº 801/2005 otorgada por ante Notario de Fe Pública Dr. José Lisandro Herrera Goytia, a la adenda de fecha 16 de junio de 2005 y a las notas GOF-003/SG-003 de 5 de enero de 2005, GG Of. 129/2005 de 30 de marzo de 2005, SB/ISNB/D-25911 de 17 de marzo de 2005, SB/ISR II/D-28242/2005 de 7 de abril de 2005 y SB/ISR II/D-39432/2005 de 18 de julio de 2005, literales que demostrarían que fue la Asamblea Ordinaria de 28 de marzo de 2005 la que "*da pie*" al proceso de capitalización que incrementó el patrimonio neto de la entidad.

- "…***Todas las notas indicadas, las cito como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de los archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a las notas SB/ISR II/D-361/2007 de 5 de enero de 2007, SB/ISR II/D-931/2007 de 10 de enero de 2007, SB/ISR II/D2006/2007 de 17 de enero de 2007, SB/ISR II/D-2818/2007 de 24 de enero de 2007, SB/ISR II/D-4553/2007 de 6 de febrero de 2007 y SB/ISRII/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, literales que demostrarían que en la

gestión 2006 se recibieron donaciones por un valor de realización de 3.4 millones de dólares americanos, que fueron registrados como ingresos extraordinarios.

- "…***Se tenga aquellas notas como pruebas de mi parte y las señalo como corriente de los archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a las notas SB/ISR II/D2006/2007 de 17 de enero de 2007 y (circular) SB/2256/2006 de 5 de diciembre de 2006, literales que demostrarían que el mismo regulador al remitir el cálculo al patrimonio neto de la entidad, ya consideró parte de las donaciones recibidas, reduciendo las pérdidas acumuladas.

- "…***Cito la referida resolución y nota de su remisión como prueba de mi parte y las señaló*** (sic) ***como corrientes de los archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a la Resolución Sancionatoria SB N° 113/2004 y a la nota SB/ISNB/DOCUMENTO D-71452 de 12 de noviembre de 2004, literales que demostrarían que el Directorio que otorgó los créditos a las constructoras del proyecto AKUALAND GUAPAY no mereció sanción alguna, por el contrario, se multó a la institución con la posibilidad de repetición contra los encausados.

- "…***Se adjuntan copias de los respectivos contratos, que oportunamente fueron remitidos a conocimiento del regulador, según cartas cursadas por Mutual Guapay al supervisor financiero…que citó*** (sic) ***como prueba de mi parte y señalo como corrientes de los archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere al crédito subordinado de capitalización por un millón de dólares, a los contratos de capitalización con inversionistas canadienses, a las notas GOF-003/SG-003 de 5 de enero de 2005, GG Of. 129/2005 de 30 de marzo de 2005, SB/ISNB/D-25911/2005 de 17 de marzo de 2005, SB/ISR II/D-28242/2005 de 7 de abril de 2005, SB/ISR II/D-39432/2005 de 18 de julio de 2005 y SB/ISR II/D-9783/2006 de 24 de marzo de 2006, literales que demostrarían el incrementó el patrimonio neto de la institución, el pago de los adeudos del proyecto AKUALAND GUAPAY y del crédito subordinado otorgado por el FONDESIF en el marco del PROFOP.

- "…***Se adjuntan copias de estas cartas, que oportunamente fueron remitidas al regulador***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a las propuestas formales de amortización a capital efectuadas por las empresas constructoras del proyecto AKUALAND GUAPAY y que demostrarían las conciliaciones con esas empresas.

- "…***estas donaciones, son de conocimiento del regulador*** (…)***, que cito como prueba de mi parte y las señalo como corrientes de archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a las notas SB/ISR II/D-361/2007 de 5 de enero de 2007, SB/ISR II/D-931/2007 de 10 de enero de 2007, SB/ISR II/D2006/2007 de 17 d enero de 2007, SB/ISR II/D-2818/2007 de 24 de enero de 2007 y SB/ISR II/D-4553/2007 de 6 de febrero de 2007, literales que demostrarían que el Directorio de la gestión 2006 gestionó donaciones que se recibieron por un valor de realización de 3.4 millones de dólares.

- "…***la introducción de obras en el proyecto AKUALAND GUAPAY, como se colige de los informes y avalúos adjuntos***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a informes y avalúos que demostrarían avances de obra que incrementaron el valor de las garantías hipotecarias.

- "…***la propuesta formulada por las constructoras (según copias de cartas adjuntas), de "regularizarse las colocaciones***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a propuestas de las constructoras que demostrarían que las líneas de crédito y operaciones se redujeron a cuarenta y siete meses de plazo e incluían tres años de gracia, importando la cancelación total de cada uno de los créditos.

- "…***el Viceministerio de Vivienda y Urbanismo, invitó a la firma del contrato respectivo y si bien en aquella oportunidad no se instrumentó el contrato*** (…) ***al presente, este contrato se encuentra suscrito. Se adjuntan copias de las citadas cartas***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a las notas FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006 y cite: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007, las que demostrarían que el Directorio 2005-2006 gestionó la inclusión de la Mutual en el Programa de Vivienda Solidaria (PVS) del Supremo Gobierno y luego de licitación pública efectuada por el FONDESIF se comunicó a la Mutual su habilitación para la prestación de servicios de colocación y recuperación de cartera.

- "…***cito como prueba de mi parte, la misma resolución sancionatoria No.*** (sic) ***SB No. 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, que señalo como corriente de los archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Tal literal demostraría que el Directorio que otorgó los créditos observados (gestión 2003) no fue sancionado personalmente.

- "…***Además de la prueba precitada, me sirvo acompañar para valorarse en mí favor, con relación a la indebida penalización por el literal "A", en cuestión, COPIAS DE:***

- Cartas de las empresas constructoras.
- Informes de avances de obras de Akualand. (Arq. Bruno).
- Avalúos de Akualand (Arq. Gutiérrez)
- Contrato de crédito Subordinado de Capitalización por $us. 1.000.000.-
- Acta de Asamblea Ordinaria del 25 de marzo del 2006.
- Línea de Crédito y sus adendas (de una empresa constructora – AKUALAND).
- Carta del Fondesif FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006
- Carta del Vice Ministerio de Vivienda, con CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007.
- Acta de Directorio que aprobó Créditos a las Constructoras (Proyecto-Akualand (2003)
- Resolución Sancionatoria SB/113/2004 y Acta 042 del 16/11/2004
- Cartas:
- ***SB/ISNB/D-16410/2005 del 18/01/2005***
- ***GG-028/SG-180 del 14/05/2005***
- ***GG-029/SG-239/2006 del 04/07/2005***
- ***GOF-286/SG-310 del 31/08/2005***
- ***GOF-358/SG-388 del 10/11/2005***
- ***G.G.-444/05 del 28/12/2005***
- ***G.G.-445/05 del 28/12/2005***
- ***G.G. 446/05 del 28/12/2005***
- ***GOF-192/SG-197 del 12/06/2006***…"

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

PRUEBA OFRECIDA CON REFERENCIA AL CARGO B: Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este órgano de Supervisión mediante carta SB/ISRII/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos.

B.1 Omisión de depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia el total de las recuperaciones de cartera de créditos mas el incremento de las captaciones del público que entre el 2 y 18 de enero totalizaban $us. 434,719, de acuerdo al punto 1.3 del Informe de Inspección.

- "…***Adjunto copias, del presupuesto de la gestión 2007 y de las actas de asambleas efectuadas con aquel objeto***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Tal literal enervaría el cargo en sentido que se hubieren manejado recursos discrecionalmente.

- "…***Discriminada la prueba***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a la nota GOF-124/SG-121 y a la copia del acreditativo que expone inversiones en Letras y Bonos del Tesoro General de la Nación, que demostrarían carencia de motivación en cuanto se le atribuye omisión de depósito en cuentas del Banco Central de Bolivia.

- "…***Además de la prueba precitada, se tenga en mi favor la siguiente:***

  - Cuadro de liquidez.
  - Detalle de Inversiones en Letras y Bonos del Tesoro al 31.12.2006.
  - Presupuesto 2007…"

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

B.2 Existencia de gastos de importes de Bs. 132,862.04.- y Bs. 20,280.36 en la subcuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente.

- "…***Adjunto copias de respaldos documentales de las partidas observadas*** (…) ***y las citó*** (sic) ***en calidad de suficientes para enervar el cargo que ataco***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a los respaldos de la cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro, que demostrarían falta absoluta de motivación en la infracción.

- "…***Se tenga en calidad de prueba de mi parte:***

  - Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por Bs. 132.862.04, con sus respectivos respaldos.
  - Estado de la Cuenta contable 143.99.1.07 "Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por Bs. 20.280.36, con sus respectivos respaldos.
  - Detalle de créditos aprobados y que no fueron desembolsados…"

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

B.3 Existencia de desembolsos realizados por la empresa IBERICA Construcciones por un total de $us. 353,865.56.- con destino a la realización de estudios técnicos urbanísticos, movimientos de tierras, vías de acceso y servicios en terrenos del ex Fundo Lipari del departamento de La Paz, de acuerdo a contrato por un monto total de $us. 536,750.-

- "…***para desdeñar cualquier valoración "subjetiva", me sirvo acompañar informe evacuado por la Sociedad de Ingenieros***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Literal que demostraría que las obras contratadas con la empresa IBÉRICA no constituyen construcción de vivienda ni proyecto habitacional.

- "…***Se tenga en calidad de prueba de mi parte, COPIAS DE:***

  - Comprobantes contables de pago y contrato.
  - Carta del Colegio de Ingenieros Civiles
  - Acta de Directorio No. 026 de Fecha 22 de diciembre del 2006
  - Acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero del 2007
  - Acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007. Se adjuntan copias de actas.
  - Listado de Adjudicatarios…"

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

B.4 Realización de pagos a la empresa Omega por un valor de $us. 3,000.- - destinado a "Gastos del Proyecto de Vivienda Social", evidenciándose adicionalmente la ausencia de respaldos y/o comprobantes.

- "…***Se tenga como prueba de mi parte, copias, del comprobante contable No. 71134 de 25 de enero de 2007 y sus respectivos respaldos***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Literal que demostraría que la atribución sancionadora no guarda relación con la realización de gastos, desembolsos e inversiones.

B.5 Realización de inversiones y gastos en bienes de uso a través de la adquisición de seis vehículos por un Importe equivalente a $us. 157,795.-, así como la construcción de un segundo piso en la Agencia Montero por un valor de $us. 46,073.-

- "…***Corren copias de estas notas, en calidad de prueba de mi parte***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a las notas FSF-DFFI-E-3815/06 de 20 de diciembre de 2006 y CITE: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007, por las que se evidenciaría que el FONDESIF comunicó a la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY su habilitación para la prestación de servicios de colocación y recuperación de cartera PVS, y que el Viceministerio de Vivienda y Urbanismo, invitó a la entidad para la firma de contrato.

- "…***Se adjunta nota de prensa***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución

Ministerial Jerárquica).

Se refiere a la nota que informaría que los personeros de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY han celebrado el contrato pertinente con el FONDESIF para la activación de los servicios, lo que demostraría que la entidad estaba calificada.

- "…***Además de la prueba precitada, se tenga a mi favor, la siguiente:***

  - Documentación contable respaldatoria de la compra de los vehículos.
  - Acta de Directorio 04/2006 del 5 de junio del 2006.
  - Documentación contable respaldatoria de la refacción en la Agencia Montero.
  - Acta de Directorio No. 22 del 10 de noviembre del 2006.
  - Acta de Directorio No. 26 del 22 de diciembre del 2006.
  - Acta de Asamblea Ordinaria
  - Acta de Asamblea Extraordinaria.
  - Notas de prensa que acreditan la firma de la Mutual con el FONDESIF, el contrato de Programa de Vivienda Solidaria…"

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

PRUEBA OFRECIDA CON REFERENCIA AL CARGO C: Incumplimiento al artículo 74 de la Ley No. 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto ordenado), los que a su vez importan inobservancia a las restricciones impuestas por el Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535 de 18 de abril de 2005.

C.1 Existencia de contrato con la empresa Ibérica por un valor de $us. 536,750.- de los cuales se desembolsaron $us. 353,685.56.- con el objeto de realizar estudios técnicos urbanísticos, ejecutar el movimiento de tierras y otros que tienen que ver con el rubro de la construcción.

- "…***Reiterando que adjunto, copia de certificación emitida por la Sociedad de Ingenieros Civiles***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Literal que evidenciaría que el contrato con la empresa IBÉRICA, no contiene inclusión de obra alguna, que involucre construcción de viviendas o proyecto habitacional.

- "…***Se tenga en calidad de prueba de mi parte, COPIAS DE:***

  - Comprobantes contables de pago y contrato.
  - Carta del Colegio de Ingenieros Civiles
  - Acta de Directorio No. 026 de Fecha 22 de diciembre del 2006
  - Acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero del 2007
  - Acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007.

- Listado de Adjudicatarios…"

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

C.2 Registro de pagos contabilizados como Proyecto de Vivienda Social por un importe de Bs. 295,353.- cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

- "…***Además de la prueba precitada*** (se refiere a las carpetas de solicitantes de créditos y proyectos y al contrato suscrito con el FONDESIF dentro del PVS)***, se tenga en mi favor la siguiente:***

  - Acta No. 11 de fecha 27 de julio del 2006
  - Acta No. 12 del 31 de julio del 2006
  - Acta No. 13 del 14 de agosto del 2006
  - Acta No. 14 del 21 de agosto del 2006
  - Acta No. 17 del 28 de septiembre del 2006
  - Acta No. 22 del 10 de noviembre del 2006
  - Nota del Fondesif habilitando a la Mutual Guapay al PVS. (Ver anexo A)
  - Nota del Vice Ministerio (Ver anexo A)
  - Estado de la Cuenta 182 "Proyecto de Vivienda Social", con sus respectivos asientos contables.
  - Notas de prensa…"

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

C.3 Existencia de pagos a la empresa Omega por total equivalente a $us. 3.000.- en cuya glosa se especifica que ese gasto se encuentra destinado al Proyecto de Vivienda Social.

- "…***Se adjunta copias del comprobante contable No. 71134 de fecha 25 de enero del 2007 y documentos respaldatorios***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Literal por la que se evidenciaría que los fondos fueron devueltos con antelación a que la Comisión de Inspección hubiera finalizado su labor.

C.4 Existencia de desembolsos por un total equivalente a $us. 18,248.- destinados a la conclusión de la construcción de dos viviendas del Proyecto Akualand - Guapay, las mismas que fueron recibidas por la entidad en dación de pago.

- "…***Se tenga en calidad de prueba de mi parte, la siguiente:***

  - Fotocopia de los dos avaluos (sic) ***antes de la refacción.***
  - Fotocopia de los dos avaluos (sic) ***después de la refacción***
  - Fotocopias de cartas de solicitudes de crédito…"

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

PRUEBA OFRECIDA CON REFERENCIA AL CARGO D: Incumplimiento a las obligaciones que corresponden a las instancias administrativas de Mutual Guapay en el marco de las obligaciones señaladas en el primer parágrafo del artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del artículo 60 de la misma Ley, al haberse detectado:

D.1 Incumplimiento de obligación de establecer y aprobar políticas, planes y procedimientos para la administración y gestión de la Mutual Guapay, en el marco de la Ley 1488, omisión traducida en ausencia de políticas para el cumplimiento de las restricciones impuestas por el órgano de fiscalización, las debilidades persistentes en la gestión de su riesgo crediticio, así como las deficiencias en el procesamiento de información veraz, consistente y oportuna.

- "…***cito como prueba de mi parte, como corrientes de los archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a las notas SB/ISNB/D-16410/2005 de 18 de enero de 2005, GG-028/SG-180 de 14 de mayo de 2005, "*GG-029/SG-239/2006 de 4 de julio de 2005*" (sic), GOF-286/SG-310 de 31 de agosto de 2005, GOF-358/SG-388 de 10 de noviembre de 2005, GG-444/05 de 28 de diciembre de 2005, GG-446/05 de 28 de diciembre de 2005 y GOF-192/SG-192 de 12 de junio de 2006, de las que se habría abstraído el Ente Regulador al atribuir la sanción por omisión de políticas para el cumplimiento de restricciones impuestas.

- "…***citó*** (sic) ***como prueba de mi parte, cursante en los archivos de la SBEF***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a la nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, de la que se habría abstraído el Ente Regulador cuando instruyó el congelamiento de las operaciones ulteriores.

- "…***Se tenga en calidad de prueba de mi parte , la siguiente:***

  - Actas de Directorio en las que se consideró la restricción.
  - Acta de reunión de Directorio No. 05/2005 de fecha 18 de abril de 2005, se consideró la carta SB/ISR II/D-29-535/2005, trámite No. 36572, sobre la restricción temporal.
  - Dictamen de Auditoría Externa 2005.
  - Carta Sb/ISR II/D-34/2005 de fecha 29/12/2005
  - Políticas adoptadas en la gestión 2006, enviado al Fondesif…"

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

D.2 Ausencia de medidas en la recuperación de cuentas por cobrar por la existencia de importes indebidamente pagados por cuenta de la empresa Da

Vivienda por un total de $us. 15,000.- sin ninguna medida de recuperación desde el 13 de febrero del año 2004.

- "…***Se adjunta copia del contrato citado que, en múltiples oportunidades fue de conocimiento del regulador***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere al contrato con la empresa Da Vivienda que demostraría que la misma habría sido contratada por la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY para la prestación de servicios de marketing y levantamiento de solicitantes de créditos del proyecto AKUALAND.

- "…***Se adjunta copia de aquella carta***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a la nota remitida por la empresa DAVIVIENDA y que demostraría que la misma esgrimía derecho a percibir comisiones y proponía compensar adeudos.

- "…***Se tenga en calidad de más prueba de mi parte, la siguiente:***

  - Contrato de Comercialización y Adenda.
  - Fotocopia de comprobante contable con sus respectivos respaldos
  - Carta GOF-285/SG-309 del 25 /08/2005.
  - Carta GOF-090/SG-103 de fecha 5/03/2005…"

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

D.3 Ausencia de documentación y antecedentes del producto final que justifiquen y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" por un importe de Bs. 132,862.04.- y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otras" por un importe de Bs. 20,280.36.-

- "…***Se tenga en calidad de prueba adjunta de mi parte:***

  - Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por bs. 132.862.04, con sus respectivos respaldos.
  - Detalle de créditos aprobados y que no fueron desembolsados…"

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

D.4 Existencia de gastos de viáticos, pasajes y hospedajes por un importe de $us. 23.000.- autorizados por el Presidente del Directorio y ejecutivos de la entidad, sin sustento documental y al margen de las competencias asignadas al Directorio de la entidad.

- "…***Se adjunta respaldos documentales del citado proceso de capitalización***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Se refiere a la contratación con inversionistas canadienses que serviría para "*matizar*" que el señor Isaac Neufeld, quien viajara para averiguar la situación de los inversionistas, fue quien diligenció un crédito subordinado por la suma de un millón de dólares.

- "…***Además de la prueba precitada, se tenga en mi favor, la siguiente:***

  - Acta de Asamblea Extraordinaria
  - Acta de Directorio
  - Contrato de Capitalización con Isaac Neufeld…"

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

D.5 Existencia de contrataciones y la realización de gastos sobre la base de autorizaciones contenidas en las Actas de Directorio de fechas 30 de mayo de 2006 y 06 de noviembre de 2006, en las que no se consideraron dichos temas de acuerdo a lo descrito en los puntos 3.4 y 3.20 del Informe de Inspección.

- "…***Se tenga en calidad de prueba de mi parte, copias de los contratos que corresponden a una de las acreditadas del proyecto AKUALAND, dado que las demás se han adherido a instrumentos similares***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Literal que demostraría que se había facultado a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY** a realizar avalúos periódicos durante la vigencia del contrato.

  En el mismo sentido:

- "…***citó*** (sic) ***en mi descargo las actas adjuntas de asambleas y los contratos que hacen al proceso de capitalización***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

  Literal que demostraría lo concerniente al viaje del señor Isaac Neufeld.

- "…***Además de la prueba precitada, se tenga en calidad de documental a mi favor, la que cito a continuación:***

  - Acta de Directorio No. 05/2005, de fecha 26 de abril del 2005, aprobación de Avaluos (sic)**.**
  - Informe de Avaluos (sic) ***del Arq. Gutiérrez. (Ver anexo A)***
  - Línea de Crédito y Adendas (Anexo A)
  - Acta de Directorio 17 del 28/09/2006
  - Acta de Asamblea Extraordinaria (aprobación viaje y gastos Sr. Isaac

Neufeld y aprobación de gastos para el PVS). (Ver anexo de Actas).
- Acta de Asamblea Ordinaria que ratifica las decisiones adoptadas por la Asamblea Extraordinaria. (Ver anexo de Actas)…"

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

PRUEBA OFRECIDA EN EL OTROSÍ 2º DEL MEMORIAL DEL RECURSO DE REVOCATORIA:

- "…***Otrosí 2°.- PRUEBA PRECONSTITUIDA.- Se tenga en calidad de prueba preconstituida, la citada en cuerpo principal de este recurso, en lo corriente de los archivos de la SBEF y en lo que concierne a documentos corrientes en archivos de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay, se disponga remisión en copias***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de 4 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por -entre otros- el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi; debiendo ser esa la oportunidad en la que, en los términos del artículo 29º, numeral III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, correspondía se valore la prueba "***en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido y de la lectura de la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de 4 de marzo de 2011, resulta inequívoco que en lo que hace a los Cargos A, B-1, B-2, B-3, B-4, B-5, C-2, C-3, C-4 y D-2, la prueba ofrecida a tiempo del Recurso de Revocatoria ha sido considerada a efectos de tal decisión, sea porque se la mencione expresamente o porque ello resulte implícito; asimismo y dado su carácter general (no concreto), se tiene por considerado el ofrecimiento de la prueba del otrosí 2º (*Prueba preconstituida*) del memorial del Recurso de Revocatoria de 24 de abril de 2007.

En el caso del Cargo D-4, la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 no lo menciona como tal en su parte considerativa, dando lugar a la presunción de que hubiera sido omitida y por tanto, no se hubiera considerado la prueba ofrecida por el recurrente; no obstante, los extremos sustanciales que hacen al mismo ("*Existencia de gastos de viáticos, pasajes y hospedajes* -a favor del señor Isaac Neufeld- *por un importe de $us. 23.000.- autorizados por el Presidente del Directorio y ejecutivos de la entidad, sin sustento documental y al margen de las competencias asignadas al Directorio de la entidad*") resulta que aparecen repartidos entre los fundamentos a los Cargos D-3 y D-5 por hacer también a los mismos, determinando que la prueba ofrecida sí hubiera sido valorada (no obstante extrañarse que la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 no aclare este extremo, sobre todo porque la presentación formal de los cargos como sale en la misma, corresponde a la técnica normativa elegida por el propio Órgano Supervisor).

No sucede lo mismo en los otros casos, conforme se relaciona a continuación:

- En el caso del Cargo C-1, la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 refiere que:

"*Las justificaciones argumentadas por los recurrentes no expresan ningún argumento que sea nuevo o que enerven la observación, y solamente se limitan a repetir los mismos argumentos ofrecidos en la etapa de descargo previa a la Resolución Sancionatoria,…*"

De tal expresión, resulta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha obviado fundamentar los argumentos presentados por el Cargo C-1 por no existir, según lo que señala, ningún nuevo argumento en relación a los expresados por el recurrente en oportunidad de los descargos previos a la Resolución Sancionatoria, sin hacer ninguna mención sobre la nueva prueba propuesta, por lo que en definitiva, no la ha valorado.

- En el caso del Cargo D-1, la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 hace un relación precisa de la prueba ofrecida; no obstante, no menciona al "*Dictamen de Auditoría Externa 2005*" y a las "*Políticas adoptadas en la gestión 2006, enviado al Fondesif*", concluyéndose que estos no han sido valorados para tal decisión.

- En el caso del Cargo D-3, no existe ningún elemento en la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011, que permita inferir se hubieran considerado para su efecto las literales ofrecidas por el recurrente.

- En el caso del Cargo D-5, la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 hace mención de literales que no corresponde a las ofrecidas por el recurrente; por consiguiente, no existe constancia de que se hubieran valorado.

Estos últimos extremos determinan que en definitiva **en el pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI N° 260/2011 no se ha cumplido la disposición del artículo 29°, parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera**, por cuanto la prueba ofrecida no ha sido valorada **en su integridad**.

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

Constitución Política del Estado:

"*Artículo 115.* (…)

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

Ley N° 2341 de 22 de abril de 2002:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"…*El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental de la administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión,* ***ofrecer y producir pruebas****, y obtener decisiones fundadas o*

motivadas, entre otras, teniendo como finalidad que la persona no pueda ser sancionada sin que se hayan cumplido los procedimientos legales, y ***se haya otorgado en todo momento el derecho a la defensa****.*

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

2. ACERCA DE QUE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA NO SE ACOMODARÍA A LA REALIDAD PERSONAL DEL RECURRENTE Y QUE LE ENDILGARÍA ASUNTOS QUE NO ERAN DE SU RESPONSABILIDAD O INJERENCIA.-

Refiriéndose a la Resolución Administrativa recurrida, el recurrente RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI señala que:

"…***MENOS SE ACOMODA A MI REALIDAD PERSONAL****, ES DECIR, A MI CONDUCTA EN PARTICULAR Y A LOS ACTOS O SUPUESTAS OMISIONES, QUE SE ME PRETENDA ATRIBUIR, OLVIDANDO, QUE QUIEN SE SUSCRIBE FUNGÍA TAN SOLO DE JEFE DE UNA VENTANA DE RECAUDACIÓN, ES DECIR, NO DE UNA SUCURSAL, ETC*… " (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

(…)

…*SE ACUMULO varios seudo* (sic) *sumarios administrativos en UNA sola resolución Sancionatoria, la SB No. 017/2.007, esto NO implica que se trate de un SOLO proceso administrativo, MENOS DE QUE SE ME PUEDA ENDILGAR* ***ASUNTOS QUE NO ERAN DE MI RESPONSABILIDAD O SOBRE LOS CUALES NO TUVE, NI DEBÍA TENER NINGUNA INJERENCIA****.* ***Recuérdese que el suscrito solo fungía de Jefe de una Ventana de Recaudación*** *y por su parte la resolución ASFI No. 260/2.011, hace subjetivas consideraciones sobre Planes de Fortalecimientos, Etc., actos que DE MODO ALGUNO eran, ni debían ser de mi conocimiento, Etc.* …"(las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Dichas apreciaciones exigen se relacione la secuencia de los actos administrativos que hacen al Proceso Sancionador, en relación a la persona del recurrente a efectos de determinar si la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de 4 de marzo de 2011, corresponde o no a la realidad personal del recurrente RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI, y si dentro del presente proceso sancionador se le han atribuido al mismo, asuntos que no eran de su responsabilidad o sobre los cuales no tuvo ninguna injerencia.

Conforme se evidencia del expediente administrativo, tenemos:

2.1.- En el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, "*Mutual Guapay – Inspección especial al 31 de diciembre de 2006*", la ex Superintendencia de Bancos y

Entidades Financieras estableció que:

"…***II. RESULTADOS DEL TRABAJO DE INSPECCIÓN*** (…)

3. RIESGO OPERATIVO CONTABLE (…)

Deficiencia de previsión por Partidas pendientes de cobro (…)

Se observa que la entidad no mantiene las fechas de origen de las operaciones registradas en esta cuenta, evitando el registro oportuno de la previsión por exceso en el plazo de 330 días. Asimismo, en estas partidas se encuentran registrados desembolsos por concepto de "Replanteo de avalúos" y "Pagos por avalúos de proyectos habitacionales" sin contar con la documentación legal que sustenta el desembolso y su recuperación. (…) *En este sentido se citan los siguientes casos:*

(…)

3.7 *En la subcuenta "Otras partidas pendientes de cobro M/N (143.99.1), se observa la contabilización, según glosa del estado de cuenta, "por trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda", partidas que datan desde el 28.02.2005 hasta el 30.01.2006, por un importe de* ***Bs132.862,04****. De la misma forma se han identificado partidas cuya glosa indica "partidas pendientes varios proyectos por avaluos* (sic) *y otros" que datan desde el 10.02.2005 al 27.12.2005 por* ***Bs20.280,36****. En ambos casos no existe documentación legal que justifique los desembolsos, su recuperación, ni se tiene antecedentes del producto final, encontrándose a la fecha previsionados en 100%.*

Gran parte de estas partidas son posteriores a la fecha de vigencia de la restricción impuesta por esta Superintendencia, por lo que dichas operaciones también implican la inobservancia de dichas restricciones, reflejando asimismo, negligencia al carecer la entidad de documentación que sustente dichos desembolsos, así como de antecedentes del producto final.

(…) *con relación al punto 3.7 el Auditor Interno deberá precisar el destino de los fondos desembolsados identificando a los responsables; remitiendo a esta instancia de supervisión los resultados de este trabajo…*"

(…)

Cargos diferidos

Gastos activados

De la revisión de la cuenta Cargos Diferidos – Gastos de Organización, se observa lo siguiente:

(…)

3.18 *Se registran pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs295.353, cuyo reconocimiento como gastos está siendo diferido en 48 meses, quedando un saldo por amortizar al 31.12.2006 de Bs287.326 equivalentes a $us. 36.233. Dicha partida, de acuerdo con los comprobantes contables, contempla diversos gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, según se detalla en Anexo RO-4 adjunto al presente informe.*

La operación contable de estos desembolsos no corresponde por tratarse de operaciones no permitidas a entidades de intermediación financiera, incumpliendo el Art. 74 de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras y la Resolución SB 13/96 del 5 de febrero de 1997, además de la restricción operativa dispuesta mediante carta SB/ISNB D-29535/2005 del 18 de abril de 2005.

Los desembolsos fueron autorizados, en la Oficina de Santa Cruz por el Gerente General Ing. Alberto Alarcón Pessoa, la Gerente de Operaciones y Finanzas Lic. Shirley Garron Arias y el Gerente de Créditos Alberto Bacherer Soliz; en la ciudad de La Paz, por el Gerente Nacional de Recaudaciones y Servicios Lic. Julio Marin Duran ***y en la ciudad de Cochabamba por el Gerente Regional Lic. Yuri Rodríguez Urquidi****…*" (negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2.- Informe como tal, el entonces Superintendente de Bancos y Entidades Financieras no estaba obligado a resolver conforme al mismo, así lo señala el artículo 48º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo); sin embargo, consta de la consiguiente nota SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007 (*Notificaciones de cargo*) dirigida al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, que:

"…***Como resultado de la visita de inspección practicada a esa entidad con fecha de corte al 31.12.06****, este Órgano de Supervisión determinó las siguientes infracciones:*

1. *Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D -29535/2005 de 18 de abril de 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de*

créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos. Esta inobservancia se refleja en las siguientes acciones:

1.1 ***La existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36*** *en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente.*

2. *Incumplimientos al Art. 74 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, los que a su vez también importan la inobservancia a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005. Estas infracciones se traducen en las siguientes acciones:*

   2.1 ***El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs295.353****, cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.*

3. *Incumplimiento a las obligaciones que corresponden a las instancias administrativas de Mutual Guapay en el marco de las obligaciones señaladas en el primer párrafo del Art. 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del Art. 69 de la misma Ley, al haberse detectado:*

   3.1 La ausencia de documentación y antecedentes del producto final que justifiquen y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" ***por un importe de Bs132.862,04, y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros" por un importe de Bs20.280,36****…*"

Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.3.- Mediante nota presentada en fecha 23 de marzo de 2007, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** (que al pie señala apersonarse **como "*Gerente Regional de Cochabamba Mutual Guapay*"**) con la referencia "*Reconsideración o Resolución para proceso administrativo*", se pronuncia sobre la notificación de cargos del cite SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007; empero se limita a plantear observaciones formales, terminando por solicitar "*…se sirva reconsiderar la notificación de cargo de referencia y el informe de inspección SB/ISRII/D-7137/2007,* (…) *O subsidiariamente y ante la hipotética negativa de la reconsideración impetrada, se sirva trasladar su instrucción a resolución debidamente fundada o motivada, en pos de respetar nuestro legítimo derecho a impugnar,…*"

Entonces, en oportunidad de los descargos y alegaciones, el ahora recurrente señor

RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI no se pronunció sobre las cuestiones sustanciales que con respecto **a él** ha señalado la nota SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007 (*Notificaciones de cargo*).

2.4.- Las alegaciones van a dar lugar al informe: SB/ISR II/D-12057/2007 de 29 de marzo de 2007, por el que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en lo pertinente establece:

"…***Análisis de descargos***

C.1 *El argumento* (…) *para justificar que la contratación de la empresa IBERICA Construcciones no vulnera el Art. 74 de la Ley N° 1488, carece de sustento legal y lógica jurídica,* (…) *el objeto del contrato será el "Diseño final Urbanización Lipari - Guapay y construcción de acceso principal a urbanización",* (…) *Todo este conjunto de obras civiles, sus especificaciones y requerimientos técnicos muestran con absoluta claridad que el propósito de la contratación no es simplemente realizar algunas mejoras o "adecuar" para hacer fácil su realización o venta, por el contrario el objetivo es desarrollar un complejo de vivienda con todos los servicios, lo que demuestra una vez más que la entidad no está cumpliendo las actividades de intermediación financiera* (…)

Por lo expuesto, los antecedentes señalados no desvirtúan la contravención al Art. 74 de la Ley N° 1488 ni la Circular N° 229/97 toda vez que ambas normas son claras en el sentido de prohibir el involucramiento de las entidades del sistema financiero regulado en este tipo de actividades.

C.2 (…) *en lo referido a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núnez del Prado en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006 dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi. Por consiguiente es también aplicable a este caso las consideraciones expuestas en el inc. C.1 que antecede, porque no enerva ni destruye el cargo notificado porque el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", por el contrario compromete y agrava la responsabilidad del citado Director, ratificándose el cargo C.2.*

(…)

C.4 *El argumento* (…) *por la que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, supuestamente estaría confundiendo refacción con introducción de mejoras en bienes para la realización de inmuebles recibidos en recuperación de cartera con el ejercicio habitual de construcción de viviendas, no es pertinente, ya que de acuerdo con el contrato de prestación de servicios de 30 de junio de 2006 suscrito con el Arq. Tomas A. Suarez Rojas y Mutual Guapay representada en este acto por Alberto Alarcón Pessona* (sic) *y Shirley Garron Arias, señala que el*

objeto es la realización de obras de conclusión de dos viviendas en el proyecto "Akualand - Guapay" (…).

La infracción analizada (…) *constituye responsabilidad del Directorio en su integridad, del Gerente General y del Gerente de Operaciones Financieras al haber suscrito contrato y en la autorización de gastos impropios al giro financiero de la entidad, así como la participación de los señores Jorge Núñez del Prado como Director que agrava su grado de responsabilidad en la infracción por su ingerencia* (sic) *en funciones ejecutivas autorizando el pago de gastos de* (sic) *Alberto Bacherer Soliz, Gerente de Créditos, al participar en el desembolso y pagos para la construcción de 2 viviendas en el Proyecto Akualand - Guapay, autorización de pagos destinados a actividades ajenas a la intermediación financiera; de Julio Marin Duran y* ***Yuri Rodríguez Urquidi por su participación en los pagos para cubrir gastos relacionados al desarrollo de proyectos habitacionales, contabilizados por el Contador de la entidad, sin efectuar observaciones ni objeciones de ninguna naturaleza*** (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

(…)

IV. Descargos efectuados en relación al cargo D., D.1, D.2, D.3, D.4 y D.5
(…)

Análisis de descargos (…)

(…) ***constituye responsabilidad íntegra del Directorio y del Gerente General de la entidad, así como de aquellos funcionarios ejecutivos que omitieron el cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolsos y gastos****, señores Shirley Garzón* (sic) *Arias, Alberto Bacherer Soliz, Roberto Rivera Fernández, Julio Marín Durán y* ***Yuri Rodríguez Urquidi*** (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con tales fundamentos, el mismo informe concluye y recomienda:

"…***III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES***

(…) *es evidente la contravención por omisión o comisión de las disposiciones contenidas en la Ley N ° 1488 de Bancos y Entidades Financieras Modificada por la Ley N° 2297 de Fortalecimiento de la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de Diciembre de 2001, y regulaciones prudenciales emitidas por la SBEF, así como a las normas Estatutarias e internas de la MUTUAL GUAPAY* (…) *como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades especificadas en el presente informe, por lo que se recomienda la imposición de sanciones administrativas,…*"

2.5.- Corridos los trámites correspondientes, se pronuncia la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007, que en sus considerandos establece el incumplimiento a disposiciones conforme constan en el informe ISR II/D-12057/2007 de fecha 29 de marzo de 2007; Resolución Administrativa que dispone:

> "…***Sancionar a*** *los señores SHIRLEY GARRON ARIAS, ALBERTO BACHERER SOLÍZ, JULIO MARÍN DURÁN,* ***YURI RODRÍGUEZ URQUIDI*** *Y JAQUELINE SOLARES JUSTINIANIO* (sic)*, en su calidades de Gerente de Operaciones, Gerente de Créditos, Gerente Nacional de Recaudaciones y Finanzas, Gerente Regional Oficina Cochabamba y Jefe del Departamento de Auditoría Interna, respectivamente*…"

2.6.-Habiendo merecido la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 recurso de revocatoria, al mismo le ha correspondido la Resolución Administrativa ASFI No. 260/2011 de fecha 4 de marzo de 2011, por la que se confirma a la primera "*en todas sus partes*".

Por consiguiente, se tiene que a tiempo de las Diligencias Preliminares que establece el artículo 65º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 septiembre de 2003, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó la existencia de las siguientes infracciones:

1. Con referencia a las partidas por importes de Bs 132.862,04 y Bs 20.280,36, no existe documentación legal que justifique los desembolsos, su recuperación, ni se tiene antecedentes del producto final; correspondiendo a los Cargos Nros. B-2 y D-3 que salen de la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007. No obstante, el Informe: SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007 (que conforme lo relacionado, sirve de base a todo el proceso sancionador), **no establece quién o quiénes resultan responsables de tal infracción**.

2. Que no correspondía la operación contable de determinados desembolsos (por un importe de Bs 295.353.-). En este caso, el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, establece que los desembolsos fueron autorizados, entre otros, por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**; correspondiendo al Cargo Nº C-2 establecido en la Resolución Administrativa SB Nº 017/2007 de 30 de marzo de 2007.

Consiguientemente, en el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ha establecido la responsabilidad del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** en la infracción señalada en el numeral 2 supra (Cargo Nº C-2), empero no en la del numeral 1 (Cargos Nros. B-2 y D-3), de manera tal que llama la atención que la nota SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007 (*Notificaciones de cargo*) dirigida al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, establezca su calidad de presunto infractor con respecto a "*la existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36 en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro*", cuando conforme lo analizado, no se encuentra fundamentado en el informe que sirvió de base al presente

proceso sancionador.

Tal situación además ha sido posible, por cuanto las actuaciones anteriores del ahora recurrente, fundamentalmente las producidas a tiempo de las Diligencias Preliminares y de la notificación de cargos, están más bien referidas a una posición institucional del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, por la cual se pasan a defender alegaciones de carácter general que hacen al interés particular de la entonces **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay**, y que no llaman la atención sobre la falta de fundamentos sobre su actuación en relación a las infracciones investigadas, las que después saldrán impuestas como sancionadas en su contra en la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, como confirmadas en la Resolución Administrativa -recurrida- ASFI N° 260/2011 de 4 de marzo de 2011.

Tal análisis es pertinente, cuando el recurrente alega su calidad de "*jefe de una ventana de recaudación*", posición basada en el hecho de que en el departamento de Cochabamba, la entonces Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay solo tenía agencias de cobro tributos y no así ninguna otra oficina, agencia o sucursal, extremo que coincide con el reporte del mes de enero de 2008 hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y cursante en obrados. El recurrente sugiere que ello determine que en esa su calidad, no le correspondía ninguna de las responsabilidades ejecutivas cuyo incumplimiento da razón al proceso impugnativo.

No obstante, es menester dejar constancia que el tratamiento que se hace del recurrente como Gerente de la Sucursal Cochabamba no es casual; el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** no proporciona ningún elemento que permita inferir la existencia de algún error a este respecto, amén que en las dos notas de fecha 22 de marzo, ambas sobre "*Reconsideración o resolución para proceso administrativo*" él mismo va a firmar como "Gerente Regional (*Of.*) *Cochabamba*"; en definitiva la determinación sobre si en el departamento de Cochabamba existía solamente una oficina recaudadora no forma parte de la controversia como que antes tampoco se observó el extremo.

Asimismo, el mencionado reporte del mes de enero de 2008 hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y cursante en obrados, establece que en enero de 2008, el encargado de tres Agencias Tributarias de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay en el departamento de Cochabamba, era el señor "*Water* (sic) *Padilla Perez*", por lo que se infiere que las funciones que importa la ventanilla de recaudación tributaria, no necesariamente correspondían al recurrente.

Ello sin perjuicio de la conclusión anterior, en sentido de que en el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007, trascendental dado que el mismo ha servido de base para la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras como Órgano Supervisor, no ha establecido la responsabilidad del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** en la infracción señalada en el numeral 1 (Cargos B-2 y D-3).

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de fecha 30 de marzo de 2007 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo individualizarse la sanción por cada imputación impuesta al recurrente y valorarse de manera fundamentada toda la prueba presentada.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2011

TOMO III

BOLIVIA

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 DE 09 DE FEBRERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 038/2011 DE 17 DE AGOSTO DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 038/2011

La Paz, 17 de agosto de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 de 09 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 249-2010 de 20 de octubre de 2010, ambas emitidas por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2011 de 7 de junio de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 94/2011 de 8 de agosto de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 02 de marzo de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 de 09 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 249-2010 de 20 de octubre de 2010.

Que, mediante nota APS/173/2011 con fecha de recepción de 19 de abril de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 de 09 de febrero de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 25 de abril de 2011, notificado el día 28 del mismo mes.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS AP/DJ/DPC/2481/2010 DE 30 DE AGOSTO DE 2010.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), mediante nota AP/DJ/DPC/2481/2010 de fecha 30 de agosto de 2010, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

"***CARGO 1.***

Existen indicios de incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003, Anexo I, Nota Técnica, Capítulo I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base inicial, al haber Futuro de Bolivia S.A. AFP emitido una Propuesta de jubilación de Bs1.095,63 (UN MIL NOVENTA Y CINCO 62/100 (sic) *BOLIVIANOS), considerando erróneamente un Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs176.777,80 (CIENTO SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE 80/100 BOLIVIANOS), resultado de la suma del monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs109.478,73 y la CC Global de Bs67.299,07 (SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE 07/100 BOLIVIANOS).*

CARGO 2.

Existen indicios de incumplimiento al artículo 8 del Decreto Supremo 28165 de 17 de mayo de 2005, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha modificado el monto de la pensión por Cuenta Individual presentado en su Propuesta de MVV de fecha 30 de mayo de 2008."

2. NOTA DE DESCARGOS FUT.AP.JUB 01692/2010 DE 05 DE OCTUBRE DE 2010.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.AP.JUB 01692/2010 de 05 de octubre de 2010, presentó sus descargos informando lo siguiente:

"Tenemos el agrado de dirigirnos a usted con relación a su nota de cargos AP/DPC/2481/2010 de fecha 30 de agosto de 2010, mediante la cual solicita presentar descargos sobre el afiliado Sr. Juan Gutiérrez Llanos con NUA 9108063:

CARGO 1.

En relación a los indicios de incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 132 de 07 de marzo de 2003, anexo I, Nota Técnica, Capitulo(sic) *I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial, debemos señalar lo siguiente:*

En el artículo citado se menciona lo siguiente: "CACI (J): Capital Acumulado en la Cuenta Individual del afiliado Jubilado declarado en el contrato de MVV, a valor cuota vigente al momento J. En los casos donde corresponda el beneficios(sic) *de Compensación de Cotizaciones por Pago Global, este importe deberá estar incluido en el Capital Acumulado de la Cuenta Individual del Afiliado Jubilado", de acuerdo a la hoja de datos enviada por PREVISIÓN el monto de la cuenta individual y el monto de la CC Global se encuentran en forma desglosada y siendo que es el primer caso con estas características y a fin de dar cumplimiento a lo enunciado, se procedió a sumar ambos datos y a realizar el cálculo de las unidades vitalicias de esa manera.*

Sin embargo, mediante nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de fecha 5 de noviembre de 2008 enviada a todas las Entidades Participantes en el Proceso de Jubilación se nos especifica que... "la información del Saldo en la Cuenta Individual remitida para que la AFP y Entidades Aseguradoras realicen la verificación de requisitos de jubilación, en cumplimiento al Artículo 4º de la Resolución Administrativa SPVS/IP 474 de 25 de junio de 2007, incluye el monto desembolsado de la Compensación de Cotizaciones Global", por lo que procedimos a calcular nuevamente las unidades vitalicias en función a dicha nota.

CARGO 2.

En relación a los indicios de incumplimiento al artículo 8 del Decreto Supremo 28165 de 17 de mayo de 2005, al respecto debemos señalar, lo siguiente:

Si bien mediante nota SVPS/IP/DPC/2763/2008 de fecha 5 de noviembre de 2008 se nos instruye continuar con el trámite del Sr. Juan Gutiérrez Llanos, mediante nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de fecha 5 de noviembre de 2008 se nos aclara que... "la información del Saldo en la Cuenta Individual remitida para que la AFP y entidades (sic) *Aseguradoras realicen la verificación de requisitos de jubilación, en cumplimiento al Artículo. 4° de la Resolución Administrativa SPVS/IP 474 de 25 de junio de 2007, incluye el monto desembolsado de la Compensación de Cotizaciones Global", por lo que considerando que se trata del primer caso con estas características, se procedió a generar la propuesta del Sr. Gutiérrez en base a la aclaración realizada.*

En consecuencia, nuestra administradora procedido (sic) *a generar el contrato y* (sic) *pagar la pensión de jubilación con el nuevo cálculo, situación que fue dada a conocer a su Autoridad mediante nota FUT.SUP.JUB 2844/2008 de fecha 5 de diciembre de 2008."*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 249-2010 DE 20 DE OCTUBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 249-2010 de 20 de octubre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), señala los siguientes argumentos técnicos:

"Al Cargo Nº 1…
…*Con respecto a los argumentos vertidos, corresponde aclarar al regulado que la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de fecha 07 de marzo de 2003, establece el procedimiento para este tipo de trámites, señalando expresamente en su Anexo I, Nota Técnica, Capítulo I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base inicial, respecto al Capital Acumulado en la Cuenta Individual, lo siguiente: "En los casos donde corresponda el beneficio de Compensación de Cotizaciones por Pago Global, este importe deberá estar incluido en el Capital Acumulado de la Cuenta Individual del Afiliado Jubilado."*

A mayor fundamento, la Resolución Administrativa SPVS IP Nº 872 de 18 de octubre de 2005, especifica el procedimiento a seguir para realizar la solicitud de Pago de CC Global, señalando en el Artículo Séptimo que, si el Afiliado cumple con los requisitos de jubilación considerando la CC Global en el monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual, estos recursos deben ser desembolsados por el Tesoro General de la Nación (TGN) antes de haber iniciado el trámite de jubilación, por lo que la CC Global pasa a formar parte del Capital Acumulado en Cuenta Individual del Afiliado.

De los antecedentes que cursan en el presente proceso administrativo, de la Hoja de Datos, se constata que el regulado tenía conocimiento de que el Afiliado contaba con CC Global; por lo que, conforme prevé la norma, el regulado debía considerar que los recursos provenientes de la CC Global se encontraban incluidos en el Capital Acumulado en la Cuenta Individual, para la otorgación de la prestación de jubilación en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo; sin embargo, la AFP al emitir una Propuesta de jubilación considerando como Capital Acumulado en Cuenta Individual, la suma del monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual y la CC Global, ha vulnerado la normativa vigente.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el regulado ha emitido una Propuesta de Jubilación de Bs1.095,63 (UN MIL NOVENTA Y CINCO 63/100 BOLIVIANOS), monto mayor al que financia el Afiliado con el Capital Acumulado en Cuenta Individual a fecha de Solicitud de Jubilación.

Futuro de Bolivia S.A. AFP también señala en sus descargos que, en función a la nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de fecha 05 de noviembre de 2008 emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS), procedió a calcular nuevamente las Unidades Vitalicias que corresponden al Afiliado. Al respecto, la citada nota fue emitida y comunicada por la ex SPVS a todas las entidades reguladas, como recordatorio de la vigencia y aplicación del Artículo Séptimo de la Resolución Administrativa SPVS IP N° 872 de 18 de octubre de 2005 y no como instrucción a la AFP sobre el trámite del Afiliado. En ese entendido, el argumento de la AFP no es suficiente para sustentar la rectificación del cálculo de Unidades Vitalicias.

Por tanto, es importante destacar que a la fecha de suscripción del Formulario de Solicitud de Jubilación del Afiliado Sr. Juan Gutiérrez Llanos, 12 de marzo de 2008, como se señaló precedentemente, se encontraba vigente la norma para el tratamiento de casos con Certificado de CC Global; por lo que no correspondía que la AFP proceda a sumar el Capital Acumulado en Cuenta Individual y el monto de CC Global, como señala en su nota.

En este sentido y al no presentar la AFP argumentos suficientes, corresponde sancionar el cargo por incumplimiento al Capítulo I Anexo I Pensión Base Inicial de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 132 de fecha 07 de marzo de 2003.

AL CARGO N° 2…

…*Al respecto, corresponde recordar al regulado que la nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de fecha 05 de noviembre de 2008 no fue emitida con carácter aclaratorio sino como recordatorio sobre la vigencia del Artículo Séptimo de la Resolución Administrativa SPVS IP N° 872 de 18 de octubre de 2005. Por tanto, independientemente de la nota, estaba vigente la Resolución Administrativa SPVS-P N° 132 de fecha 07 de marzo de 2003 que la AFP estaba obligada a cumplir. Asimismo, dicha nota no señala posibilidad alguna de rectificación de la Propuestas* (sic) *de MVV o emisión de Contratos ya que no está previsto en norma la modificación de las Propuestas de Jubilación, por lo que no correspondía que esta modificación sea realizada por Futuro de Bolivia S.A. AFP al monto de la pensión por Cuenta Individual presentado en la Propuesta de MVV de fecha 30 de mayo de 2008. Por tanto, se demuestra que la AFP pretende sustentar una conducta contraria a la norma en una nota que fue emitida con fines recordatorios específicamente.*

Asimismo, cabe reiterar que la Resolución Administrativa SPVS IP N° 872 de 18 de octubre de 2005, especifica con claridad el procedimiento a seguir para realizar la solicitud de Pago de CC Global, y señala en su Artículo Séptimo que si el Afiliado cumple con los requisitos de jubilación considerando la CC Global en el monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual, estos recursos deben ser desembolsados por el TGN antes de haber iniciado el trámite de jubilación; por lo que no se requería aclaración alguna sobre el procedimiento establecido para este tipo de casos.

Por otra parte, es importante aclarar que la nota FUT. SUP. JUB 2844/2008 de 05 de diciembre de 2008, en la cual la AFP hace conocer a la ex Intendencia de Pensiones la emisión del Contrato de jubilación del Afiliado, fue emitida en atención a la instrucción realizada por la ex Intendencia de Pensiones respecto a que debía proseguir el trámite, y no por iniciativa propia del regulado. Asimismo, es importante destacar que la AFP, en la señalada nota, no dio a conocer la emisión de una nueva Propuesta de jubilación, con un monto de pensión modificado.

Es necesario recordar al regulado que una nota no puede contradecir o dejar sin efecto lo dispuesto por una norma de jerarquía superior y vigente, como lo es un Decreto Supremo.

Por tanto, los argumentos presentados por la AFP no permiten desvirtuar el cargo imputado por incumplimiento al artículo 8 del Decreto Supremo 28165 de 17 de mayo de 2005…

…***RESUELVE:***

PRIMERO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo 1****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003, Anexo I, Nota Técnica, Capítulo I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base inicial.*

SEGUNDO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo 2****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us 5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 8 del Decreto Supremo 28165 de 17 de mayo de 2005…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 09 de diciembre de 2010 **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 249-2010 de 20 de octubre de 2010, con los siguientes argumentos:

"***FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVOCATORIA***

Con relación al Cargo Nº 1

Se nos sanciona imponiéndonos una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a la Resolución Administrativa SPV-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003, Anexo I, Nota Técnica, Capítulo I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial, sin considerar nuestros descargos cuyos extremos pasamos a detallar:

a) *El Sr. Juan Gutiérrez Llanos, Afiliado de BBVA Previsión AFP S.A. inició trámite de jubilación en su AFP de registro (BBVA Previsión AFP S.A.) en la ciudad de Cochabamba en fecha 6 de mayo de 2008; por lo que en aplicación a lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 474 de 25 de junio de 2007 y una vez estampado el VoBo a dicha solicitud, en fecha 12 de mayo de 2008, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV/PR 05017/08 solicita verificación de cumplimiento de requisitos de jubilación proporcionando para ello la hoja de datos del Afiliado. Posteriormente y con Nota PREV- PR 5510/08 de fecha 11 de junio BBVA Previsión AFP S.A. al haber detectado un error remite nueva hoja de datos corregida; dicha información es susceptible de una nueva corrección al subsistir errores, y*

es comunicada a nuestra AFP mediante nota PREV-PR 5525/08 de fecha 13 de junio de 2008.

b) *Como consecuencia de los errores reportados por la AFP de registro en la información contenida en la hoja de datos del Afiliado Juan Gutiérrez Llanos, las entidades participantes en el proceso de jubilación cometieron errores en el cálculo de la Pensión Base. Aspecto que fue puesto en conocimiento de la Ex SPVS mediante nuestra nota FUT.SUP.JUB. 1464/2008 de fecha 16 de junio de 2008, en la que solicitamos la anulación del Formulario de Selección de Modalidad de Jubilación del Afiliado Juan Gutiérrez Llanos.*

c) *Mediante nota SPVS/IP/DPC/1650/2008 de fecha 27 de junio de 2008, la Ex SPVS solicita la remisión de todos los documentos utilizados por Futuro de Bolivia S.A. AFP para la emisión de la propuesta de jubilación, así como copia de todas las propuestas presentadas por el Afiliado para la suscripción del Formulario de Selección de Modalidad de Jubilación. Dicha información fue proporcionada por nuestra AFP mediante nota FUT.SUP.JUB 1637/2008 de fecha 7 de julio de 2008. Documentación mediante la cual el Regulador pudo observar que existían montos de pensión diferentes y que no guardaban relación a lo que en derecho le correspondía al Afiliado toda vez que la Pensión Base ofrecida por la (sic) entidades participantes es como sigue:*

   - *Mensualidad Vitalicia Variable BBVA Previsión AFP S.A. Bs676,96*
   - *Mensualidad Vitalicia Variable Futuro de Bolivia S.A. AFP Bsl.095,63*
   - *Seguro Vitalicio La Vitalicia Seguros y reaseguros*(sic)*de Vida S.A. Bs991,75*

d) *Considerando el envío de información incorrecta por parte de la AFP de registro, la inconsistencia en los montos de Pensiones Ofrecidos*(sic) *por las entidades autorizadas para ofrecer modalidades de jubilación, y en aplicación al principio de imparcialidad que persigue la defensa del interés general de los administrados, la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros debió anular el trámite de jubilación hasta el vicio más antiguo, es decir, hasta la etapa de remisión de nueva hoja de datos con información correcta, independientemente de la confusión que generó ésta para la aplicación de lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003.*

e) *Sin considerar que el procedimiento de jubilación ya estaba viciado de nulidad, la Ex SPVS mediante nota SPVS/IP/DPC/2763/2008 de fecha 5 de*

noviembre Instruye a Futuro de Bolivia continuar con el proceso de jubilación, ordenando además la remisión de de(sic) *una copia del contrato y de la primera boleta de pago.*

f) *Como consecuencia de los errores detectados no solamente en la emisión de la propuesta por parte de nuestra AFP, sino también de otras de las entidades participantes; y, al tratarse además del primer caso con estas características, la Ex SPVS mediante nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de fecha 5 de noviembre recuerda la vigencia de la Resolución Administrativa SPVS IP 872 de 18 de octubre de 2005 y aclara que la ... "información del saldo en Cuenta Individual remitida para que las AFP y Entidades Aseguradoras realicen las verificaciones de requisitos de jubilación, en cumplimiento al Artículo 49 de la Resolución Administrativa SPVS IP 474 de 25 de junio de 2007, incluye el monto desembolsado de la Compensación de Cotizaciones Global". Aclaración que se hace necesaria, en virtud a que la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474 de 25 de julio de 2007 establece en su Anexo I, Artículo 4, párrafo segundo que a efectos de verificación de requisitos se debe informar entre otras cosas monto actualizado y ajustado de la CC, especificando si es Mensual o Global; induciendo de esta manera los operadores al error en la aplicación de la Resolución Administrativa SPVS-P N°132 de 07 de marzo de 2003, Anexo I, Nota Técnica, Capitulo(sic) I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial. Puesto que al estar la CC Global incluida en el Saldo de Cuenta Individual a fecha de solicitud, carece de todo valor y relevancia.*

Por otra parte entendemos que toda vez que existen otras instituciones involucradas en el presente procedimiento, debe cursarse las correspondientes notificaciones a fin de conocer también los criterios de esas instituciones, de conformidad al principio establecido por el artículo 4 inciso f) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 Ley de procedimiento Administrativo que dice ,,"f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados..".. En ese sentido solicitamos a ese órgano regulador se sirva notificamos con los argumentos de las otras instituciones que suponemos se encuentran inmersas en el presente procedimiento o procedimientos similares.

Con relación al Cargo N° 2

Se nos sanciona imponiéndonos una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 8 del Decreto Supremo 28165 de 17 de mayo de 2005,

por lo que a efectos de fundamentar nuestro recurso es importante precisar lo siguiente:

a) *Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en conocimiento de los vicios de nulidad con que contaba el trámite de pensión de jubilación del Afiliado Juan Gutiérrez Llanos, ordenó a Futuro de Bolivia S.A. AFP continuar con el proceso de jubilación mediante nota SPVS/IP/DPC/2763/2008 de fecha 5 de noviembre.*

b) *Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en caso similar al que ahora es motivo de controversia, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 149-2009 de fecha 03 de noviembre de 2009 en su parte resolutiva tercera, ha instruido dejar sin efecto el trámite de jubilación hasta la emisión de la Hoja de Datos para la verificación de requisitos de jubilación dejando sin efecto todo lo actuado incluida la firma del contrato de jubilación, por lo que al retomarse el proceso se emitieron nuevas propuestas con obviamente, nuevos montos. De lo que se desprende que la AP tiene la potestad de autorizar la modificación de las propuestas de jubilación, cuando estas están viciadas de nulidad al haberse emitido con información erróneamente consignada. Por lo que los alcances del artículo 8 del Decreto Supremo Nº 28168 de 17 de mayo de 2005, no son limitativos, más aún cuando su aplicación y vigencia estaban condicionadas a la reglamentación por parte de la SPVS tal como lo establece el artículo 27 del ya citado Decreto Supremo Nº 28165.*

CONCLUSIONES.-

Como su Autoridad podrá evidenciar de los argumentos expresados en los párrafos anteriores, se nos está sancionando sobre la base de un trámite que desde el momento de la emisión de la hoja de datos y solicitud de verificación de requisitos de jubilación, ya se encontraba viciado de nulidad. Que dichos actos fueron de conocimiento de la entonces Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, por lo que en uso de las atribuciones conferidas por el inciso e) del artículo 49 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, correspondía anularse el trámite hasta la regularización de la información correcta en la hoja de datos emitida por BBVA Previsión AFP S.A., a efectos de que todas las entidades participantes puedan emitir sus propuestas de jubilación en las mismas condiciones; evitando la prosecución de un procedimiento viciado.

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, debe prestarse necesaria atención al hecho de que la AP, no ha demostrado la configuración o la existencia de una conducta preterintencional, toda vez que no ha verificado ni menos probado, la

existencia de un comportamiento doloso por parte de nuestra AFP y menos aun que éste, haya causado un daño mayor al previsto o al que supuestamente hubiéramos querido ocasionar al Afiliado Juan Gutiérrez Llanos; por lo que el acto administrativo ahora recurrido no cuenta con la fundamentación necesaria prescrita por el articulo(sic) *28 inciso e) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 Ley de Procedimiento Administrativo, a efectos de enmarcar la infracción cometida dentro de los alcances de lo establecido por el inciso c) del articulo (sic) 286; y, inciso c) del artículo 291 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*

Asimismo es conveniente precisar que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha utilizado el principio de proporcionalidad en la aplicación de la Sanción a nuestra AFP, toda vez que mediante AP/DJ/Nº 149-2009 de fecha 03 de noviembre de 2009; ha sancionado a BBVA Previsión AFP S.A. por infracción al mismo marco normativo (Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003, Anexo I, pensión Base Inicial) con una multa en Bolivianos equivalentes a $us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA). Situación que debió ser considerada, más aun (sic) cuando se trataba del primer caso con CC Global y que además fue objeto de una necesaria aclaración para su correcta aplicación por parte de todas entidades autorizadas para ofertar servicios y propuestas de jubilación.

Esta falta de concordancia en la imposición de sanciones, no solo vulnera nuestro derecho a la igualdad, sino también constituye una acción discriminante contra nuestra situación, al no tomarse en cuenta ese precedente administrativo.

Como su Autoridad podrá colegir, todos los elementos y antecedentes del caso estaban dispuestos para que se atienda la solicitud efectuada por nuestra AFP mediante nota FUT.SUPJUB. 1464/2008 dejando sin efecto el Formulario de Selección de Modalidad de Jubilación por estar viciado de nulidad. Por lo que a nuestro entender la falta de atención a nuestros requerimientos y consultas, la falta de reglamentación del artículo 8 del Decretos Supremo Nº 28165 de 17 de mayo de 2005 han promovido la instauración de un proceso sancionatorio por demás injusto, además que el alcance de las sanciones impuestas carecen de fundamentación adecuada porque la AP no ha configurado ni demostrado la existencia de la preterintencionalidad en nuestra conducta, constituyéndose esta, como un elemento esencial para la aplicación de lo dispuesto por el artículo 286 inciso c) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997. Por lo que en apego al ordenamiento normativo que rige el procedimiento sancionador en la vía administrativa aun si su Autoridad no revocase totalmente el acto administrativo recurrido, manteniendo una postura sancionatoria, correspondería aplicar lo establecido por el inciso d) del artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 DE 09 DE FEBRERO DE 2011.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 de 09 de febrero de 2011 resolvió confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 249-2010 de 20 de octubre de 2010 con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos formulados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria y los alegatos de BBVA Previsión AFP S.A., cabe emitir pronunciamiento correspondiente.

Al Cargo Nº 1.

a) *La AFP refiere que el Afiliado Juan Gutiérrez Llanos habría iniciado trámite de jubilación en la AFP de Registro en Cochabamba, el 06 de mayo de 2008, por lo que en aplicación a la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 474 de 25 de junio de 2007* ***(R.A.474/2007)*** *y una vez estampado el Visto Bueno en dicha solicitud, el 12 de mayo de 2008 con nota PREV-PRO5017/08, BBVA Previsión AFP S.A. solicita la verificación de cumplimiento de requisitos de jubilación proporcionando la Hoja de Datos del Afiliado. También señala que, BBVA Previsión AFP S.A. al haber detectado error, con nota PREV PR 5510/08 de 11 de junio de 2008, remite nueva Hoja de Datos corregida, la cual es susceptible de una nueva corrección al subsistir errores y es comunicada a Futuro de Bolivia S.A. AFP con nota PREV-PR 5525/08 de 13 de junio de 2008.*

Al respecto, cabe señalar que BBVA Previsión AFP S.A. evidentemente remitió a Futuro de Bolivia S.A. AFP información errónea sobre el Capital Acumulado en Cuenta Individual en Bolivianos y CC Global Actualizada en la Hoja de Datos, como se detalla en el cuadro a continuación:

NOTA	FECHA DE RECEPCIÓN EN FUTURO	CACI CUOTAS	CACI Bs	CC GLOBAL ACTUALIZADA
PREV PR 05017/08	19/05/2008	303,7919	109.478,73	67.299,07
PREV PR 5510/08	12/06/2008	303,7919	109.478,73	71.284,50
PREV PR 5525/08	16/06/2008	303,7919	109.478,73	67.080,77
MONTO CORRECTO		303,7919	109.513,76	67.080,77

Sin embargo, se puede observar que entre el monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual en Bolivianos, informado por BBVA

Previsión AFP S.A. con nota PREV PR 05017/08 para el cálculo de la Propuesta de MVV (Bs109.478,73) y el monto que debería haber sido informado (Bs109.513,76); existe solamente una diferencia de Bs35,03 (TREINTA Y CINCO 03/100 BOLIVIANOS).

En este sentido, si Futuro de Bolivia S.A. AFP hubiera considerado dicho monto, debería haber ofertado una pensión de jubilación de Bs676,74 (SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS 74/100 BOLIVIANOS), en lugar de Bs1.095,63 (UN MIL NOVENTA Y CINCO 63/100 BOLIVIANOS).

Por tanto, la diferencia entre el monto de la pensión ofertada por Futuro de Bolivia S.A. AFP y la pensión que le correspondía efectivamente al Sr. Juan Gutiérrez Llanos, se debe a la errónea aplicación de la normativa, para casos en los cuales el Afiliado cuenta con una CC Global.

b) *Futuro de Bolivia S.A. AFP indica en su impugnación que, como consecuencia de los errores reportados en la Hoja de Datos, las entidades participantes cometieron errores en el cálculo de la Pensión Base, situación que fue puesta en conocimiento de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros* ***(SPVS)*** *con nota FUT.SUPJUB. 1464/2008 de 16 de junio de 2008, solicitando la anulación del Formulario de Selección de Modalidad de Jubilación del Afiliado.*

Con relación a lo señalado por el regulado, es importante aclarar que con nota FUT.SUPJUB. 1464/2008 de 16 de junio de 2008, la AFP no informó tal como señala en el Recurso de Revocatoria, que a consecuencia de los errores reportados en la Hoja de Datos remitida por BBVA Previsión AFP S.A., las entidades cometieron errores en el cálculo de la Pensión Base. Pues con la citada nota, la AFP solicitó la anulación del Formulario de Selección de Modalidad de jubilación en virtud a que BBVA Previsión AFP S.A. procedió a rectificar el Formulario de Hoja de Datos, argumentando que habría cometido errores y como consecuencia de los mismos, los procesos regulares de control y cumplimiento de plazos se vieron afectados y más aún el propio Afiliado, quien no podría suscribir Contrato dentro del plazo establecido en norma. Por lo que en dicha nota, la AFP enfatiza el cumplimiento de plazos, en especial el de suscripción del Contrato de jubilación.

Asimismo, cabe reiterar que el envío de información errónea de BBVA Previsión AFP S.A. no causó error en el cálculo de la Pensión Base, como se indica en el Recurso de Revocatoria, sino mas bien la Propuesta de Jubilación de Futuro de Bolivia S.A. AFP fue emitida con un monto de

pensión de jubilación de Bs1.095,63 (UN MIL NOVENTA Y CINCO 63/100 BOLIVIANOS), mayor al que le correspondía al Afiliado (Bs676,96) debido a que consideró un Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs176.777,80 (CIENTO SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE 80/100 BOLIVIANOS), resultado de la suma del monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs109.478,73 (CIENTO NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO 73/100 BOLIVIANOS) y la CC Global de Bs67.299,07 (SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE 07/100 BOLIVIANOS). Si Futuro de Bolivia S.A. AFP hubiera considerado el monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs109.478,73 (CIENTO NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO 73/100 BOLIVIANOS) reportado por BBVA Previsión AFP S.A. el 19 de mayo de 2008, fecha previa a la emisión de su Propuesta de Jubilación, la diferencia en el monto de Pensión de Jubilación ofertado hubiera sido de Bs676,74 (SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS 74/100 BOLIVIANOS), menor en Bs0,22 (CERO 22/100 BOLIVIANOS) a la pensión que le correspondía al Afiliado.

c) *El Recurso de Revocatoria interpuesto por la AFP señala también que, con nota SPVS/IP/DPC/1650/2008 de 27 de junio de 2008, la ex SPVS solicita la remisión de todos los documentos utilizados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, para la emisión de la Propuesta de Jubilación, así como copia de todas las Propuestas presentadas por el Afiliado para la suscripción del Formulario de Selección de Modalidad de Jubilación. La AFP proporcionó dicha información con nota FUT.SUPJUB 1637/2008 de 07 de julio de 2008, en la cual, el regulador pudo observar que en la documentación existían montos de pensión diferentes y que no guardaban relación a lo que en derecho le correspondía al Afiliado, toda vez que la Pensión Base ofrecida por las entidades era:*

-Mensualidad Vitalicia Variable BBVA Previsión AFP S.A. Bs676,96.
-Mensualidad Vitalicia Variable Futuro de Bolivia S.A. AFP Bs1.095,63.
-Seguro Vitalicio La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. Bs991,75.

Al respecto, cabe indicar que la información remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP en atención al requerimiento efectuado con nota SPVS/IP/DPC/1650/2008 de 27 de junio de 2008, ha sido observada y analizada por la ex SPVS dentro de las Diligencias Preliminares del presente proceso administrativo.

d) *La AFP argumenta que, considerando el envío de información incorrecta de la AFP de registro, la inconsistencia en los montos de pensiones ofrecidas por las entidades autorizadas, para ofrecer modalidades de*

jubilación, y en aplicación al principio de imparcialidad que persigue la defensa del Interés general de los administrados, la ex SPVS debió anular el trámite de jubilación hasta el vicio más antiguo, es decir hasta la etapa de remisión de nueva Hoja de Datos con información correcta, independientemente de la confusión que generó ésta para la aplicación de lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-P No. 132 de 07 de marzo de 2003 ***(R. A. 132/2003)***.

Con respecto a lo expresado por la AFP corresponde señalar que, la norma vigente no establece la anulación de un trámite de jubilación hasta el vicio más antiguo por un error de aplicación de la normativa de las entidades. Asimismo, se debe aclarar que la anulación de un trámite de jubilación en un caso similar, se ha realizado como consecuencia de un proceso administrativo.

e) *Futuro de Bolivia S.A. AFP refiere que, sin considerar que el procedimiento de jubilación ya estaba viciado de nulidad, la ex SPVS mediante nota SPVS/IP/DPC/2763/2008 de 05 de noviembre instruye a Futuro de Bolivia S.A. AFP continuar con el proceso de jubilación, ordenando la remisión de una copia del Contrato y de la primera boleta de pago.*

Con relación a lo señalado por la AFP, cabe indicar que la ex SPVS en el marco de lo establecido en norma vigente, comunica a Futuro de Bolivia S.A. AFP que habiendo seleccionado el Afiliado la Propuesta de jubilación emitida por la Administradora, el trámite deberá continuar con la suscripción, del Contrato de jubilación respectivo, claro está dentro de la normativa vigente.

f) *También el regulado refiere que, como consecuencia de los errores en la emisión de la Propuesta de Futuro de Bolivia S.A. AFP y de las demás entidades, y al tratarse del primer caso con esas características la ex SPVS con nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de 05 de noviembre de 2008, recuerda la vigencia de la Resolución Administrativa SPVS IP 872 de 18 de octubre de 2005 y aclara que la "…información del saldo en Cuenta Individual remitida para que las AFP y Entidades Aseguradoras realicen las verificaciones de requisitos de jubilación, en cumplimiento al Artículo 4º de la Resolución Administrativa SPVS IP 474 de 25 de junio de 2007, incluye el monto desembolsado de la Compensación de Cotizaciones Global.*

La AFP señala que esta aclaración se hace necesaria en virtud a que la R.A. 474/2007 establece en su Anexo I, Artículo 4, párrafo segundo que a efectos de verificación de requisitos se debe informar entro otras cosas el monto actualizado y ajustado de la CC, especificando si es Mensual o Global, induciendo al error en la aplicación de la R.A. 132/2003, Anexo I, Nota Técnica, Capitulo(sic) *I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial, puesto que al estar la CC Global incluida en el Saldo de Cuenta Individual a fecha de Solicitud, carece de todo valor y relevancia.*

Por otra parte la AFP señala que, toda vez que existen otras instituciones involucradas en el presente procedimiento, debe cursarse las correspondientes notificaciones a fin de conocer sus criterios, de conformidad al principio establecido por el artículo 4 inciso f) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 Ley de Procedimiento Administrativa que dice "...f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados...". Por lo que solicita se sirva notificar a la AFP con los argumentos de las otras instituciones que se encuentran inmersas en el presente procedimiento o similar.

Con relación a los argumentos esgrimidos, cabe aclarar que con la nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de 05 de noviembre de 2008 emitida por la ex SPVS, se recuerda a todas las entidades la vigencia del Artículo Séptimo de la Resolución Administrativa SPVS/IP/872 de 18 de octubre de 2005, disposición que determina lo siguiente:

> *"Si el Afiliado cumple con los requisitos de jubilación únicamente con la opción a) del artículo tercero considerando la CCG en el monto del Capital Acumulado en Cuenta Individual, el Solicitante deberá iniciar su trámite de jubilación una vez que estos recursos sean desembolsados por el TGN."*

De la lectura de dicho Artículo Séptimo, vigente desde el 18 de octubre de 2005 y sin requerir interpretación alguna, se puede establecer que la información de Capital Acumulado en Cuenta Individual incluye la CC Global, toda vez que para iniciar el trámite de jubilación se requiere que la CC Global sea previamente desembolsada, por lo que Futuro de Bolivia S.A. AFP no debía, bajo ningún concepto, sumar al Capital Acumulado en Cuenta Individual, el monto de CC Global.

Asimismo, corresponde mencionar que dicho recordatorio no se realiza para aclarar lo establecido en la R.A.474/2007 Anexo I, Artículo 4, párrafo segundo, como señala la AFP, considerando que la información del monto actualizado y ajustado de la CC, especificando si es Mensual o Global y la información del Capital Acumulado en Cuenta Individual hasta el día de presentación de Solicitud de jubilación inclusive, no induce a ningún error en la aplicación de la R.A. 132/2003, Anexo I, Nota Técnica, Capitulo(sic) *I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial, sino más bien aclara la aplicación de esta última Resolución que señala "En los casos donde corresponda el beneficio de Compensación de Cotizaciones por Pago Global, este Importe deberá estar incluido en el Capital Acumulado de la Cuenta Individual del Afiliado Jubilado.". Por tanto, el monto de CC Global es de carácter informativo y permite a las entidades realizar la verificación de cumplimiento de requisitos de jubilación conociendo que el Capital Acumulado en Cuenta Individual ya incluye dicho monto.*

Para finalizar esta parte del análisis, con relación al argumento de que esta Autoridad debería notificar a las demás entidades involucradas en el presente procedimiento en virtud al Principio de imparcialidad;

corresponde señalar que mediante Auto de 21 de diciembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha dispuesto la notificación a BBVA Previsión AFP S.A. y a La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., con el memorial de Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, para que formulen sus alegatos, al tenerlas como entidades que sí presentaron sus Propuestas.

Al Cargo N° 2.

a) *Con relación al presente cargo Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta que, esta Autoridad en conocimiento de los vicios de nulidad con que contaba el trámite de pensión del Afiliado, ordenó continuar con el proceso de jubilación mediante nota SPVS/IP/DPC/2763/2008 de 05 de noviembre de 2008.*

   Como se señaló en el análisis para el Cargo N° 1, la ex SPVS en el marco de lo establecido en norma vigente, indica a Futuro de Bolivia S.A. AFP que habiendo seleccionado el Afiliado la Propuesta de jubilación emitida por la Administradora, el trámite debe continuar con la suscripción del Contrato de jubilación respectivo.

b) *La AFP también señala que, en caso similar esta Autoridad mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 149-2009 de 03 de noviembre de 2009, ha instruido dejar sin efecto el trámite de jubilación hasta la emisión de la Hoja de Datos para la verificación de requisitos de jubilación, dejando sin efecto todo lo actuado incluida la firma del Contrato de Jubilación, por lo que al retomarse el proceso se emitieron nuevas propuestas con nuevos montos. De lo que se desprendería que la AP tiene la potestad de autorizar la modificación de las Propuestas de jubilación cuando éstas están viciadas de nulidad al haberse emitido con información erróneamente consignada. Por lo que, los alcances del artículo 8 del Decreto Supremo N° 28165 de 17 de mayo de 2005, no serían limitativos, más aún cuando su aplicación y vigencia estarían condicionadas a la reglamentación por parte de la ex SPVS, tal como lo establece el artículo 27 del citado Decreto Supremo N° 28165.*

   Al respecto, se debe reiterar que la normativa vigente, no tiene establecida la posibilidad de anulación de un trámite de jubilación hasta el vicio más antiguo por un y error de aplicación de la normativa por las entidades; más al contrario, el Decreto Supremo N° 28165 de 17 de mayo de 2005, señala expresamente en su artículo 8 que "Una vez presentadas las propuestas de prestación de jubilación por las AFP y las EA, no podrán ser modificadas.". Asimismo corresponde aclarar al regulado que, la posibilidad de que esta Autoridad pueda dejar sin efecto un trámite de jubilación, se dio como resultado de un proceso administrativo sancionatorio donde se ha comprobado la existencia de infracción a la normativa vigente por parte del regulado. Asimismo, se hace saber al regulado que la normativa para el trámite de jubilación, no faculta al ente regulador poder modificar las Propuestas de jubilación, como erróneamente lo entiende la AFP.

Con referencia a lo resuelto en la citada Resolución Administrativa AP/DJ/N° 149-2009 de 03 de noviembre de 2009, corresponde señalar que dicho acto administrativo a momento de resolverse contaba con un escenario factico y jurídico distinto a! que ahora se dilucida, entre las cuales se tiene que, la Afiliada aún no estaba percibiendo la pensión de jubilación; por lo que esta Autoridad ha considerado esas diferencias a momento de emitir la R.A.249-2010, la cual tampoco puede ser considerada como un precedente aplicable al presente caso de autos…"

A las Conclusiones.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en esto parte de la impugnación refiere que la Autoridad, de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP no habría demostrado que la conducta de la AFP fue preterintencional, con dolo y que hubiera causado daño, por lo que el acto administrativo emitido no contaría con la fundamentación necesaria, para enmarcar la infracción cometida dentro de los alcances de los artículos 286 inciso c) y 291 inciso c) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Al respecto, corresponde señalar que los hechos antijurídicos imputados en los cargos, fueron imprimidos con preterintencionalidad debido a que como consecuencia de la infracción, en el Cargo 1, el regulado ha emitido Propuesta de Jubilación con un monto mayor al que financia el Afiliado con el Capital Acumulado en Cuenta Individual a fecha de Solicitud de Jubilación, sin considerar que su accionar no sólo se ha limitado al incumplimiento normativo sino también a generar una expectativa en el Afiliado; en cuanto al Cargo 2, Futuro de Bolivia S.A. AFP al modificar el monto de la pensión por Cuenta Individual presentado en su Propuesta de MVV de fecha 30 de mayo de 2008, ha generado también que la pensión no sea otorgada al Afiliado como inicialmente fue ofrecida.

En cuanto al dolo y daño en la conducta del regulado, evidentemente estos conceptos no se adecuaron a los hechos imputados, razón por la cual esta Autoridad ha determinado que la sanción aplicada sea con gravedad leve, en lugar de media; entendimiento jurídico que considera además, el cumplimiento de los principios legales de proporcionalidad y fundamentación del acto administrativo, en lo particular, para la calificación e imposición de la sanción.

Asimismo es importante aclarar que, la sanción aplicada a la otra AFP no fue por incumplimiento al marco normativo imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, sino como consecuencia de hechos distintos, y en consideración a la participación que tuvo BBVA Previsión AFP S.A. como entidad de registro, en el

trámite de jubilación correspondiente al Afiliado Juan Gutiérrez Llanos. Por tanto, la apreciación de ambos casos, no se asimilan.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en esta parte de su recurso también señala que, la falta de reglamentación del artículo 8 del Decreto Supremo Nº 28165 de 17 de mayo de 2005, habría promovido el presente proceso sancionatorio, Al respecto, dicha argumentación no es evidente, en razón de que el regulado está obligado a dar cumplimiento de la norma, sin ser óbice en el presente caso, su reglamentación; mas aun cuando la norma señalada anteriormente es clara y precisa en cuanto a sus determinaciones…"

6.- RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 02 de marzo de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 de 09 de febrero de 2011, expresando lo siguiente:

"Con relación al Cargo N° 1:

Se confirma la sanción en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a la Resolución Administrativa SPV-P(sic) *Nº 132 de 07 de marzo de 2003, Anexo I, Nota Técnica, Capítulo I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial, sin considerar que:*

a) *Como bien señala la AP, en el análisis de nuestro recurso de revocatoria, es evidente que BBVA Previsión AFP S.A. remitió información errada en tres oportunidades, lo que de manera independiente afectó al cálculo de la pensión base que efectuaron las Entidades participantes en el proceso de jubilación.*

b) *Mediante nuestra FUT.SUP.JUB 1637/2008 de fecha 7 de julio de 2008, Futuro de Bolivia remite la información solicitada por la Ex SPVS mediante nota SPVS/IP/DPC/1650/2008 de fecha 27 de junio de 2008; información por la cual el Regulador pudo observar que existían montos de pensión diferentes y que no guardaban relación a lo que le correspondiera al Afiliado, toda vez que la Pensión Base ofrecida por la* (sic) *entidades participantes es como sigue:*

1. *Mensualidad Vitalicia Variable BBVA Previsión AFP S.A. Bs 676.96*
2. *Mensualidad Vitalicia Variable Futuro de Bolivia S.A. AFP Bs 1.095,63*
3. *Seguro Vitalicio La Vitalicia Seguros y reaseguros de Vida S.A. Bs 991,75*

Por su parte la AP, en el análisis del recurso afirma que la documentación ha sido observada y analizada por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dentro de las diligencias preliminares del presente proceso Administrativo. Sin embargo se denota que en este caso no se ha actuado con imparcialidad vulnerando lo establecido por el inciso f) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo por el cual se establece que "Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados": ya que se inicia proceso sancionatorio contra nuestra AFP; y no así, contra La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A., institución que ha efectuado el cálculo de su Pensión Base bajo los mismos criterios, como se desprende del monto ofertado para su pensión en el Seguro Vitalicio.

c) *Como consecuencia de los errores detectados no solamente en la emisión de la propuesta por parte de nuestra AFP, sino también de otras de las entidades participantes; y, al tratarse además del primer caso con estas características, la Ex SPVS mediante nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de fecha 5 de noviembre recuerda la vigencia de la Resolución Administrativa SPVS IP 872 de 18 de octubre de 2005 y aclara que la …"información del saldo en Cuenta Individual remitida para que las AFP y Entidades Aseguradoras realicen las verificaciones de requisitos de jubilación, en cumplimiento al Artículo 4º de la Resolución Administrativa SPVS IP 474 de 25 de junio de 2007, incluye el monto desembolsado y en el recurso de revocatoria, este fue el primer caso procesado con Compensación de Cotizaciones Global; y a partir de ello, no se ha vuelto a cometer el mismo error, por lo que nuestra conducta a tiempo de ser valorada por la AP, debió tomar en cuenta el precedente sentado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión." Además de considerar que por la misma infracción, como se desprende del inciso c) de la parte resolutiva primera de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 149-2009 de 03 de noviembre de 2009, se sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. con tan solo $us500.00 (Quinientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).*

Con relación al Cargo Nº 2

Se confirma la multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 8 del Decreto Supremo 28165 de 17 de mayo de 2005, por lo que a efectos de fundamentar nuestro recurso es importante precisar lo siguiente:

a) *Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en conocimiento de los antecedentes del trámite de pensión de jubilación del Afiliado Juan Gutiérrez Llanos, y ante la evidente contradicción en la información remitida por BBVA Previsión AFP S.A., debió en cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo, impulsar de oficio el proceso correspondiente que permita retrotraer el tramite hasta la etapa de envió de información para verificación de requisitos de jubilación, a efectos de que todas las entidades puedan participar en el proceso en igualdad de condiciones.*

b) *Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en caso similar al que ahora es motivo de controversia, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 149-2009 de fecha 03 de noviembre de 2009 en su parte resolutiva tercera , ha instruido dejar sin efecto el trámite de jubilación hasta la emisión de la Hoja de Datos para la verificación de requisitos de jubilación dejando sin efecto todo lo actuado incluida la firma del contrato de jubilación, por lo que al retomarse el proceso se emitieron nuevas propuestas con obviamente, nuevos montos, en función a la información correcta.*

   Que si bien del análisis que hace la AP es evidente que el escenario fáctico es distinto, por cuanto la Afiliada no había recibido ningún pago. También es evidente que si la AP hubiera actuado de manera imparcial, no hubiera obligado a Futuro a proseguir con el trámite, suscribiéndose el contrato y procediendo a los pagos, enmarcando el presente proceso administrativo en el mismo marco tanto fáctico como jurídico.

CONCLUSIONES.-

Como su Autoridad podrá evidenciar de los argumentos expresados en los párrafos anteriores, se nos está sancionando sobre la base de un trámite que desde el momento de la emisión de la hoja de datos y solicitud de verificación de requisitos de jubilación, contaba con errores. Que dichos errores fueron en su oportunidad de conocimiento de la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por lo que en uso de las atribuciones conferidas por ley debió actuar en consecuencia.

Asimismo es conveniente precisar que en la sanción que nos impone la Autoridad de

Fiscalización y Control Social de Pensiones no existe proporcionalidad, toda vez que mediante AP/DJ/Nº 149-2009 de fecha 03 de noviembre de 2009, ha sancionado a BBVA Previsión AFP S.A. por infracción al mismo marco normativo (Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003, Anexo I, pensión Base Inicial) con una multa en Bolivianos equivalente a $us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA). Situación que debió ser considerada, en nuestro caso junto a la línea jurisprudencial sentada por la por la (sic) *Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005.*

Esta falta de concordancia en la imposición de sanciones, no solo vulnera nuestro derecho a la igualdad, sino también constituye una acción discriminante contra nuestra Institución, al no tomarse en cuenta los precedentes administrativos, vulnerándose de esta manera el principio de imparcialidad…"

CONSIDERANDO:

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

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

I. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1. Con relación al Cargo Nº 1.-

1.1. De los argumentos presentados.-

Se tiene que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 de 09 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 249-2010 de 20 de octubre de 2010, sancionando a Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003, Anexo I, Nota Técnica, Capítulo I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial, al evidenciar que la AFP emitió una Propuesta de Jubilación de Bs1.095,63 (UN MIL NOVENTA Y CINCO 63/100 BOLIVIANOS) considerando erróneamente un Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs176.777,80 (CIENTO SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE 80/100 BOLIVIANOS).

Sobre este cargo el recurrente, presenta el siguiente argumento:

> *"…BBVA Previsión AFP S.A. remitió información errada en tres oportunidades, lo que de manera independiente afectó al cálculo de la pensión base que efectuaron las Entidades participantes en el proceso de jubilación."*

Compulsado el expediente se evidencia que BBVA Previsión AFP S.A. remitió a Futuro de Bolivia S.A. AFP en tres oportunidades la Hoja de Datos para la verificación de cumplimiento de requisitos de jubilación, con información diferente, tal como se describe a continuación:

1. Mediante nota PREV-PR 05017/08 de 16 de mayo de 2008, recepcionada en Futuro de Bolivia S.A. AFP el 19 de mayo de 2008, reportó un monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs109.478,73 y una Compensación de Cotizaciones Global de Bs67.299,07.

2. Mediante nota PREV-PR 5510/08 de 11 de junio de 2008, recepcionada en Futuro de Bolivia S.A. AFP el 12 de junio de 2008, reportó un monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs109.478,73 y una Compensación de Cotizaciones Global de Bs71.284,50.

3. Mediante nota PREV-PR 5525/08 de 13 de junio de 2008, recepcionada en Futuro de Bolivia S.A. AFP el 16 de junio de 2008, reportó un monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual de Bs109.478,73 y una Compensación de Cotizaciones Global de Bs67.080,77.

Si bien este argumento ha sido constatado, no debe dejarse de un lado que el presente proceso sancionatorio impugnado, se centra en la emisión errónea de la Propuesta de Jubilación realizada por Futuro de Bolivia S.A. AFP y la misma no surge por las tres hojas enviadas.

Por tanto, independientemente de la mala información proporcionada, Futuro de Bolivia S.A. AFP al momento de emitir la Propuesta de Jubilación, sumó el monto de la Compensación de Cotizaciones Global en el monto del Capital Acumulado en Cuenta Individual, siendo que este último ya contemplaba el monto de la Compensación de Cotizaciones Global actualizada, dejando de lado el procedimiento para acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones Global establecido en el Anexo I, de la Resolución Administrativa SPVS IP Nº 872 de 18 de octubre de 2005, que señala:

"ARTÍCULO PRIMERO. (PERSONAS HABILITADAS PARA ACCEDER AL PAGO DE CCG).- I.- *Puede acceder al trámite de solicitud de pago de CCG la persona que tuviera derecho a cobrar una Compensación de Cotizaciones Global emitida por el SENASIR y registrada en la SPVS y sea:…*
…b) Afiliado que cumple los requisitos de jubilación del SSO, y tiene la edad mínima exigida para acceder al pago de la CC…"

"***ARTÍCULO TERCERO. (VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE JUBILACIÓN)…***
*…**II.-** Para la verificación del cumplimiento de requisitos de jubilación, la AFP debe realizar dos cálculos:*
*a) Determinar la Fracción de Pensión financiada con recursos de la Cuenta Individual, **considerando en el Saldo en Cuenta Individual la CCG actualizada**. Sumar a esta Fracción de Pensión la Compensación de Cotizaciones Mensual (CCM) actualizada, si el Afiliado tuviera también una CCM registrada en la AFP…"* (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

"ARTÍCULO SÉPTIMO. (CCG CONSIDERADA EN TRÁMITE DE JUBILACIÓN).- *Si el Afiliado cumple con los requisitos de jubilación únicamente con la opción a) del artículo tercero considerando la CCG en el monto del Capital Acumulado en Cuenta Individual, el Solicitante **deberá iniciar su trámite de Jubilación una vez que estos recursos sean desembolsados por el TGN**..."* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

"***ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO.- (SOLICITUD DE DESEMBOLSO DE CCG).-***
I.- *Una vez que el Solicitante y el promotor de la AFP suscriban el Formulario de Solicitud de Pago de CCG, la AFP debe proceder a llenar el Formulario de Actualización de CC…"*
III.- *La AFP solicitará al SENASIR el desembolso de la CCG de conformidad con los plazos y el Procedimiento de Desembolso de Compensación de Cotizaciones…"*

"ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO. (ACREDITACIÓN DEL MONTO DE CCG EN CUENTA INDIVIDUAL).- I.- *La AFP deberá acreditar el monto de la CCG en la Cuenta Individual del Afiliado como máximo al día siguiente hábil de efectuado el desembolso del TGN…"*

En ese entendido, Futuro de Bolivia S.A. AFP a momento de emitir su propuesta de jubilación, debió considerar que el monto de Capital Acumulado en Cuenta Individual, reportado por BBVA Previsión AFP S.A. en la Hoja de Datos, ya consideraba la Compensación de Cotizaciones Global, la cual de acuerdo a procedimiento, debió estar desembolsada por el Tesoro General de la Nación y

acreditada en la Cuenta Individual del Afiliado antes de la suscripción de la Solicitud de Jubilación, por lo que no existe argumento que pretenda deslindar la responsabilidad y haber procedido con la suma de ambos conceptos.

Es así que tal como lo señala la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones:

> "…*si Futuro de Bolivia S.A. AFP hubiera considerado dicho monto, debería haber ofertado una pensión de jubilación de Bs676,74 (SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS 74/100 BOLIVIANOS), en lugar de Bs1.095,63 (UN MIL NOVENTA Y CINCO 63/100 BOLIVIANOS).*
>
> *Por tanto, la diferencia entre el monto de la pensión ofertada por Futuro de Bolivia S.A. AFP y la pensión que le correspondía efectivamente al Sr. Juan Gutiérrez Llanos, se debe a la errónea aplicación de la normativa, para casos en los cuales el Afiliado cuenta con una CC Global…*"

Otro de los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, es que remitió información y documentación a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, donde le informó que existían montos de pensión diferentes y que no guardaban relación a lo que le correspondía al Afiliado y que se habría vulnerado lo establecido en el inciso f) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que se no se inició proceso sancionatorio contra La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A., institución que ha efectuado el cálculo de su Pensión Base bajo los mismos criterios, como se desprende del monto ofertado para su pensión en el Seguro Vitalicio.

Si bien Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió la documentación a la Ex Superintendencia de Pensiones y a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, el proceso en análisis y control de legalidad se centra en la supuesta infracción que habría cometido la AFP.

Con respecto a que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no actuó con imparcialidad ya que no inició proceso sancionatorio contra La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A., se debe señalar que la Entidad Reguladora es la responsable de verificar dicha situación y determinar si existió o no infracción a la norma vigente establecida para el efecto, sin embargo, se debe dejar claro que este caso de autos no se centra en los criterios utilizados para la emisión de propuestas por las otras entidades participantes, sino en la Propuesta de Jubilación emitida erróneamente por Futuro de Bolivia S.A. AFP, que considera doblemente la Compensación de Cotizaciones Global.

Finalmente, Futuro de Bolivia S.A. AFP indica que como consecuencia de los errores detectados en la emisión de las propuestas de las Entidades participantes y al tratarse del primer caso con estas características, la ex Superintendencia de

Pensiones, Valores y Seguros, mediante nota SPVS/IP/DPC/2764/2008 de 05 de noviembre de 2008, recordó y aclaró lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS IP 872 de 18 de octubre de 2005 y por tratarse del primer caso procesado con Compensación de Cotizaciones Global, a partir de ello no se ha vuelto a cometer el mismo error.

Si bien a consecuencia de errores en la información proporcionada por la AFP de registro, las Entidades participantes pudieron cometer errores en la emisión de propuestas, se debe mencionar que independientemente de las otras Entidades participantes, Futuro de Bolivia S.A. AFP no emitió una propuesta conforme lo establecido en la normativa vigente.

Asimismo, lo mencionado por la AFP, respecto a que se trataba del primer caso procesado con Compensación de Cotizaciones Global, dicho argumento no es aceptado como descargo, ya que como Administradora de Fondos de Pensiones, se encuentra obligada por normativa especial a realizar la correcta administración y otorgamiento de las prestaciones a favor de los Afiliados, con el mayor grado de diligencia.

1.2. De la tipificación.-

La imputación dada por la Autoridad fiscalizadora, determina como incumplimiento de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003, en el Anexo I, Nota Técnica, Capítulo I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial, norma que determina lo siguiente:

> *"A la firma del contrato de MVV, el contratante adquiere con el capital acumulado en su cuenta individual un número determinado de Unidades Vitalicias el mismo que es constante hasta el término final del contrato con la salvedad de lo previsto en el Artículo 4 de la presente Resolución.*
> *El número de Unidades Vitalicias que adquiere el Contratante se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:*
>
> $$NUV_i(J) = \frac{[CACI_i(J) - PREGF_i(J)]}{\$UV(J) * CNUPP_i(J)}$$
>
> *Tal que:*
>
> $NUV_i(J)$: *Número de Unidades Vitalicias establecidas en el contrato de MVV i, al momento J.*
> J: *Fecha de firma del contrato de MVV.*
> $CACI_i(J)$: *Capital Acumulado en la Cuenta Individual del Afiliado Jubilado declarado en el contrato de MVV i, a valor cuota vigente al*

momento J. En los casos donde corresponda el beneficio de Compensación de Cotizaciones por Pago Global, este importe deberá estar incluido en el Capital Acumulado de la Cuenta Individual del Afiliado Jubilado.

$PREGF_i(J)$: Previsión para Gastos Funerarios correspondiente al Afiliado Jubilado declarado en el contrato de MVV i, al momento J, calculado de acuerdo con la fórmula (1.2.2).

$UV(J)$: Precio de la Unidad Vitalicia al momento J.

$CNUPP_i(J)$:Capital Necesario Unitario por Pago de Pensiones correspondiente al Afiliado Jubilado o a sus respectivos Derechohabientes o ambos declarados en el contrato de MVV i, al momento J, calculado de acuerdo con las Bases Técnicas establecidas en los Capítulos III y IV de la presente Resolución.

La Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable administrada por la AFP suscriptora del contrato de MVV, pagará al Afiliado Jubilado una pensión mensual vitalicia equivalente al producto de multiplicar el Número de Unidades Vitalicias establecidas en dicho contrato por el precio de la Unidad Vitalicia vigente durante cada gestión calendario, antes del descuento para salud y del descuento por concepto de comisión para la AFP Suscriptora. En caso de corresponder, la AFP Suscriptora pagará adicionalmente y de forma mensual la Compensación de Cotizaciones al Afiliado Jubilado con recursos del Tesoro General de la Nación que serán desembolsados mensualmente por dicha entidad…"

De lo transcrito precedentemente, se tiene que dicha norma no puede ser aplicada al caso de autos, ya que no existen elementos que demuestren que haya existido un mal cálculo del número de Unidades Vitalicias, que no se haya aplicado la fórmula, ya que los fundamentos que hacen a la infracción se restringen a la propuesta que otorga la AFP, en función a que habría duplicado el monto de Compensación de Cotización Global. Asimismo y no menos relevante es que el artículo transcrito ut supra refiere su aplicación a la firma del contrato.

En esa línea de entendimiento, se puede evidenciar que existió un error en la tipificación de la infracción impuesta por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ya que el Anexo I, Nota Técnica, Capítulo I, Mensualidad Vitalicia Variable, Pensión Base Inicial de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 132 de 07 de marzo de 2003.

2. Con relación al Cargo Nº 2.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 de 09 de febrero de 2011 confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 249-2010 de 20 de octubre de 2010, sancionando a Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento al artículo 8 del

Decreto Supremo Nº 28165 de 17 de mayo de 2005, al evidenciarse que la AFP modificó el monto de la Pensión por Cuenta Individual presentado en su propuesta de Mensualidad Vitalicia Variable de fecha 30 de mayo de 2008.

Futuro de Bolivia S.A. AFP argumentó en su recurso jerárquico que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en conocimiento de los antecedentes del trámite de pensión de jubilación del Afiliado Juan Gutiérrez Llanos, y ante la evidente contradicción en la información remitida por BBVA Previsión AFP S.A., debió en cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo, impulsar de oficio el proceso correspondiente, que permita retrotraer el trámite hasta la etapa de envió de información para verificación de requisitos de jubilación, a efectos de que todas las entidades puedan participar en el proceso en igualdad de condiciones.

Asimismo, señala que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en caso similar al que ahora es motivo de controversia, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 149-2009 de fecha 03 de noviembre de 2009 en su parte resolutiva tercera, ha instruido dejar sin efecto el trámite de jubilación hasta la emisión de la Hoja de Datos para la verificación de requisitos de jubilación, dejando sin efecto todo lo actuado incluida la firma del contrato de jubilación, por lo que al retomarse el proceso se emitieron nuevas propuestas con obviamente, nuevos montos, en función a la información correcta.

Que del análisis que hace la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, es evidente que el escenario fáctico es distinto, por cuanto en el caso de la Afiliada María Susana del Castillo Asín, no había recibido ningún pago, sin embargo, en el presente caso el Afiliado Juan Gutiérrez Llanos, ya contaba con el Formulario de Selección de Modalidad eligiendo la propuesta de Mensualidad Vitalicia Variable ofertada por Futuro de Bolivia S.A. AFP y a la fecha se encuentra en curso de pago.

Es trascendental revisar la normativa infringida, es así que tenemos que el artículo 8 del Decreto Supremo Nº 28165 de 17 de mayo de 2005, determina:

> ***"ARTICULO 8°.- (PROHIBICIÓN DE MODIFICACIÓN DE PROPUESTAS).***
> *Una vez presentadas las propuestas de prestación de jubilación por las AFP y las EA,* ***no podrán ser modificadas****."* (negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

La norma es taxativa, en cuanto a su determinación, al prohibir la modificación de la propuesta ofertada.

Compulsado en el expediente, se tiene que evidentemente, Futuro de Bolivia S.A. AFP ha emitido una Propuesta de Mensualidad Vitalicia Variable en fecha 30 de

mayo de 2008 **por un monto de Bs1.095,63**, misma que ha sido elegida por el Afiliado, y luego en fecha 14 de noviembre de 2008 procedió a modificar la oferta inicial realizada, determinado **un nuevo monto de pensión de Bs676.74** en lo que refiere a las Condiciones Particulares del Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable del SSO, el cual se viene pagando.

Por lo cual se evidencia irrefutablemente que la AFP ha incumplido la determinación dada por el artículo 8 del Decreto Supremo Nº 28165 de 17 de mayo de 2005, al haber modificado el monto de pensión ofertado.

Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta como argumento que solicitó a la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, la anulación del Formulario de Selección de Modalidad, así como se impulse a retrotraer el trámite hasta la etapa de envío de información para la verificación de requisitos de jubilación, es evidente lo mencionado por la Entidad Reguladora ya que "…*no se tiene establecida la posibilidad de anulación de un trámite de jubilación hasta el vicio más antiguo por un error de aplicación de la normativa por las entidades*…", situación ocurrida en el presente caso.

Por lo cual, debe quedar claro que no se puede soslayar la responsabilidad de la AFP, en cuanto a la acción asumida, misma que es contraria a la determinación expresa del artículo 8 del Decreto Supremo Nº 28165 de 17 de mayo de 2005.

3. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.-

Sin perjuicio de los antecedentes compulsados precedentemente Futuro de Bolivia AFP S.A. manifiesta una vulneración al principio de proporcionalidad ya que hace alusión a un pronunciamiento administrativo de características similares en un proceso sancionatorio llevado a cabo contra BBVA Previsión AFP S.A. por el cual esta fue objeto de la imposición de una sanción mucho menos a la que se impuso al recurrente.

Al respecto, la autoridad fiscalizadora refiere que lo resuelto en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 149/2009 de 03 de noviembre de 2009 (que sanciona a BBVA Previsión AFP. S.A supuestamente por las mismas características que se sancionó a Futuro de Bolivia AFP S.A.), cuenta con un escenario fáctico y jurídico distinto, entre las cuales, la Afiliada de ese caso aún no se encontraba percibiendo la pensión de jubilación.

Evidentemente, lo manifestado por el órgano de fiscalización es correcto ya que el supuesto fáctico corresponde a que en un caso el afiliado no habría todavía percibido la pensión de jubilación y en el otro sí, empero, los supuestos legales son análogos ya que dentro el proceso sancionatorio al que hace referencia el

regulado, la sanción y multa impuesta a BBVA Previsión AFP S.A. fue por la misma disposición normativa reglamentaria (Resolución Administrativa SPVS-P N° 132 de 07 de marzo de 2003) con la que se sancionó y multó a Futuro de Bolivia AFP S.A., aspecto que cuestiona lo manifestado por la Autoridad fiscalizadora no habiendo realizado una fundamentación más adecuada al caso análogo al que hacía referencia la entidad recurrente, situación que otorga carencia suficiente de motivación para que el regulado tenga duda razonable denunciando actos de desigualdad y discriminación frente a las otras entidades reguladas.

No está demás referirse a la proporcionalidad de la sanción en base a los argumentos esbozados en el precedente administrativo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°003/2011 de 20 de enero de 2011 basado en tres parámetros que forman parte del citado principio cuales son: "*a) Que los Hechos imputado se previamente calificadas como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida*.

De acuerdo a esta manifestación administrativa y el caso en concreto nos vemos frente a lo manifestado por el tercer elemento, ya que la Autoridad Fiscalizadora no realizó una motivación adecuada de las circunstancias concurrentes al hecho y la conducta debiendo esta merecer una mayor valoración el caso similar al que hace referencia el regulado; circunstancia que necesariamente debió ser objeto de una mayor fundamentación para no crear la incertidumbre en el administrado del porqué no sería aplicable un caso análogo.

Por otro lado, Futuro de Bolivia AFP S.A. señala también que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en conocimiento de los antecedentes del trámite de pensión de jubilación del afiliado Juan Gutiérrez Llanos, debió – en cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo – impulsar de oficio el proceso correspondiente que permita retrotraer el trámite hasta la etapa de envío de información.

Al respecto, dentro el trámite de pensión de jubilación del citado caso, la documentación sobre el presente trámite procesal señala que Futuro de Bolivia AFP S.A. mediante Nota FUT.SUP.JUB 1464/2008 de 16 de junio de 2008 solicitó la anulación del trámite en cuestión, debido a que las entidades participantes del proceso de jubilación cometieron errores en el cálculo de dicha pensión a lo que la entidad reguladora mediante nota SPVS/IP/DPC/1650/2008 de 27 de junio de 2008 solicitó la remisión de todos los antecedentes del caso al regulado para luego, mediante nota SPVS/IP/DPC/2763/2008 de 05 de noviembre de 2008, emitida por la

ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros señalar que "*el trámite debe continuar con la suscripción del contrato de jubilación respectivo…*" y que una copia del contrato de jubilación y primera boleta de pago deberá ser remitida a dicha ex autoridad reguladora en el plazo legal establecido.

Posteriormente, una vez iniciado el proceso administrativo sancionatorio, la autoridad fiscalizadora en la emisión de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031/2011 de 09 de febrero de 2011 refiere que "*la norma vigente no establece la anulación de un trámite de jubilación por un error de aplicación de la normativa de las entidades*". Dicha manifestación y explicación legal bien pudo hacerla el momento que Futuro de Bolivia AFP S.A. solicitó dicha anulación mediante nota FUT.SUP.JUB 1464/2008 de 16 de junio de 2008, situación que hubiera puesto en mejor recaudo al regulado sabiendo desde ese instante que no era posible que autoridad administrativa proceda a anular el trámite que se estaba llevando a cabo.

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

> "*El principio de motivación conforme concluye uniformemente la doctrina, en materia administrativa sancionatoria, resulta fundamental, toda vez que constituye la garantía del administrado al debido proceso, al contar con la fundamentación suficiente que motivó la sanción que se impone, donde se encontrará la relación de las infracciones cometidas, los hechos, la normativa infringida, los elementos que configuran la calificación de la gravedad entre otros.*
>
> *Ahora bien, el pronunciamiento administrativo debe contar con la relación lógica de los elementos que se señala, dando certidumbre jurídica al administrado en sentido de que la decisión que está tomando tenga estricta congruencia entre los agravios alegados, los hechos suscitados y la aplicación de la norma.*"

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

Finalmente, el manifestar que el trámite objeto de la infracción de la sanción y multa impuesta fue el primero realizado por la AFP Futuro de Bolivia S.A. no inhibe de responsabilidad al administrado ni puede constituir una causal de atenuante en la conducta adoptada en virtud de que la norma legal aplicable al caso dispone los pasos legales a seguir y en ningún momento establece un margen de error en su cumplimiento.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a todo lo valorado se concluye que Futuro de Bolivia AFP S.A. incumplió las disposiciones legales establecidas en la normativa reglamentaria de pensiones, conducta que a hace pasible a la imposición de determinada sanción, empero dicha sanción e imposición de multa deben necesariamente contar con la motivación suficiente por parte de la autoridad fiscalizadora, valorando aspectos de hecho y derecho, y en virtud a lo manifestado precedentemente es evidente que la discrecionalidad a momento de imponer la multa correspondiente no ha merecido una justificación suficiente para que el regulado tenga la certidumbre necesaria de que la conducta llevada a cabo, la infracción cometida y la imposición de una sanción leve la suficiente coherencia legal.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica se llegó a establecer que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha dado una correcta aplicación al principio de proporcionalidad a momento de imponer la multa al regulado, aspecto que necesariamente debe ser enmendado y debidamente justificado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el proceso administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 031-2011 de 09 de febrero de 2011 **inclusive**, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 249/2010 de 20 de octubre de 2010, ambas emitidas por entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo la misma en consecuencia emitir nueva Resolución Administrativa, conforme los fundamentados legales establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 057-2011 DE 28 DE FEBRERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 039/2011 DE 18 DE AGOSTO DE 2011

FALLO

REVOCA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 039/2011

La Paz, 18 de agosto de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ Nº 057-2011 de fecha 28 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 307-2010 de fecha 17 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 092/2011 de 2 de agosto de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 25 de mayo de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** representada legalmente por René Nicolás Nogales Rodríguez, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 627/2008 otorgado en

fecha 24 de noviembre de 2008, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 057-2011 de fecha 28 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 307-2010 de fecha 17 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/886/2011 con fecha de recepción de 30 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones Y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 057-2011 de 28 de febrero de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 02 de junio de 2011, notificado en fecha 08 de junio de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS AP/DJ/3213/2010 DE FECHA 03 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

Por nota AP/DJ/3213/2010 de fecha 03 de noviembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificó a **BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** con cargos, conforme sale a continuación:

II. IMPUTACIÓN DE CARGOS.

CARGO N° 1.

Existen indicios de incumplimiento al artículo Noveno de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 380 de 12 de mayo de 2005, al evidenciar que BBVA Previsión AFP S.A., no utilizó el formato establecido para efectuar el Cálculo de Salario Base, en ocho (8) casos correspondiente (sic) *a los trámites con NUA: 7026316, 36853550, 585592, 2343526, 19752601, 26269296, 31797571 y 100341743.*

CARGO N° 2.

Existen indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 566/2001 de 30 de octubre de 2001 y al artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 380 de 12 de mayo de 2005, al considerar que BBVA Previsión AFP S.A. no realizó el cálculo de Salario Base, ni remitió el expediente a la Entidad Aseguradora, en los plazos establecidos en norma vigente, en los casos listados a continuación:

N	TRÁMITE	NUA	NOMBRE AFILIADO	CÁLCULO DE SALARIO BASE			ENVÍO DEL EXPEDIENTE ENTIDAD ASEGURADORA		
				FECHA DE SOLICITUD a)	FECHA CÁCULO(sic) SALARIO BASE b)	TIEMPO TRANSCURRIDO EN DÍAS a) y b)	FECHA DE NOTIFIC. DICTAMEN c)	FECHA DE RECEPCIÓN EXPEDIENTE EA d)	TIEMPO TRANSCURRIDO EN DÍAS c) y d)
1	INVALIDEZ	18196691	JUAN SANCHEZ BALLESTEROS	23/03/2007	23/07/2007	122	17/07/2007	30/07/2007	13
2	INVALIDEZ	36853550	MARTÍN TORREZ VENTURA	19/01/2007	13/04/2007	84	05/03/2007	16/04/2007	42
3	MUERTE	19975879	CHALTON ROBERTO TORREZ PEREZ	07/02/2007	05/12/2007	301	03/12/2007	17/12/2007	14

…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS POR BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

En fecha 03 de diciembre de 2010, **BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** responde a los cargos imputados en los siguientes términos:

"***Cargo 1.- (…)***

(…) informo a usted que para los casos observados por su Autoridad, la hoja de cálculo del salario base, contiene todos los campos establecidos en la Resolución Administrativa 380/05, articulo (sic) *9, Anexo I, en consecuencia, no existe incumplimiento a la normativa vigente que regula la Hoja de Cálculo de Salario Base y por lo expuesto, el cargo levantado debe ser desestimado.*

Cargo 2.-(…)

…La observación y el establecimiento de días transcurrido por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para el cargo 2 no tienen sustento legal alguno, como se demuestra a continuación:

1. ***Fecha de solicitud y de Cálculo del Salario Base.-*** *El articulo* (sic) *Primero de la R.A. 380 de 12 de mayo de 2005 manifiesta: " Antes de efectuar el calculo* (sic) *de Salario Base y otorgar cualquier beneficio del SSO, la AFP debe seguir el siguiente procedimiento en un plazo máximo de 20 días hábiles administrativo* (sic)…". *La Resolución Administrativa establece un procedimiento, más no un plazo para la realización del cálculo del Salario Base. Dentro del procedimiento se establece que el cálculo del Salario Base se realiza una vez que se establezca si el afiliado o sus derechohabientes tienen cobertura del Seguro de Riesgo Común o del Seguro de Riesgo Profesional, el calculo* (sic) *de salario Base se realizo* (sic) *una vez que esta Administradora fue notificada con el Dictamen de Calificación como se demuestra en el cuadro siguiente:*

Nº	Trámite	NUA	Nombre Afiliado	CÁLCULO DE SALARIO BASE				
				Fecha de solicitud	Fecha de emisión de Dictamen	Fecha de Recepción de Dictamen en la AFP a)	Fecha de Calculo (sic) de Salario Base b)	Tiempo transcurrido en días a) y b)

1	Invalidez	18196691	Juan Sánchez Ballesteros	23/03/2007	09/07/2007	17/07/2007	23/07/2007	4 días
2	Invalidez	36853550	Martín Torrez Ventura	19/01/2007	05/03/2007	12/03/2007	13/04/2007	23 días
3	Muerte	19975879	Roberto Torrez Pérez	07/02/2007	28/11/2007	03/12/2007	05/12/2007	2 días

2. ***Envío de expedientes a la Aseguradora.-*** *En el cuadro siguiente se demuestra que el envío de los expedientes a la Entidad Aseguradora se encuentra dentro los plazos previstos por la normativa:*

N°	Tramite (sic)	NUA	Nombre Afiliado	Envio (sic) del expediente a la Aseguradora			
				Fecha de emisión de Dictamen	Fecha de Recepción de Dictamen en la AFP c)	Fecha de recepción expediente E.A. d)	Tiempo transcurrido en días c) y d)
1	Invalidez	18196691	Juan Sánchez Ballesteros	09/07/2007	17/07/2007	24/07/2007	5 días
2	Invalidez	36853550	Martin Torrez Ventura	26/02/2007	05/03/2007	13/04/2007	29 días
3	Muerte	19975879	Roberto Torrez Pérez	28/11/2007	03/12/2007	05/12/2007	2 días

Con referencia al NUA 36853550, hubo un retraso el envió de expediente, sin embargo esto se debe a que el empleador efectuó el pago aportes después de la fecha de Invalidez, lo cual ocasiono (sic) *la demora en el envió* (sic)*, adjunto Estado de cuenta del Afiliado, en el que se demuestra lo mencionado y notas de envió* (sic) *de los expedientes observados…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 307-2010 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 307-2010 de 17 de diciembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presenta las consideraciones siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis técnico y jurídico de los antecedentes y descargos expuestos por el regulado y aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa.

AL CARGO N° 1…

…BBVA Previsión AFP S.A., en sus descargos sostiene que la Hoja de Cálculo de Salario Base, contiene todos los campos establecidos en el artículo Noveno de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 380 de 12 de mayo de 2005, por lo que no existiría incumplimiento a la normativa vigente. Al respecto, cabe señalar que la imputación realizada por esta Autoridad, se refiere a la falta de utilización del formato establecido para la Hoja de Cálculo del Salario Base, cuya aplicación es de uso

obligatorio para todas las prestaciones otorgadas en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Si bien la información contenida en las Hojas de Cálculo de Salario Base, contiene la información requerida y los cálculos realizados por la AFP se efectuaron conforme lo establece la norma vigente, la AFP no utilizó el formato establecido para el efecto.

En este sentido, la conducta del regulado contraviene el ordenamiento jurídico imputado, observándose que BBVA Previsión AFP S.A., no presentó suficientes elementos de convicción que puedan desvirtuar el cargo imputado correspondiendo su sanción.

AL CARGO N° 2…

…BBVA Previsión AFP S.A. señala en sus descargos "...el cálculo del salario base se realiza una vez que se establezca si el afiliado o sus derechohabientes tienen cobertura del Seguro de Riesgo Común o del Seguro de Riesgo Profesional, el cálculo de salario Base se realizo(sic) una vez que esta Administradora fue notificada con el Dictamen de Calificación...".

El argumento presentado por la AFP es admitido por esta Autoridad, ya que con la emisión del Dictamen de Calificación se cuenta con la información del origen, causa, y grado de invalidez y fecha de siniestro, información que determina los periodos a considerarse en el Cálculo de Salario Base.

Por tanto, la justificación presentada por la AFP se encuentra dentro del marco señalado y en normativa, por cuanto los datos del Dictamen son imprescindibles para la elaboración del Cálculo de Salario Base, por lo que corresponde desestimar la imputación por el artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 380 de 12 de mayo de 2005.

Con relación a la demora de la AFP en el envío de los expedientes a la Entidad Aseguradora, es importante señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 566/2001 las AFP deben remitir los expedientes a la Entidad Aseguradora en el plazo de cinco (5) días calendario posteriores a la fecha de emitido el dictamen, evidenciándose en los tres (3) casos, la existencia de incumplimiento a la normativa vigente, de conformidad al siguiente análisis:

a) En el caso NUA 18196691, la AFP indica que la fecha de recepción del expediente en la Entidad Aseguradora fue el 24 de julio de 2007; dato incorrecto, ya que según antecedentes el expediente fue recepcionado el 30 de julio de 2007, habiendo transcurrido trece (13) días calendario desde la notificación de Dictamen.

b) En el caso NUA 36853550, la AFP indica que la fecha de recepción del expediente en la Entidad Aseguradora fue el 13 de abril de 2007; aseveración que no corresponde, ya que según antecedentes fue recepcionado el 16 de abril de 2007

habiendo transcurrido cuarenta y dos (42) días calendario desde la notificación de Dictamen.

c) En el caso NUA 19975879, la AFP indica que la fecha de recepción del expediente en la Entidad Aseguradora fue el 05 de diciembre de 2007; dato incorrecto, ya que según antecedentes el expediente fue remitido el 17 de diciembre de 2007, habiendo transcurrido catorce (14) días calendario desde la notificación de Dictamen.

De la exposición de los casos anteriores, a la luz de la norma imputada y con el precepto legal de buen padre de familia, previsto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469, se advierte que existió demora en el envío de los expedientes a la Entidad Aseguradora, en los plazos establecidos en norma vigente.

Respecto al argumento expuesto por la AFP para el trámite de Pensión de Invalidez con NUA 36853550, se evidencia que el Cálculo de Salario Base no se vio afectado por los aportes posteriores efectuados por el Empleador, por consiguiente, no se puede considerar suficiente el descargo para desestimar la imputación en contra de la AFP, en consecuencia se ratifica la infracción del artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 566/2001 de 30 de octubre de 2001

RESUELVE:

PRIMERO.- *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., con una multa en Bolivianos equivalente a $us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo Noveno de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 380 de 12 de mayo de 2005, en ocho (8) casos correspondientes a los trámites de Pensión de Invalidez y Muerte con NUA: 7026316, 36853550, 585592, 2343526, 19752601,26269296, 31797571 y 100341743.*

SEGUNDO.- I.- *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A., con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.150,00 (UN MIL CIENTO CINCUENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 566/2001 de 30 de octubre de 2001, en tres (3) casos correspondientes a los NUA: 18196691, 36853550 y 19975879.*

II.- *Asimismo, se desestima la sanción para los tres (3) casos señalados en el parágrafo anterior, con respecto al artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 380 de 12 de mayo de 2005.*

TERCERO.- I.- *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II.- *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 31 de enero de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 307-2010 de 17 de diciembre de 2010, con los siguientes argumentos:

"III FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.

Con referencia a los cargos por los cuales se sanciona económicamente a esta Administradora, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sustenta la misma que mediante Orden de Fiscalización OF/SPVS/IP/DPC/005/2008 de 05 de noviembre de 2008 emitida por la ex SPVS se fiscalizó tramites de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte del primer trimestre de la gestión 2007, en la Entidad Aseguradora La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A., y que de su análisis se detectó indicios de incumplimiento a la normativa vigente en los trámites de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte procesados por BBVA PREVISIÓN AFP S.A.

El cargo No. 1 se sustenta en: "Incumplimiento al artículo Noveno de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 380 de 12 de mayo de 2005, al evidenciar que BBVA Previsión AFP S.A. no utilizó el formato establecido para efectuar el Cálculo de Salario Base en ocho (8) casos correspondientes a los trámites con NUA: 7026316, 36853550, 585592, 2343526, 19752601, 26269296, 31797571 y 100341743".

Siguiendo el procedimiento sancionatorio establecido, se presentó los descargos necesarios, mismos que a criterio de su autoridad deben ser sancionados bajo el siguiente sustento: "Si bien la información contenida en las Hojas de Cálculo de Salario Base, contiene la información requerida y los cálculos realizados por la AFP se efectuaron conforme lo establece la norma vigente la AFP no utilizó el formato establecido para el efecto".

Se imputa el Cargo No. 2 porque: "BBVA Previsión AFP S.A. no realizó el cálculo de Salario Base, ni remitió el expediente a la Entidad Aseguradora, en los plazos previstos en norma vigente...". Presentado los descargos por la AFP, su autoridad sanciona manifestando: "Con relación a la demora de la AFP en el envío de los expedientes a la Entidad Aseguradora, es importante señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS-P No. 566/2001 las AFP deben remitir los expedientes a la Entidad Aseguradora en el plazo de cinco (5) días calendario posteriores a la fecha de emitido el dictamen, evidenciándose en los tres (3) casos, existencia de incumplimiento a la normativa vigente...".

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002 en su artículo 79 establece el instituto jurídico de la prescripción, estableciendo que las infracciones prescriben en el término de dos (2) años, conforme se transcribe a continuación:

> *"ARTICULO 79° (Prescripción de Infracciones y Sanciones). Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley."*

La ex Superintendencia General de Regulación Financiera interpretando La citada disposición legal se pronunció manifestando:

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

> *La prescripción de la acción administrativa sancionatoria queda interrumpida con la solicitud de cualquier información o aclaración por parte de su autoridad en fecha posterior a los actos fiscalizados, fecha a partir de la cual se computa nuevamente el plazo de dos años para la prescripción de la acción.*
>
> *La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones cesó su potestad punitiva en los cargos por los que sanciona a la AFP a través de la Resolución Administrativa que se impugnada, por el transcurso de más de dos (2) años establecidos en el artículo citado, conforme se demuestra a continuación: Los trámites de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte con NUA: 7026316, 36853550, 585592, 2343526, 19752601, 26269296, 31797571 y 100341743 fueron solicitados en fechas 28/02/2007, 19/01/2007. 16/04/2007, 04/01/2007, 03/04/2007, 31/01/2007, 01/02/2007 y 08/01/2007, cuyo cálculo de Salario Base se realizó el: 23/3/2007, 13/04/2007, 20/07/2007, 31/01/2007, 08/05/2007, 10/03/2007, 10/03/2007 y 13/02/2007, respectivamente.*
>
> *Su autoridad, de acuerdo a la Ley de Procedimiento Administrativo, tiene el plazo de dos (2) años para fiscalizar los actos de las entidades que se encuentran bajo su control y fiscalización, plazo que se computa a partir del día siguiente de la realización de los actos por los que se sanciona. En el caso de las solicitudes señaladas, el plazo para la fiscalización feneció en las fechas siguientes: 25/03/2009, 12/04/2009, 19/07/2009, 31/01/2009, 07/05/2009, 09/03/2009, 09/03/2009 y 13/02/2009,*

respectivamente. BBVA Previsión AFP S.A. fue notificada con la Nota de Cargo el 23 de noviembre de 2010, una vez transcurridos un total de 1,338, 1,320, 1,222, 1,392, 1,295, 1,354, 1,354 y 1,379 días, después de realizados los mismos, es decir, cuando el plazo de los 730 días establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo reencuentra por de más (sic) *vencido.*

Con referencia a los casos sancionados con NUA 19975879, 36853550, y 18196691, los trámites fueron enviados a la Entidad Aseguradora el 06/12/2007 16/04/2007 y 25/07/2007, respectivamente, el plazo para su sanción venció el 05/12/2009, 15/04/2009 y 24/07/2009, BBVA Previsión AFP S.A. fue notificada con la Nota de Cargo el 23 de noviembre de 2010, es decir, 353, 587 y 487 días después de la fecha de vencimiento.

La citación o notificación con cargos es un acto procedimental por el que se pone a conocimiento las supuestas infracciones cometidas para que se presenten los descargos, alegaciones y/o justificaciones en los plazos establecidos por Ley. En consecuencia, la notificación con cargos necesariamente debe realizarse dentro del plazo de los dos años establecidos en el artículo 79.

Su autoridad alegar la interrupción de la prescripción, empero, es necesario manifestar que para los cargos por los que se nos sanciona no se ha producido la interrupción de la prescripción después de la fecha de realización de la fiscalización a la Entidad Aseguradora la Vitalicia de Seguros y Reaseguros S.A., acto que se realizó el 06 de noviembre de 2008, según manifiesta la propia Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en la Nota de Cargo AP/DJ/3213/2010. Del computo del plazo de dos (2) años, se llega a la conclusión que dicho plazo finalizo (sic) *el 06 de noviembre de 2010 y esta administradora fue notificada con la nota de Cargo recién el 23 de noviembre de 2010, fecha en la que la prescripción ya se había producido."*

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 057-2011 DE 28 DE FEBRERO DE 2011.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 057-2011 de 28 de febrero de 2011, resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 307-2010 de 17 de diciembre de 2010 con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos formulados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado el 31 de enero de 2011, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente:

A LOS CARGOS N° 1 y N° 2

De la evaluación de los argumentos presentados para los cargos sancionados, se establece que BBVA Previsión AFP S.A. señala que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP cesó su potestad punitiva, por el transcurso de más de dos (2) años, conforme los plazos que se detallan a continuación:

"Los trámites de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte con NUA: 7026316, 36853550, 585592, 2343526, 19752601, 26269296, 31797571 y 100341743 fueron solicitados en fechas 28/02/2007, 19/01/2007, 16/04/2007, 04/01/2007, 03/04/2007, 31/01/2007, 01/02/2007 y 08/01/2007, cuyo cálculo de Salario Base se realizó el: 23/3/2007, 13/04/2007, 20/07/2007, 31/01/2007, 08/05/2007, 10/03/2007, 10/03/2007y 13/02/2007, respectivamente."

Al respecto, cabe señalar que la Administradora de Fondos de pensiones (sic) ***(AFP),*** *remite la información sobre la fecha en la que se elaboró el Cálculo de Salario Base, de cuya fecha a partir del día siguiente de la realización de los actos se tendría un plazo de dos (2) años para realizar la fiscalización.*

Sin embargo, hay que precisar que las fiscalizaciones son realizadas a los trámites concluidos. En ese entendido, se tienen los siguientes datos:

N°	NUA	Trámites de Invalidez y Muerte 2007					Fecha de Fiscalización a la E.A.	Fecha de emisión de Notificación de cargos a la AFP
		Trámite	Fecha de Solicitud	Fecha de Elaboración HCSB	Fecha de Recepción del Expediente en la E.A.	Fecha de Primer Pago		
1	7026316	INV	28/02/2007	26/03/2007	02/04/2007	30/04/2007	06/11/2008	03/11/2010
2	36853550	INV	19/01/2007	13/04/2007	16/04/2007	28/08/2007	06/11/2008	03/11/2010
3	585592	MTE	16/04/2007	20/07/2007	11/05/2007	31/05/2007	06/11/2008	03/11/2010
4	2343526	MTE	04/01/2007	31/01/2007	01/02/2007	28/02/2007	06/11/2008	03/11/2010
5	19752601	MTE	03/04/2007	08/05/2007	11/05/2007	26/10/2007	06/11/2008	03/11/2010
6	26269296	MTE	31/01/2007	10/03/2007	10/07/2007	28/07/2007	06/11/2008	03/11/2010
7	31797571	MTE	01/02/2007	10/03/2007	14/03/2007	27/03/2007	06/11/2008	03/11/2010
8	100341743	MTE	08/01/2007	13/02/2007	15/02/2007	28/02/2007	06/11/2008	03/11/2010

Del cuadro anterior, se observa que los trámites fueron iniciados en la AFP, para su posterior envío a la Entidad Aseguradora y prosecución del mismo; por lo que esta Autoridad no podía efectuar la revisión de estos trámites en la AFP, siendo necesaria la fiscalización, una vez que los mismos hayan sido concluidos en la Entidad Aseguradora.

Por consiguiente, en la fiscalización realizada se observó que la AFP no utilizó el formato de las Hojas de Cálculo de Salario Base instruido mediante el artículo Noveno de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 380 de 12 de mayo de 2005 ***(R.A. 380 - 2005),*** *motivo por el que fue notificado mediante Nota de Cargos AP/DJ/3213/2010 de 03 de noviembre de 2010.*

Con referencia a los casos sancionados con NUA: 19975879, 36853550, y 18196691, se tiene la siguiente Información:

N°	NUA	Trámites de Invalidez y Muerte 2007	Fecha de Fiscalización a	Fecha de Notificación de

		Trámite	Fecha de Solicitud	Fecha de Elaboración HCSB	Fecha de Recepción del Expediente en la E.A.	Fecha de Primer Pago	la E.A.	cargos a la AFP
1	19975879	MTE	07/02/2007	05/12/2007	17/12/2007	26/12/2007	06/11/2008	03/11/2010
2	36853550	INV	19/01/2007	13/04/2007	16/04/2007	29/08/2007	06/11/2008	03/11/2010
3	18196691	INV	23/03/2007	23/07/2007	30/07/2007	26/10/2007	06/11/2008	03/11/2010

De igual forma que los anteriores trámites, éstos se inician en BBVA Previsión AFP S.A. para su posterior prosecución en la Entidad Aseguradora (EA) hasta la conclusión del trámite; por tanto, no se encuentran suficientes argumentos para considerar la desestimación de la sanción, debido a que la AFP no presentó prueba que acredite que remitió el expediente a la EA en plazo, conforme correspondía según normativa establecida.

CONSIDERANDO:

Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006 emitida por la SIREFI, refiere que la ***interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas, a consecuencia de un procedimiento sancionatorio, no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria,*** *ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción.*

Que con relación a la prescripción, la misma no aplicó a los cargos sancionados, en razón de que se hizo la revisión de trámites de Pensión por Invalidez y Muerte del primer semestre de la gestión 2007, donde se tenían Involucradas a las entidades que participaron en el proceso para otorgar una prestación en el SSO entre ellas la AFP y la EA.

Que en ese sentido, se identificaron indicios de incumplimiento a la norma, en trámites que fueron procesados por BBVA Previsión AFP S.A. y derivados a la EA, los cuales desde el hecho antijurídico generado, a la fecha de la revisión de los trámites, (06 de noviembre de 2008) hasta la nota de cargos (03 de noviembre de 2010), el tiempo transcurrido para que pudiera operar la prescripción se ha visto interrumpido, por tal razón y en mérito a los antecedentes, no ha operado la prescripción como tal.

Que finalmente se ha advertido que el recurso interpuesto es incongruente y desordenado en cuanto a los argumentos que expresa, respecto a los cargos sancionados. Por lo que esta Autoridad dio respuesta a los agravios señalados por el regulado, como se advierte por párrafos anteriores.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión detallada del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., esta Autoridad concluye que la entidad recurrente no ha presentado

*fundamentos que posibiliten cambiar la ratio legis de la R.A.307-2010 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en consecuencia, se confirma el referido acto administrativo, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que señala: "**I.** Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: **a) Confirmatorias.** Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".*

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, tiene el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución.

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes…

RESUELVE:

***ÚNICO.-** Confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°307-2010 de 17 de diciembre de 2010 emitida por esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP."*

6. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 25 de mayo de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 057-2011 de 28 de febrero de 2011, expresando lo siguiente:

"II FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.

La ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sustenta la resolución de confirmación manifestando:

"Al respecto, cabe señalar que la Administradora de Fondos de pensiones (sic) *(AFP), remite la información sobre la fecha en la que se elaboró el Cálculo de Salario Base, de cuya fecha a partir del día siguiente de la realización de los actos se tendría un plazo de dos (2) años para realizar la fiscalización. Sin embargo, hay que precisar que las fiscalizaciones son realizadas a los trámites concluidos..."*

"Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 septiembre de 2006 emitida por la SIREFI, refiere que la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas, a consecuencia de un procedimiento sancionatorio, no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa

sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción

"Que con relación a la prescripción, la misma no aplicó a los cargos sancionados, en razón de que se hizo la revisión de trámites de Pensión por Invalidez y Muerte del primer semestre de la gestión 2007, donde se tenían involucradas a las entidades que participaron en el proceso para otorgar una prestación en el SSO entre ellas la AFP y la EA.

Que en ese sentido, se identificaron indicios de incumplimiento a la norma, en trámites que fueron procesados por BBVA Previsión AFP S.A. y derivados a la EA, los cuales desde el hecho antijurídico generado, a la fecha de la revisión de los trámites, (06 de noviembre de 2008) hasta la nota de cargos (03 de noviembre de 2010), el tiempo transcurrido para que pudiera operar la prescripción se ha visto interrumpido, por tal razón y en mérito a los antecedentes, no ha operado la prescripción como tal".

A continuación manifiesto a usted los argumentos de impugnación para que su autoridad haga una valoración real de los mismos y proceda ha (sic) *pronunciarse sobre la prescripción de la facultad punitiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) para sancionar actos administrativos que a la fecha de notificación de cargos se encuentran prescritos.*

La APS sustenta la confirmatoria de la Resolución Sancionadora manifestando que se habría producido la interrupción de la prescripción con la fiscalización realizada a la Entidad Aseguradora la Vitalicia, empero olvida que los actos administrativos por los cuales se sanciona a la AFP fueron realizados en tiempos mayores a los dos (2) años a la fecha de notificación con cargos a la AFP.

La ex SPVS y ex AP han realizado procesos de fiscalización a todos los casos señalados en la muestra que acompañan a la nota de fiscalización y muchas veces estos casos se encuentran en diferentes estados, como ser: solicitud con Dictamen, solicitudes en curso de adquisición, solicitudes en curso de pago, razón por la que la expresión de que realiza fiscaliza (sic) sobre solicitudes finalizadas no es evidente.

En el ejercicio de su facultad legal de fiscalizar y sancionar a las entidades reguladas, la APS tiene la obligación de actuar conforme al marco jurídico establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo y en el presente caso, con especial atención del Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En los cargos N° 1 y 2 la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sustenta la misma que mediante Orden de Fiscalización OF/SPVS/IP/DPC/005/2008 de 05 de noviembre de 2008 emitida por la ex SPVS se fiscalizó tramites (sic) *de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte del primer trimestre de la gestión 2007, en la Entidad Aseguradora La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A., y que de su análisis se detectó indicios de incumplimiento a la normativa vigente en los trámites de Pensión por*

Invalidez y Pensión por Muerte procesados por BBVA PREVISIÓN AFP S.A. Siendo que la fiscalización se realizó a una entidad distinta a la Administradora de Fondos de Pensiones, en consecuencia, no opera la interrupción de la prescripción para la AFP.

La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002 en su artículo 79 establece el instituto jurídico de la prescripción, estableciendo que las infracciones prescriben en el término de dos (2) años, conforme se transcribe a continuación:

> *"ARTICULO 79° (Prescripción de Infracciones y Sanciones). Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley."*

La ex Superintendencia General de Regulación Financiera interpretando licitada disposición legal en la Resolución Jerárquica 056/2006 se pronunció manifestando:

> *"Eh* (sic) *materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violarla su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen Indefinidamente aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción..."*

La ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones cesó su potestad punitiva en los cargos por los que sanciona a la AFP, por el transcurso de más de dos (2) años establecidos en el artículo citado, conforme se demuestra a continuación:

Los trámites de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte con NUA: 7026316, 36853550, 585592, 2343526, 19752601, 26269296, 31797571 y 100341743 fueron solicitados en fechas 28/02/2007, 19/01/2007, 16/04/2007, 04/01/2007, 03/04/2007, 31/01/2007, 01/02/2007 y 08/01/2007, cuyo cálculo de Salario Base se realizó el: 23/3/2007, 13/04/2007, 20/07/2007, 31/01/2007, 08/05/2007, 10/03/2007, 10/03/2007 y 13/02/2007, respectivamente.

Del cómputo del plazo de dos (2) años para fiscalizar los actos de las entidades que se encuentran bajo su control y fiscalización, se realiza a partir del día siguiente del actos (sic) *por los que se sanciona.*

De la realidad de los hechos se tiene que en el caso de las solicitudes señaladas, el plazo para la fiscalización feneció en las fechas siguientes: 25/03/2009, 12/04/2009,

19/07/2009, 31/01/2009, 07/05/2009, 09/03/2009, 09/03/2009 y 13/02/2009, respectivamente, BBVA Previsión AFP S.A. fue notificada con la Nota de Cargo el 23 de noviembre de 2010, una vez vencido el plazo señalado.

Con referencia a los casos sancionados con NUA 19975879, 36853550, y 18196691, los trámites fueron enviados a la Entidad Aseguradora el 06/12/2007, 16/04/2007 y 25/07/2007, respectivamente, el plazo para su sanción venció el 05/12/2009, 15/04/2009 y 24/07/2009, respectivamente, BBVA Previsión AFP S.A. fue notificada con la Nota de Cargo el 23 de noviembre de 2010, después de la fecha de vencimiento del plazo legal y sin ninguna solicitud de información ni nota previa a la Nota de Cargos.

La citación o notificación con cargos es un acto procedimental por el que se pone a conocimiento las supuestas infracciones cometidas para que se presenten los descargos, alegaciones y/o justificaciones en los plazos establecidos por Ley. En consecuencia, la notificación con cargos necesariamente debe realizarse dentro del plazo de los dos años establecidos en el artículo 79.

Es necesario manifestar que para los cargos por los que se nos sanciona no se ha producido la interrupción de la prescripción después de la fecha de realización de la fiscalización a la Entidad Aseguradora la Vitalicia de Seguros y Reaseguros S.A., acto que se realizó el 06 de noviembre de 2008, según manifiesta la propia ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en la Nota de Cargo AP/DJ/3213/2010. Del computo del plazo de dos (2) años, se llega a la conclusión que dicho plazo finalizo (sic) *el 06 de noviembre de 2010 y esta administradora fue notificada con la nota de Cargo recién el 23 de noviembre de 2010, fecha en la que la prescripción ya había operado o producido…"*

CONSIDERANDO:

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

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

Como se puede preciar en el memorial de impugnación jerárquica, el recurrente circunscribe el agravio al instituto procesal de la prescripción manifestando que las infracciones administrativas habrían prescrito por el transcurso del tiempo ya que habrían pasado más de dos años desde el hecho que originó la infracción administrativa hasta la iniciación del procedimiento administrativo sancionatorio.

Por lo que corresponde a esta instancia jerárquica realizar una valoración, compulsa y fundamentación del instituto jurídico de la prescripción en materia administrativa a objeto de identificar los momentos procesales los cuales podrán establecer los momentos exactos en el que se inicia el cómputo de la prescripción, su interrupción y demás presupuestos legales que dilucidarán sobre lo fundamentado por el recurrente y lo manifestado por autoridad administrativa.

1. Sobre la prescripción de las infracciones administrativas.-

A manera de preámbulo es importante dejar claramente establecido que la doctrina administrativa regulatoria ha venido sosteniendo de manera uniforme el instituto jurídico de la prescripción, recogida también por BBVA Previsión S.A. en el recurso interpuesto, esbozando las manifestaciones jurídico legales estriadas de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006 que a continuación se transcribe:

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

De acuerdo a la glosa extraída, el instituto jurídico de la prescripción en materia administrativa sancionatoria se encuentra legítimamente reglado, por la norma aplicable a la materia, recogida en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo estableciendo que *"Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)"* y ampliamente desarrollado en la doctrina del derecho administrativo.

Como se puede apreciar la norma administrativa establece **dos momentos** jurídicos en el cómputo del plazo de la prescripción; **el primero** corresponde a las infracciones cometidas y **el segundo** a las sanciones ya impuestas. Siendo que en el presente caso corresponde realizar un análisis factico jurídico del primer supuesto; o sea de la supuesta infracción cometida y el transcurso legal necesario de dos años para que opere tal prescripción.

Es así que el recurrente realiza una cronología de hechos que llegan a la conclusión de que el plazo procesal de dos años para la imposición de una sanción y/o la iniciación de un procedimiento administrativo sancionatorio habría vencido tomando como parámetro de la interrupción del plazo de la prescripción la notificación de cargos al regulado que corresponde procedimentalmente a la iniciación misma del proceso sancionatorio.

Contrario sensu a lo manifestado por el regulado la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en el cuarto considerando de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 057-2011 de 28 de febrero de 2011 expresa:

> "*Que con relación a la prescripción, la misma no aplicó a los cargos sancionados, en razón de que se hizo la revisión de trámites de Pensión por Invalidez y Muerte del primer semestre de la gestión 2007, donde se tenían Involucradas a las entidades que participaron en el proceso para otorgar una prestación en el SSO entre ellas la AFP y la EA.*
>
> *Que en ese sentido, se identificaron indicios de incumplimiento a la norma, en trámites que fueron procesados por BBVA Previsión AFP S.A. y derivados a la EA, los cuales desde el hecho antijurídico generado, a la fecha de la revisión de los trámites, (06 de noviembre de 2008) hasta la nota de cargos (03 de noviembre de 2010), el tiempo transcurrido para que pudiera operar la prescripción se ha visto interrumpido, por tal razón y en mérito a los antecedentes, no ha operado la prescripción como tal.*"

Teniendo entonces, que la autoridad fiscalizadora sostiene un momento procesal distinto en el que se vio interrumpida la prescripción, el cual es la revisión e identificación de hecho antijurídico generado, tomando como interrupción de la prescripción el 06 de noviembre de 2008, que fue la fecha de revisión de documentación hasta la nota de cargos notificada en fecha 03 de noviembre de 2010 no se cumplieron los dos años exigidos en la norma.

De acuerdo a lo manifestado es evidente que el órgano de fiscalización y la Administradora de Fondos de Pensiones tienen criterios distintos respecto a los momentos jurídicos en que empieza a transcurrir el plazo para la prescripción y los momentos jurídicos en los que procede la interrupción, por lo que corresponde establecer una real valoración sobre lo concebido por el recurrente y lo aplicado por el fiscalizador.

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

> "*En consecuencia, tomando en cuenta los argumentos del recurrente, es necesario determinar cuál es el momento inicial que empieza a correr el plazo para que pueda prescribir la infracción o falta administrativa, y cuál es el momento en el que consuma dicha prescripción, por lo que de acuerdo a la doctrina podemos distinguir que en materia de prescripción en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador se tiene que este instituto puede aplicarse en los casos de iniciación tardía del procedimiento sancionador y la prescripción que opera cuando se paraliza el procedimiento sancionador.*
>
> 1. *En el primer caso el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la fecha de comisión de la infracción administrativa, con total independencia de la*

fecha de su descubrimiento o conocimiento de la autoridad administrativa, nos encontraríamos en una situación de inseguridad jurídica en desmedro de los administrados, conculcando uno de los fundamentos básicos de la prescripción, como es el que nadie puede permanecer en incertidumbre por tiempo indefinido.

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

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

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

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

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

Tenemos entonces que la revisión de trámites (como lo expresa la AP en su Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 057-2011 de 28 de febrero de 2011), corresponde a una etapa de fiscalización y/o averiguación previa, antes de la iniciación de un procedimiento sancionador, y no es legalmente sustentable afirmar que el realizar la revisión de determinada documentación, conlleva a que el administrado ya se encuentre inmerso en un proceso sancionador, además corresponde dejar claramente establecido que la fiscalización fue a un regulado (La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A.) y el proceso sancionatorio como consecuencia de dicha fiscalización se la llevó a cabo contra otro regulado (BBVA Previsión AFP S.A.) imponiéndole una sanción; aspecto que no puede ser soslayado a tiempo de valorar el momento de la interrupción de la prescripción.

De igual forma lo manifestado por la Administradora de Fondos de Pensiones, en su memorial de Recurso Jerárquico es incorrecto, porque como se dijo anteriormente, un proceso de fiscalización no puede ser considerado como el inicio de un proceso sancionatorio, ya que si fuere así, el órgano de fiscalización estaría presumiendo la culpabilidad del regulado contraviniendo las etapas procesales desarrolladas precedentemente, afectado el principio al debido proceso, en sentido de que en una fiscalización también corresponde a una función específica de la autoridad administrativa y no siempre se encuentran indicios de incumplimiento y/o infracción de la norma administrativa.

Finalmente, habiéndose establecido los plazos procesales de la prescripción y los momentos en que empiezan a computarse estos así como su interrupción con una fundamentación factico jurídica objetiva invocando precedentes administrativos que vinculan al presente caso, corresponde ahora realizar una descripción cronológica de los hechos, las infracciones cometidas, el tiempo transcurrido y los plazos vencidos.

Inmersos en los trámites procesales administrativos se evidencia que la fiscalización realizada por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros S.A. fue desde el 10 al 14 de noviembre de 2008, sobre las prestaciones de Invalidez y Muerte de Riesgo Común y Riesgo Profesional del Seguro Social Obligatorio otorgadas el primer semestre de la gestión 2007.

En dicha fiscalización la autoridad reguladora evidenció supuestos incumplimientos por parte de BBVA Previsión AFP S.A. imputando posteriormente a la citada Administradora de Fondos de Pensiones con dos cargos.

El primer cargo refiere a que BBVA Previsión AFP S.A. no utilizó el formato establecido para efectuar el cálculo de Salario Base de ocho casos; al respecto el único antecedente que refleja las fechas de los citados casos, su cálculo, formato en el formulario descrito y

elaboración, se refleja en el memorial de Recurso Jerárquico interpuesto de acuerdo al siguiente detalle.

> *"Los trámites de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte con NUA: 7026316, 36853550, 585592, 2343526, 19752601, 26269296, 31797571 y 100341743 fueron solicitados en fechas 28/02/2007, 19/01/2007, 16/04/2007, 04/01/2007, 03/04/2007, 31/01/2007, 01/02/2007 y 08/01/2007, cuyo cálculo de Salario Base se realizó el: 23/3/2007, 13/04/2007, 20/07/2007, 31/01/2007, 08/05/2007, 10/03/2007, 10/03/2007 y 13/02/2007, respectivamente."*

Como se puede apreciar, la infracción a la norma administrativa fue cometida por BBVA Previsión AFP S.A. en fechas *23/3/2007, 13/04/2007, 20/07/2007, 31/01/2007, 08/05/2007, 10/03/2007, 10/03/2007 y 13/02/2007* en el que se realizó el cálculo del salario Base en el formulario para el efecto y la notificación con el citado cargo fue realizada en fecha 23 de noviembre de 2010, habiendo transcurrido un periodo de tiempo de cada caso de acuerdo al siguiente cuadro:

NUA	FECHA DE CÁLCULO	PLAZO TRANSCURRIDO HASTA FECHA 23/11/2010 (Notificación de Cargos)
7026316	28/02/2007	3 años, 9 meses y 21 días
36853550	19/01/2007	3 años, 10 meses y 3 días
585592	16/04/2007	3 años, 7 meses y 7 días
2342526	04/01/2007	3 años, 10 meses y 19 días
19752601	03/04/2007	3 años, 10 meses y 20 días
26269296	31/01/2007	3 años, 9 meses y 23 días
31797571	01/02/2007	3 años, 9 meses y 22 días
100341743	08/01/2007	3 años, 10 meses y 15 días

En este orden de ideas es evidente que el tiempo transcurrido de la infracción cometida por el regulado y la iniciación de un procedimiento sancionatorio fueron superiores a los dos años exigidos en el artículo 79 de la ley de Procedimiento Administrativo en consecuencia es aplicable para el presente caso el instituto jurídico de la prescripción.

Contrario Sensu a lo manifestado por la Autoridad Fiscalizadora no podemos hablar de interrupción de la prescripción, basados en que el hecho antijurídico fue identificado en la "revisión de los trámites" objeto de una fiscalización que ni siquiera fue efectuada a la entidad sancionada, aspecto que penaliza al acto emitido de inconsistencia legal y aplicación errónea de la norma procedimental administrativa.

Continuando con la cronología de los hechos tenemos que el segundo cargo imputado por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en contra de Previsión BBVA AFP S.A. fue por la demora en la remisión de los expedientes a la entidad Aseguradora, habiendo sobrepasado los cinco días calendario posteriores a la fecha del dictamen en tres

casos los cuales corresponde también elaborar un cuadro comparativo de fechas de acuerdo al siguiente detalle.

NUA	Fecha de cometida la infracción (Remisión de expediente a EA)	PLAZO TRANSCURRIDO HASTA FECHA 23/11/2010 (Notificación de Cargos)
18196691	27/07/2007	3 años, 3 meses y 27 días
36853550	06/04/2007	3 años, 7 meses y 19 días
19975879	17/12/2007	2 años 11 meses y 6 días

De la misma forma que el anterior caso el plazo transcurrido desde la comisión de la infracción hasta la notificación de cargos al regulado habría sobrepasado el plazo legal establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 y no conlleva el suficiente sustento legal afirmar que la revisión de documentación producto de una fiscalización (a un administrado distinto al sancionado), y supuesta identificación de hecho antijurídico generado sea una causal para que se interrumpa el plazo de la prescripción.

La aplicación de la norma administrativa debe ceñirse en estricto apego a lo que establecen sus disposiciones legales, evitando crear interpretaciones que no son competencia de los operadores de justicia ni de los particulares; aspecto que crea una errónea aplicación de la ley e induce a crear defectos procesales que perjudican el correcto desenvolvimiento del proceso administrativo dilatando su tramitación con anulabilidades procesales que perjudican, a la administración pública incrementando su carga procesal, así como a los administrados en la retardación de hacer efectivo su derecho de petición.

COSIDERANDO:

Que, de acuerdo a todo lo compulsado es evidente que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no aplicó correctamente la norma administrativa emitiendo un criterio errado sobre los plazos de cómputo de la prescripción así como su interrupción al manifestar que la misma se interrumpía con "la revisión de los trámites" sin mayor fundamento legal evidenciando una limitada motivación en la que se fundaba dicho criterio.

Que, finalmente, el que haya operado la prescripción a favor del regulado no inhibe a este del hecho de que sí hubo la comisión de la infracción, debiendo en consecuencia tomarse en cuenta a futuras actuaciones similares, a objeto de imponer las sanciones legales que correspondan.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá revocar la Resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/ Nº 057/2011 de fecha 28 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 307/2010 de fecha 17 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Declarar la Prescripción de los cargos imputados en la Nota AP/DJ/3213/2010 de fecha 03 de noviembre de 2010, por haber sobrepasado el plazo procesal establecido en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002 conforme los fundamentos jurídicos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 DE 16 DE FEBRERO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 040/2011 DE 23 DE AGOSTO DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 040/2011

La Paz, 23 de agosto de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 de fecha 16 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº299-2010 de 10 de diciembre de 2010, ambas emitidas por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº013/2011 de 7 de junio de 2011, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº084/2011 de 14 de julio de 2011, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 14 de abril de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo

de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 de fecha 16 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº299-2010 de 10 de diciembre de 2010.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 6 de mayo de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones** mismo que fue notificado el 13 de mayo de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS Y DESCARGOS.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota AP/DJ/DPC/2619/2010, de fecha 13 de septiembre de 2010, notificó a Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones con el siguiente cargo:

> ***"II.- IMPUTACIÓN DE CARGOS:***
>
> *…Existen indicios de incumplimiento al artículo 27 de la Ley de Pensiones 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, considerando que en el caso del Afiliado militar Humberto Tellería Vera con NUA 100067852, Futuro de Bolivia S.A. AFP no actuó con la diligencia de un buen padre de familia porque no requirió las correcciones suficientes al Poder otorgado por el Afiliado al Sr. Ángel Paz Uriarte, asimismo demoró cinco (5) días hábiles administrativos en realizar la comunicación de las observaciones del Poder y aceptó la suscripción de la Solicitud de jubilación de fecha 15 de enero de 2010 para anularla posteriormente. La actuación de la AFP ocasionó la pérdida de un mes de devengamiento de pensión de jubilación al Afiliado, correspondiente a enero/2010."*

En fecha 14 de octubre de 2010 **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones** mediante nota FUT.AP.GC 1759/2010 presentó los siguientes descargos:

> *"En atención a su nota cite AP/DJ/DPC/2619/2010, en relación al afiliado de referencia, nos permitimos realizar las siguientes consideraciones:*
>
> - *Las prestaciones de Jubilación para Afiliados dependientes de la FFAA con 35 años de servicio continuo se reciben y procesan de acuerdo a lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 474 de 25 de junio de 2007, Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 338 de 11 de abril de 2008, Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 101 de 27 de febrero de 2009 y normativa conexa. En ese sentido, de*

acuerdo a lo establecido en el artículo 2º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/ 338/2008, hasta el día 30 de septiembre o día hábil posterior de cada año (15 de Octubre para casos omitidos) el Ministerio de Defensa debe remitir a la AFP que corresponda, el listado del personal militar que pasará a la jubilación junto a los documentos requeridos por norma vigente para el inicio del trámite, para lo cual una vez recibidos los documentos la AFP tiene 10 días hábiles para revisar los mismos y de esta manera hacer conocer al Ministerio de Defensa las observaciones que hubiera para que éstas se aclaren o subsanen.

Sin embargo para el caso en particular, el poder fue recibido en el Ministerio de Defensa y remitido a nuestra AFP recién en fecha 6 de enero de 2010, por lo que se puede afirmar que si el poder hubiese sido presentado en su oportunidad y dentro los plazos establecidos por la citada norma, tanto el Ministerio de Defensa como nuestra AFP hubiera contado con el tiempo suficiente para realizar todas las validaciones que corresponden a fin de aceptar la personería delegada por el Afiliado.

- *Es necesario aclarar que al momento de identificarse problemas en el Testimonio de Poder Nº 134/2009, nuestra Administradora por procedimiento interno y con el fin de asesorar tanto al Afiliado como a su Apoderado hace entrega de un "Instrumento de Poder para Trámites de Jubilación", mismo que explica de manera detallada los requisitos tanto de fondo como de forma, que debe contener el poder a efectos de su validez en el inicio del trámite de jubilación. Por lo que podemos afirmar que se brindo (sic) el asesoramiento necesario en relación a la correcta elaboración del mismo. Para su verificación adjuntamos una copia del Instructivo.*
- *Nuestra AFP en fecha 15 de enero de 2010 procede a la recepción de la solicitud de jubilación a la suscripción del Formulario de Solicitud de Jubilación, velando justamente por los intereses del Afiliado y en cumplimiento del último párrafo del artículo tercero, parágrafo II del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 474 de 25 de junio de 2007. Es importante señalar que la recepción de la solicitud por si misma no genera el derecho a una pensión en el SSO, ya que producto de un proceso de revisión que debe ser realizado dentro de los primeros cinco días de recepcionada la solicitud, la misma puede ser anulada en el caso de identificarse que la información contenida en la documentación no fuera coincidente entre sí, así como eventualmente podría ser rechazada o destinada por el propio Afiliado en pasos posteriores.*

  Para el caso en particular nuestra Administradora luego de una revisión exhaustiva de los documentos presentados procede a realizar la anulación de la solicitud de jubilación y la notificación de la misma dentro de los plazos establecidos en norma, toda vez que el Testimonio de Poder 001/2010 no consignaba todos los requisitos contemplados en el Instructivo de Poder para Trámites de Jubilación entregados por nuestra AFP al Apoderado.

- *Es pertinente puntualizar que nuestra AFP no tiene registros de que el Afiliado se haya apersonado por nuestra oficina regional La Paz, el día 15 de enero de la presente gestión, ya que en caso de haberse presentado esa situación, habríamos*

  orientado al Afiliado a que firme personalmente la solicitud de jubilación sin necesidad del poder notarial. En este sentido ponemos a disposición de su Autoridad las imágenes grabadas por nuestras cámaras de seguridad, para lo cual esperamos se fije día y hora para la entrega respectiva de las mismas a objeto de verificar lo aseverado por nuestra administradora.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que nuestra AFP no ha escapado a la responsabilidad que le asigna el artículo 27 de la Ley de Pensiones y ha actuado en conformidad al marco normativo vigente para la otorgación de la prestación de Jubilación en la recepción y anulación de la solicitud de jubilación, así como en todo momento se actuó bajo la concesión del artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 actuando más bien bajo el principio jurídico del bon pater familiae, brindando la orientación oportuna y necesaria al Apoderado del Afiliado para el inicio de su trámite y el acceso a la pensión de jubilación…"

En fecha 25 de octubre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emitió Auto de apertura de término de prueba, en el que se dispuso la audiencia para verificar el contenido de la grabación con las imágenes captadas en fecha 15 de enero de 2010 en la oficina regional de La Paz de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones.

Dicha audiencia fue suspendida mediante Auto de 12 de noviembre de 2010, hasta el 26 de noviembre de 2010, fecha en la que se realizó la reproducción de las imágenes grabadas el 15 y 18 de enero de 2010, que muestran el ingreso y salida de las personas a la regional, evidenciándose que el señor Angel Paz Uriarte (Apoderado) se apersonó en fecha 15 de enero de 2010 en la regional presentando y entregando el testimonio de poder y constatándose que el Afiliado se hizo presente en la Administradora el 18 de enero de 2010.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 299-2010 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Que mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº299-2010 de 10 de diciembre de 2010 la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presenta las consideraciones siguientes:

"…Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP advirtió que Futuro de Bolivia S.A. AFP, incumplió lo establecido en el artículo 27 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, al no actuar con la diligencia de un buen padre de familia, porque no requirió las correcciones necesarias al Poder otorgado por el Afiliado Humberto Tellería Vera al señor Ángel Paz Uriarte;

asimismo, demoró cinco (5) días hábiles administrativos en realizar la comunicación de las observaciones del Poder y aceptó la suscripción de la Solicitud de jubilación de fecha 15 de enero de 2010 para anularla posteriormente. Esta acción de la AFP ocasionó la pérdida de un mes de devengamiento de pensión de jubilación al Afiliado, correspondiente a enero/2010.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota de descargo FUT.AP.GC 1759/2010 de 14 de octubre de 2010, señala que el Poder otorgado por el señor Tellería fue presentado el 06 de enero de 2010, en forma posterior al plazo que establece la norma para el trámite de jubilación de Afiliados militares; por lo que no disponía del tiempo suficiente para realizar todas las validaciones para aceptar la personería delegada por el Afiliado.

Que asimismo, la AFP aclara que al momento de identificar problemas en el Testimonio de Poder N° 134/2009, entregó al señor Tellería un "Instructivo de Poder para Trámites de Jubilación", el cual explica detalladamente los requisitos de fondo y de forma que debe contener el Poder, a efectos de ser válido. Por lo que afirma que brindó el asesoramiento necesario en relación a la correcta elaboración del mismo.

Que con respecto a lo expresado por la AFP, corresponde señalar que efectivamente el primer Poder otorgado por el Afiliado al señor Ángel Paz Uriarte fue presentado el 06 de enero de 2010; sin embargo la AFP tenía conocimiento que el caso se encontraba en el listado de personal de las Fuerzas Armadas que accedería a la jubilación en la gestión 2010, por lo que no tomó las precauciones necesarias en cuanto a tiempo para informar las observaciones que presentaba el Poder, ya que demoró cinco (5) días hábiles administrativos.

Que asimismo, transcurrido ese tiempo, la AFP no actuó con la diligencia de un buen padre de familia cuando observó el primer Poder presentado, ya que en la nota GR. LP.SC 149/2010 de 11 de enero de 2010 recibida por el Apoderado el 13 de enero de 2010, sólo consideró que los datos del Apoderado consignados en el Poder, entendiéndose como tales al Apellido Materno (Iriarte), no guardaban relación con los datos del Carnet de Identidad (Uriarte), sin hacer referencia a la inexistencia del número de Carnet de Identidad del señor Ángel Paz Uriarte, en el citado Poder.

Que la Información parcial otorgada por la AFP ocasionó que el Poder sea nuevamente presentado con la corrección del Apellido Materno del Apoderado pero sin consignar el número de Carnet de Identidad del mismo, error que ya contenía el Poder inicial.

Que en relación al "Instructivo de Poder para Trámites de Jubilación" entregado por la AFP al Apoderado, cabe señalar que el mismo presenta directrices generales, sin embargo tampoco se refiere a la necesidad de que el Poder presente el número de Carnet de Identidad del Apoderado. Dicha situación no respalda lo expresado por la AFP respecto a haber brindado el asesoramiento necesario.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP indica también que el 15 de enero de 2010, velando por los intereses del Afiliado, recepcionó la Solicitud de jubilación en cumplimiento del último párrafo del Artículo tercero, Parágrafo II del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 474 de 25 de junio de 2007.

Argumenta que la recepción de la solicitud no genera el derecho a una pensión, ya que después de un proceso de revisión dentro de los primeros cinco días de recepcionada la solicitud, ésta puede ser anulada en caso de que la información contenida en la documentación no fuera coincidente entre sí, así como eventualmente podría ser rechazada o desistida por el propio Afiliado en pasos posteriores.

Que en el presente caso, la AFP luego de revisada la documentación realizó la anulación de la Solicitud de Jubilación y la notificación, toda vez que el Testimonio de Poder 001/2010 no consignaba todos los requisitos contenidos en el mencionado Instructivo de Poder.

Que sobre el particular, se debe precisar que la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 474 de 25 de junio de 2007 ***(R.A. 474/2007)*** *prevé la anulación de un trámite de jubilación en los casos en los que la documentación presentada, referida en el Artículo 1 de dicha R.A. 474/2007 no estuviera completa, no cumpliera con las especificaciones requeridas o no fuera coincidente entre sí; sin embargo, no hace referencia a la anulación de un trámite por observaciones al Poder, por lo que se establece que la AFP no actuó conforme a norma vigente, como señala en sus descargos.*

Que asimismo, se entendería que un Poder es un instrumento legal, por el cual una persona otorga y delega a favor de otra, una serie de facultades y derechos que le son propios para que la represente ante las entidades correspondientes. Por tanto, mientras este documento no sea válido para representar a quien corresponde, en este caso al Afiliado, no se puede otorgar al Apoderado la facultad de asumir los derechos del Afiliado, por lo que la AFP no debería haber aceptado la suscripción del trámite de jubilación mientras no verificaba que el Poder sea plenamente válido. Con la aceptación del Poder, Futuro de Bolivia S.A. AFP da por bien hecho dicho documento, asumiendo a la vez, la responsabilidad de otorgar los efectos correspondientes al trámite de jubilación.

Que la AFP indica que no tiene registros de que el Afiliado se haya apersonado a la Oficina Regional La Paz el 15 de enero de 2010 ya que lo habría orientado a que firme personalmente la Solicitud de Jubilación sin necesidad del Poder notarial. Asimismo, ofrece a disposición de esta Autoridad las imágenes grabadas por sus cámaras de seguridad, para su respectiva verificación.

Que en fecha 26 de noviembre de 2010, se realiza la Audiencia de Verificación del contenido de grabación señalada en Auto de 12 de noviembre de 2010, en la cual la AFP presenta las imágenes grabadas correspondientes al día 15 de enero de 2010.

Que se labró el Acta de Audiencia de Verificación del contenido de la grabación de fecha 26 de noviembre de 2010, en las instalaciones de la Oficina Regional de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en la que se observó que en fecha 15 de enero de 2010, el señor Ángel Paz Uriarte, Apoderado del señor Humberto Tellería Vera, se apersonó a la Regional La Paz de la AFP a horas 16:48 sin la compañía del Afiliado; por tanto, de las imágenes reproducidas en Audiencia de Verificativo, se evidencia que el señor Ángel Paz Uriarte en calidad de apoderado, se apersonó a la AFP en fecha 15 de enero de 2010 para iniciar el trámite de jubilación.

Que es importante aclarar que independientemente de quién se haya apersonado a la AFP el 15 de enero de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP estaba en la obligación de proporcionar la información necesaria sobre las observaciones que contenía el Poder en la primera oportunidad, es decir mediante nota GR. LP.SC 149/2010 de 11 de enero de 2010, cuando el Apoderado presentó por primera vez el Poder.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP concluye que no ha rehuido a la responsabilidad que le asigna el artículo 27 de la Ley de Pensiones y que ha actuado conforme a norma vigente para la otorgación de la prestación de jubilación en la recepción y anulación de la Solicitud de jubilación y de acuerdo al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 actuando como buen padre de familia, brindando la orientación oportuna y necesaria al Apoderado para el inicio de su trámite y el acceso a la pensión de jubilación.

Que con respecto a lo señalado por la AFP y de acuerdo al análisis previo, esta Autoridad concluye que Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha actuado como buen padre de familia en el presente caso al no haber prestado el asesoramiento necesario, ocasionando la pérdida de un mes de pensión de jubilación al señor Humberto Tellería Vera correspondiente al mes de enero/2010, por lo que los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para levantar el cargo.

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llegan a establece los hechos ligados con el incumplimiento a la norma imputada y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que finalmente, como consecuencia de la infracción comprobada se tiene que la AFP deberá restituir con recursos propios, el perjuicio económico ocasionado al Afiliado, en aplicación del artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, toda vez que de la comprobación del hecho imputado se tiene que el mismo generó la pérdida de un mes de devengamiento de pensión de jubilación, correspondiente a enero/2010…"

"…***RESUELVE:***

PRIMERO.- I.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con una multa en Bolivianos equivalente a $us6.000, 00 (SEIS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento al artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

II.- *En el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá restituir al Afiliado con recursos propios, la pensión de jubilación correspondiente al mes de enero/2010.*

III.*- Una copia del comprobante de la operación de reposición deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de vencido el anterior plazo…"*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 19 de enero de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 299-2010 de 10 de diciembre de 2010 argumentando que se hubiera demostrado que el Sr Humberto Tellería Vera no estuvo presente en las oficinas de la Administradora de Fondos de Pensiones el 15 de enero de 2010, como lo manifiesta para entregar el testimonio poder Nº 001/2010 hecho que pudo ser evidenciado de la grabación de seguridad desvirtuando de esta manera las pretensiones del Sr. Ángel Paz Uriarte, que a su vez Futuro de Bolivia S.A., mediante nota GR.LP.SC 149/2010 de 11 de enero de 2010, no sólo comunicó las observaciones de poder sino también adjuntó instructivo poder. Por lo que las formalidades de ley tal como son la identificación del poderdante y apoderado (nombres completos, estado civil, cédula de identidad, etc.) son responsabilidad del Notario y no así de la Administradora de Fondos de Pensiones. Por lo que de acuerdo a la verdad material se ha podido llegar a la conclusión de que la Administradora de Fondos de Pensiones ha brindado el asesoramiento adecuado, no teniendo por ende responsabilidad por los errores de forma que contenía el poder especial de fecha 15 de enero de 2010, por lo que solicita que se revoque totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 299-2010 de fecha 10 de diciembre de 2010.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 DE 16 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 de 16 de febrero de 2011 la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 299-2010 de 10 de diciembre de 2010, bajo los siguientes fundamentos:

> "… ***CONSIDERANDO:***
>
> ***A LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO.***
>
> *En esta parte del presente acto administrativo, de acuerdo a los argumentos expresados en el Recurso de Revocatoria, corresponde señalar lo siguiente:*
>
> ***Al inciso a)***
>
> *Para este inciso, la AFP señala: "Nuestra AFP mediante nota GR.LP.SC 149/2010 de 11 de enero de 2010, no solo comunicó las observaciones que contenía el poder, sino que también adjunto (sic) instructivo de poder a efectos de que las facultades contenidas en el mismo surtan todos los efectos jurídicos. Por lo que las formalidades de ley como la identificación del poderdante y apoderado (nombres completos, estado civil, cédula de identidad, etc.) son responsabilidad del Notario (a) y de la Notaría de Fe Pública que lo emite, quedando la AFP exenta de responsabilidad por los errores de forma y fondo que los poderes puedan contener. Por lo que al contrario de lo que afirma su Autoridad, hemos cumplido con dar el asesoramiento necesario y oportuno al Sr. Ángel Paz Iríarte (sic)."*

Al respecto, se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP no brindó el asesoramiento necesario y oportuno al Sr. Ángel Paz Uriarte debido a que en la primera oportunidad no proporcionó todas las observaciones que contenía el Poder para ser considerado como documento válido. Asimismo, las observaciones que inicialmente realizó la AFP, fueron entregadas en un tiempo de cinco (5) días hábiles administrativos, situación que causó demora en la corrección del Poder y consecuentemente la pérdida de devengamiento de un mes de pensión de jubilación al Afiliado.

Asimismo es importante dejar en claro que, en el momento en que el Poder es presentado en la AFP por el interesado, para iniciar trámite en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la AFP está obligada a que el trámite cumpla a cabalidad con los requisitos señalados por norma, para lo cual debe verificar también, la congruencia y coincidencia de los datos insertos en la documentación que se presenta respecto a los registros con los que se cuenta. En ese comprendido y en el presente caso, era responsabilidad de la AFP verificar y revisar oportunamente que el Poder sea suficiente y contenga los datos necesarios para su admisión, a fin de garantizar la debida otorgación de la prestación.

El artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, establece con claridad que la administración y el otorgamiento de las prestaciones de jubilación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, son responsabilidad de las AFP, en concordancia con la cláusula Octava del Contrato suscrito con Futuro de Solivia S.A. AFP, en los puntos: "8.1. Servicios: Una vez que la Licencia sea otorgada a la AFP, esta prestará los Servicios cumpliendo con la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato. 8.5. Cuidado Exigible: A menos que en la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias, la licencia otorgada a la AFP y el Contrato, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia o prudencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia.", por lo que constituye una obligación de la AFP informar y asesorar responsablemente al Afiliado.

Al inciso b)

Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala: "Por otra parte se debe considerar necesariamente que de acuerdo al artículo 60 del Código de Procedimiento Civil recién admitida la personería, el apoderado asume todas las responsabilidades que las leyes le imponen y sus actos obligan al poderdante como si él personalmente los practicare. Por lo que en el caso que nos ocupa, al no haberse admitido la personería del Sr. Ángel Paz Marte (sic), la firma de la solicitud de Jubilación de 15 de enero de 2010 queda sin efecto ni valor jurídico, motivo por el cual se procede a su anulación ya que el actor carecía de la legitimación activa necesaria para hacerlo."

Al respecto, evidentemente el segundo Poder presentado por el Apoderado carecería de legitimidad para representar al Afiliado, por lo que la AFP procedió a la anulación de la Solicitud de Jubilación. Sin embargo, se debe reiterar que la Resolución Administrativa/SPVS/IP No. 474 de 25 de junio de 2007 prevé la anulación de un trámite de jubilación en los casos en los que la documentación presentada detallada en el Artículo 1

de dicha Resolución no estuviera completa, no cumpliera con las especificaciones requeridas o no fuera coincidente entre sí, sin hacer referencia a la anulación de un trámite por observaciones al Poder. En ese comprendido, la AFP al anular el trámite por razones no contempladas expresamente actuó al margen de la norma, correspondiendo el inicio del trámite una vez que el señalado Poder otorgara al Apoderado, las respectivas facultades.

Finalmente, corresponde indicar que la actuación de la AFP al proporcionar información incompleta y con demora ocasionó que el Afiliado sea afectado con un mes de devengamiento de pensión de jubilación, por lo que se ha resuelto la restitución correspondiente.

Al inciso c)

La AFP en esta parte señala: "La simple presentación del poder en nuestras oficinas, no importa la aceptación de la personería del apoderado por parte de nuestra AFP, y en ese sentido La (sic) jurisprudencia que rige en nuestro país es uniforme en cuanto señala que la personería se tiene por aceptada con el decreto del juez o autoridad que la acepta, siendo a partir de ese momento que surte todos los efectos jurídicos en cuanto a la representación se refiere."

Al respecto, corresponde señalar que en caso de imposibilidad manifiesta del Afiliado, la AFP debe tomar en cuenta que previa a la admisión de la personería del Apoderado y consecuente aceptación del inicio del trámite, que el Poder cuente debidamente con los requerimientos legales de fondo y forma, así por ejemplo, los nombres y apellidos correctos, la documentación que los identifica, las facultades, entre otras; que deben necesariamente ser revisados para la viabilidad del trámite.

Asimismo, con relación a la Jurisprudencia, dicho concepto fue formulado por el regulado de forma enunciativa, sin hacer referencia en lo particular, a una situación legal similar al presente proceso.

Al inciso d)

Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala también que: "El punto 7 de la nota de reclamo presentada a su Autoridad en fecha 5 de marzo de 2010, expresa que Humberto Tellería Vera junto a su apoderado entregaron poder especial corregido en fecha 15 de enero de 2010, y que sí se les hubiera hecho notar alguna observación hubieran tenido tiempo para volver a corregirlo. Afirmación totalmente descabellada, ya que como quedo (sic) demostrado en audiencia de verificación de contenido de grabación, el 15 de enero a Hrs. 16:48 la única persona que visito (sic) nuestras oficinas es (sic) el Sr. Ángel Paz Iriarte (sic), ya que de haber estado presente el Sr. Humberto Tellería Vera, se le hubiera hecho suscribir el formulario de Jubilación a él en persona."

Sobre lo expresado por la AFP, corresponde señalar que evidentemente quedó demostrado que el 15 de enero de 2010, el Sr. Ángel Paz Uriarte se apersonó para iniciar el trámite de jubilación sin el Afiliado Sr. Humberto Tellería Vera; sin embargo esta situación no exime a la AFP de la responsabilidad de proporcionar la información necesaria respecto a las observaciones que contenía el Poder. De haber actuado la AFP con la

diligencia de un buen padre de familia, otorgando información completa y oportuna en la primera ocasión, el trámite de jubilación iniciado por el Apoderado hubiera seguido su curso normal, asimismo no se le habría exigido la presentación de un tercer Poder…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 14 de abril de 2011, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones,** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 de 16 de febrero de 2011, con los siguientes argumentos:

"… FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

Conforme a lo establecido por el artículo 4 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo se establece el principio de verdad material, por el que "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil", nuestra administradora en audiencia de reproducción de prueba ha desvirtuado la pretensión formulada por el Sr. Ángel Paz Iriarte (sic), *al demostrar de manera inexcusable, que al contrario de lo expresado en nota de reclamo cursada a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, el Afiliado Huberto Tellería Vera, no se hizo presente en nuestras oficinas en fecha 15 de enero de 2010.*

En el recurso de revocatoria que nuestra AFP presento (sic) *contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 299/2010 de 10 de diciembre de 2010 se expreso que la nota de reclamo y/o solicitud de pago que cursa en su Autoridad esta* (sic) *firmada por el Sr. Ángel Paz Iriarte*(sic) *sin la acreditación de poder notarial que lo faculte para ello, por lo que el actor carece de la legitimación activa que le permita formular cualquier tipo de reclamo y/o solicitud ante su Autoridad, siendo sus actos y pretensiones nulos de pleno derecho, argumento que pretende ser rebatido por lo expresado en el quinto párrafo de la página tres de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 de 16 de febrero de 2011 al expresar sic "Que sin perjuicio de la falta de legitimación que se invoca, corresponde aclarar al regulado que el presente proceso administrativo sancionatorio no se centra en quien habría presentado el reclamo, sino en la falta de diligencia y cuidado exigible de la AFP en comunicar oportunamente las inconsistencias encontradas en el Poder otorgado por el Afiliado al señor Ángel Paz Uriarte, para la prosecución del trámite de jubilación". Olvidándose completamente que por imperio de lo establecido por el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Administrativo en su parágrafo I, "Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública* ***podrá actuar por sí o por medio de su representante o mandatario debidamente acreditado"*** *(las negrillas son nuestras); incluso si la actuación fuera de mero trámite, el tramitador o gestor deberá estar debidamente facultado mediante carta notariada según lo prescrito por el artículo 14 de la citada ley de Procedimiento Administrativo.*

Para fundamentar la sanción establecida contra nuestra administradora, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones establece en el párrafo 16 del tercer

considerando de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 299-2010 "Que es importante aclarar que independientemente de quién se haya apersonado a la AFP el 15 de enero de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP estaba en la obligación de proporcionar la información necesaria sobre las observaciones que contenía el Poder en la primera oportunidad, es decir mediante nota GR.LP.SC 149/2010 de 11 de enero de 2010, cuando el Apoderado presentó por primera vez el poder". Sobre esa base establece dos párrafos más adelante que, nuestra AFP al no haber prestado el asesoramiento necesario, ha ocasionado la pérdida de un mes de jubilación del señor Humberto Tellería Vera, entrando en franca contradicción con lo expresado en el tercer párrafo de la página 3 de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 de 16 de febrero de 2011, que dice sic "Que sin perjuicio de lo señalado, el regulado tiene la responsabilidad de prestar información del trámite de jubilación al Afiliado o a su apoderado de manera completa y oportuna ***una vez iniciado el mismo"*** *(las negrillas son nuestras), sin considerar que hasta esa fecha no se había iniciado ningún trámite; y además limitando el acceso a la información que nuestra AFP brinda como parte de sus servicios en el marco de lo establecido por el inciso a) del artículo 31 de la Ley de Pensiones Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996.*

Sin embargo de todo lo hasta aquí expresado, y para mayor abundamiento, solicitamos a su Autoridad considerar también los siguientes aspectos:

a) Nuestra AFP mediante nota GR.LP.SC. 149/2010 de 11 de enero de 2010, no solo comunico (sic) *las observaciones que contenía el poder, sino que también adjunto instructivo de poder a efectos de que las facultades contenidas en el mismo surtan todos los efectos jurídicos. Por lo que las formalidades de ley tal como son la identificación del poderdante y apoderado (nombres completos, estado civil, cédula de identidad, etc.) son responsabilidad del Notario(a) y de la Notaría de Fe Pública que lo emite, quedando nuestra AFP exenta de responsabilidad por los errores de forma y fondo que los poderes puedan contener. Por lo que al contrario de lo que afirma su Autoridad, hemos cumplido con dar el asesoramiento necesario y oportuno al Sr. Ángel Paz Iriarte* (sic).

b) Por otra parte se debe considerar necesariamente que de acuerdo a lo establecido por el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, recién admitida la personería, el apoderado asume todas las responsabilidades que las leyes le imponen y sus actos obligan al poderdante como si él personalmente los practicare. Por lo que en el caso que nos ocupa, al no haberse admitido la personería del Sr. Ángel Paz Iriarte (sic)*, la firma de la solicitud de jubilación de fecha 15 de enero de 2010 queda sin efecto ni valor jurídico, motivo por el cual se procede a su anulación ya que el actor carecía de la legitimación activa necesaria para hacerlo, al no haberse aceptado la acreditación de su personería.*

c) El punto 7 de la nota de reclamo y solicitud de pago presentada a su Autoridad en fecha 5 de marzo de 2010, expresa que Humberto Tellería Vera junto a su apoderado entregaron poder especial corregido en fecha 15 de enero de 2010, y que si se les hubiera hecho notar alguna observación hubieran tenido tiempo para volver a

corregirlo. Afirmación totalmente fuera de lugar, ya que como quedo demostrado en audiencia de verificación de contenido de grabación, el 15 de enero a Hrs. 16:48 la única persona que visito nuestras oficinas es el Sr. Ángel Paz Iriarte (sic), ya que de haber estado presente el Sr. Humberto Tellería Vera, se le hubiera hecho suscribir el formulario de Jubilación a él en persona.

d) En el primer párrafo de la página 4 de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 299-2010 de 10 de diciembre de 2010, la AP señala que sic. "...la AFP tenía conocimiento que el caso se encontraba en el listado de personal de las Fuerzas Armadas que accedería a la jubilación en la gestión 2010, por lo que no tomó las precauciones necesarias en cuanto a tiempo para informar las observaciones que presentaba el Poder, ya que demoró cinco (5) días hábiles administrativos". Tratando de esta manera establecer de nuestra parte una conducta negligente, cuando la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 338 de 11 de abril de 2008 establece en su artículo 22, que el Ministerio de Defensa debe remitir hasta el 30 de septiembre o día hábil posterior el listado del personal militar que pasará a la jubilación junto con los documentos requeridos por norma vigente para el inicio del trámite, teniendo entonces la AFP 10 días hábiles para su revisión y de esta manera hacer conocer las observaciones para que estas se subsanen. Por lo que si el Poder hubiera sido remitido en su oportunidad, con mucha antelación y dentro de los plazos señalados, se hubieran hecho conocer las observaciones respectivas.

CONCLUSIONES.-

En congruencia con el principio de verdad material establecido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, y por los argumentos arriba vertidos, se desprende que nuestra Administradora ha desvirtuado las pretensiones formuladas por el Sr. Ángel Paz Iriarte(sic)*, al haber demostrado fehacientemente que el Afiliado no estuvo presente en nuestras oficinas el día 15 de enero de 2010 como asevera según nota de reclamo presentada ante la AP, debiendo también su Autoridad tomar en cuenta que el Sr. Ángel Paz Iriarte* (sic) *no cuenta con Poder o Carta Notariada que le permita apersonarse a esa repartición reguladora para formular ningún tipo de solicitud.*

Por otra parte nuestra AFP ha brindado el asesoramiento adecuado proporcionando inclusive una instructiva de poder con el contenido de las facultades mínimas para el buen éxito del mandato, por lo que ha actuado dentro del marco normativo vigente conduciéndose con la diligencia necesaria. Los errores de forma o fondo que contenía el poder especial presentado en fecha 15 de enero de 2010, escapan a nuestra responsabilidad y competencia, ya que estos son responsabilidad del Notario que lo emite de acuerdo a la Ley del Notariado y sus reglamentos.

PETITORIO.-

Al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175

de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 39-2011 de fecha 16 de febrero de 2011; que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 299-2010 de fecha 10 de diciembre de 2010, y adecuarla a normativa vigente, disponiendo la devolución de los montos que nuestra AFP pago por el concepto de los cargos imputados, así como del importe que se pago al Afiliado Humberto Tellería Vera con recursos propios por un supuesto mal asesoramiento que le hubiera producido la pérdida del derecho a la pensión del mes de enero de 2010."

CONSIDERANDO:

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

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

Que, mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 039-2011 de 16 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 299-2010 de 10 de diciembre de 2010, sancionando a Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones por incumplimiento al artículo 27 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

Que, la Administradora de Fondos de Pensiones, impugnó la Resolución Administrativa sancionatoria, llegando hasta instancia jerárquica, por lo que debe compulsarse los argumentos esgrimidos en su memorial de recurso jerárquico, conforme se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Sobre la responsabilidad por los datos que contiene el poder.-

Sobre el argumento presentado por la AFP respecto a que las formalidades de ley tal como son la identificación del poderdante y apoderado (nombres completos, estado civil, cédula de identidad, etc.) son responsabilidad del Notario(a) y de la Notaría de Fe Pública que lo emite, se debe dejar en claro, que el caso de autos no se centra en la responsabilidad de otros como el Notario, el Poderdante, etc., sino en aquella que surge de la norma de pensiones y a la que se encuentra sujeta la AFP, cual es asesorar a los Afiliados (o en su caso sus Apoderados), sobre los requisitos que se exigen para la prestación.

En ese entendido, al momento de iniciar un trámite de jubilación, la Administradora debe verificar que la documentación presentada cumpla con los requisitos establecidos en normativa vigente, por tanto, está en la obligación de asesorar correctamente a los Afiliados y Derechohabientes, así éstos se presenten personalmente o a través de un Apoderado, formulando todas las observaciones que pudiesen contener los documentos presentados.

En el presente caso, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones comunicó al Apoderado del Afiliado Humberto Tellería Vera las observaciones contenidas en el primer Poder presentado y proporcionó el Instructivo de Poder, sin comunicar que no registraba el número de documento de identidad de Apoderado, observación que fue realizada después de la presentación de un segundo Poder.

Cabe a su vez precisar que independientemente de haber proporcionado el Instructivo de poder, la Administradora de Fondos de Pensiones a fin de evitar perjuicios al Afiliado, debió comunicar en la primera ocasión de **manera clara e inequívoca,** sobre todas las observaciones que contenía el documento y no esperar a una segunda presentación para recién observarlo.

Por lo tanto, la AFP debió actuar con la diligencia necesaria respecto a las observaciones que presentaba la documentación, para proseguir con el trámite sin problemas, más aún si el Afiliado se apersonó en fecha 18 de enero de 2010 para consultar sobre su trámite.

Como se ha evidenciado del expediente administrativo, la AFP en el proceso sancionatorio hoy impugnado en instancia jerárquica, no habría dado un correcto asesoramiento cual es su obligación como responsable de la administración y otorgamiento de las prestaciones de jubilación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo. Esta aseveración se funda en que la AFP no observó oportunamente el Poder presentado para la firma de la solicitud, al no advertir en la primera vez que revisó el Poder, la falta del número de documento de identidad del Apoderado, situación que no tiene ninguna relación en las omisiones realizadas por terceros que no hacen al presente proceso sancionatorio.

Por lo fundamentado, la omisión de terceros, no deslinda la responsabilidad de la AFP en el asesoramiento que debe dar, en el marco de la diligencia de un buen padre de familia y como responsable de la administración y otorgamiento de las prestaciones de jubilación del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

1.2. Anulación de la Solicitud de Jubilación.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP indica que el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, refiere que recién admitida la personería, el apoderado asume todas las responsabilidades que las leyes le imponen y sus actos obligan al poderdante y que en el presente caso al no haberse admitido la personería del Sr. Ángel Paz Uriarte, la firma de la solicitud de jubilación de fecha 15 de enero de 2010 quedó sin efecto ni valor jurídico, motivo por el cual procedió a su anulación ya que el acto carecía de la legitimación activa necesaria para hacerlo.

Tal como lo señala la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones: "…*la Resolución Administrativa/SPVS/IP No. 474 de 25 de junio de 2007 prevé la anulación*

de un trámite de jubilación en los casos en los que la documentación presentada detallada en el Artículo 1 de dicha Resolución no estuviera completa, no cumpliera con las especificaciones requeridas o no fuera coincidente entre sí, sin hacer referencia a la anulación de un trámite por observaciones al Poder. En ese comprendido, la AFP al anular el trámite por razones no contempladas expresamente actuó al margen de la norma…"

De lo transcrito queda claro que no existe facultad concedida a la AFP para anular una Solicitud de Jubilación, por presentar observaciones en el poder, hecho que evidencia que Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones al haber anulado la solicitud de jubilación suscrita el 15 de enero de 2010 no actuó conforme a derecho.

La AFP no debe olvidar, que fue ella quien aceptó la firma de la Solicitud, en cuyo momento aceptó la personería de quien firmaba, por lo que su invalidez o anulabilidad, no puede ser atribuida ahora al Apoderado y producirse de oficio sin mayor respaldo legal.

Asimismo, y no menos importante, es precisar que el hecho de que el Poder no contenga los datos del carnet de identidad del Apoderado, no implica que el mismo sea inválido y no tenga ningún efecto legal. La Administradora de Fondos de Pensiones no tiene facultad para anular una solicitud, en base a supuestos de carencia de personería por falta de consignación del número de documento de identidad, más aún si dicha omisión pudo haber sido subsanada por el interesado en su oportunidad, presentando una complementación al poder en la cual se registren los datos observados.

Finalmente no se debe olvidar que el hecho de no haber comunicado oportunamente al Sr. Ángel Paz Uriarte de la omisión de los datos del carnet de identidad, hizo justamente que la observación persista, hecho que demuestra un mal asesoramiento por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones.

1.3. En cuanto a que si el Poder hubiera sido remitido en su oportunidad se hubieran hecho conocer las observaciones respectivas.-

La Administradora de Fondos de Pensiones señala que: *"…En el primer párrafo de la página 4 de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 299-2010 de 10 de diciembre de 2010, la AP señala que: "...la AFP tenía conocimiento que el caso se encontraba en el listado de personal de las Fuerzas Armadas que accedería a la jubilación en la gestión 2010, por lo que no tomó las precauciones necesarias en cuanto a tiempo para informar las observaciones que presentaba el Poder, ya que demoró cinco (5) días hábiles administrativos". Tratando de esta manera establecer de nuestra parte una conducta negligente, cuando la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 338 de 11 de abril de 2008 establece en su artículo 22, que el Ministerio de Defensa debe remitir hasta el 30 de septiembre o día hábil posterior el listado del personal militar que pasará a la jubilación junto con los documentos requeridos por norma vigente para el inicio del trámite, teniendo entonces la AFP 10 días hábiles para su revisión y de esta manera hacer conocer las observaciones para que estas se subsanen. Por lo que si el Poder hubiera sido remitido en su oportunidad, con mucha antelación y dentro de los plazos señalados, se hubieran hecho conocer las observaciones respectivas."*

Debe quedar absolutamente claro que independientemente de la oportunidad de la remisión del Poder, se vuelve a precisar que el presente proceso sancionatorio impugnado, se centra en el incorrecto asesoramiento realizado, situación que no ocurrió, cual se pasa a demostrar.

Es evidente que con el fin de determinar si el señor Ángel Paz Uriarte (Apoderado) se encontraba facultado para iniciar el trámite de Jubilación del señor Tellería, la Administradora debe realizar la verificación del Poder otorgado, constatando los requisitos legales mínimos, la facultad otorgada para la firma de la solicitud o en su caso la tramitación correspondiente, así como sí a quien se le otorga el poder era el que se estaba apersonando.

Realizada la verificación correspondiente, la AFP le dio sus observaciones en fecha 13 de enero de 2010 mediante nota GR.LP.SC 149/2010, en la cual comunicó que el poder no especificaba la Administradora de Fondos de Pensiones de registro y que se estaba otorgando el poder al Señor Iriarte, cuando el que se apersonó fue el Sr. Uriarte. Sin embargo y fundamentalmente para el caso de autos, la AFP en esta oportunidad no observó la ausencia del número de documento de identidad.

Una vez subsanadas las observaciones comunicadas por la AFP, el Apoderado presentó en fecha 15 de enero de 2010 un segundo Poder en el cual subsistía la observación de la ausencia del número de documento de identidad del Apoderado, error que pudo ser subsanado en dicha oportunidad si la AFP hubiese comunicado en primera instancia dicha observación, siendo en fecha 26 de enero de 2010 mediante nota GR.LP.SC 406/2010, que la AFP nuevamente comunica al Apoderado las observaciones en el Poder y anula la Solicitud de Jubilación.

Es así que existió una demora considerable, tomando en cuenta que la primera revisión del Poder N° 134/09 que fue presentado en fecha 06 de enero de 2010, las observaciones fueron comunicadas el 13 de enero de 2010 (5 días hábiles administrativos) y en la segunda revisión del Poder N° 001/2010 que fue presentado el 15 de enero de 2010, las observaciones fueron comunicadas el 26 de enero de 2010 (7 días hábiles administrativos). Haciendo un total de 12 días hábiles administrativos.

Por tanto, lo aseverado por la Administradora de Fondos de Pensiones no corresponde, ya que no puede justificar su falta de asesoramiento al señalar que si el Poder hubiera sido remitido con mucha antelación y dentro de los plazos señalados, se hubieran hecho conocer las observaciones respectivas, ya que independientemente a la oportunidad de la presentación de los documentos por parte de los Afiliados o Derechohabientes, tiene la responsabilidad de revisar e informar correctamente sobre todas las observaciones que existiesen en los mismos.

5. En cuanto a que en fecha 15 de enero de 2010 sólo se presentó en la Administradora de Fondos de Pensiones el Apoderado y no así el Afiliado, ya que se le hubiera hecho suscribir el Formulario de Solicitud de Jubilación en persona.-

Efectivamente con las imágenes de video contenido en la grabación capturada en las oficinas de la regional La Paz de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, de fecha 15 de enero de 2010 se demostró que el Sr. Ángel Paz Uriarte apoderado del Sr. Humberto Tellería Vera se apersonó **sólo** a la AFP.

Sin embargo, el hecho de que el Apoderado se haya apersonado sólo y no con el titular de la pensión, no permite desvirtuar el cargo, ya que la imputación y sanción se centra en el incorrecto asesoramiento, y no observar en su debida oportunidad el no registro del número del carnet de identidad en el poder, generando que la AFP de mutuo propio determine la nulidad de la solicitud, repercutiendo en el devengamiento de la pensión del Afiliado.

En cuanto a que si se hubiera apersonado el Afiliado se le hubiera informado sobre las observaciones y le habría hecho suscribir la solicitud de jubilación, (situación que no desvirtúa), nos muestra una actitud pasiva, por parte de la misma, ya que argumenta que sólo si se apersonaba el Afiliado podía hacer firmar la Solicitud de Jubilación, cuando el Afiliado sí se apersonó en fecha 18 de enero de 2010, en cuyo momento no se le señaló ninguna observación, y menos se le dio la oportunidad de avalar la solicitud que había sido aceptada por la AFP.

Con lo mencionado precedentemente se evidencia que Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones no actuó con la diligencia de un buen padre de familia y la responsabilidad que tiene con los Afiliados, ocasionando perjuicios en el pago de la pensión al señor Humberto Tellería Vera.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha hecho una correcta valoración de la prueba y un correcto análisis de la norma por lo que la resolución impugnada debe quedar confirmada.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 039-2011 de fecha 16 de febrero de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N°299-2010 de 10 de diciembre de 2010.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA CATEDRAL LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 435-2011 DE 17 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 041/2011 DE 01 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 041/2011

La Paz, 1 de septiembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA CATEDRAL LTDA.** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 435/2011 de fecha 17 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 294/2011 de fecha 21 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 098/2011 de fecha 26 de agosto de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 7 de junio de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA CATEDRAL LTDA.** representada por su Gerente General,

señor Francisco Caballero López, según el Testimonio de Poder Nº 433/2011 otorgado en fecha 13 de abril de 2011 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 1 del Distrito Judicial de Potosí, a cargo de la Dra. Yheny Villalpando Guerrero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 435/2011 de fecha 17 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 294/2011 de fecha 21 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-59494/2011 con fecha de recepción 10 de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 435/2011 de fecha 17 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 294/2011 de fecha 21 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de junio de 2011, notificado en fecha 16 de junio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 435/2011 de fecha 17 de mayo de 2011, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, Auto de Admisión que además dispone:

> "***AL OTROSÍ 1º:*** *La* ***AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO*** *acredite el cumplimiento del artículo 40º, parágrafo I. del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, en relación a la sanción impuesta en el resuelve primero de la Resolución Administrativa ASFI Nº 294/2011 de 21 de marzo de 2011, sea mediante la presentación del comprobante correspondiente o del Auto por el que se hubiera dispuesto la suspensión de la sanción,…*"

CONSIDERANDO:

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

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

Que, a efectos de la resolución que corresponda al Recurso Jerárquico, es pertinente la relación de actuaciones siguiente:

1. Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 294/2011 de fecha 21 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve lo siguiente:

"*…RESUELVE:*

PRIMERO.- Sancionar a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "CATEDRAL" LTDA., con multa equivalente al 3% del capital mínimo para entidades cooperativas por establecer concentración de inversiones en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2009 y el 30 de noviembre de 2010, en los bancos siguientes: Banco BISA S.A., Banco Mercantil Santa Cruz S.A., Banco Nacional de Bolivia S.A., Banco Solidario S.A., Banco Uni6n S.A., Banco FIE S.A., Fondo Financiero Privado PRODEM S.A. y Mutual de Ahorro y Préstamo Potosí, que exceden el 20% de su patrimonio neto, incumpliendo el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado).

SEGUNDO.- La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N° 4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución y a partir del 1 de abril de 2011 en la cuenta N° 1-4678352 del Banco Unión S.A., debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado…"

2. Mediante memorial presentado en fecha 15 de marzo de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "CATEDRAL" LTDA.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 294/2011 de fecha 21 de marzo de 2011, que en lo pertinente, expresa:

"*OTROSÍ 1°.- Toda vez que se tiene plenamente demostrado que la norma legal acusada de incumplida NO le es aplicable a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Catedral Ltda., siendo improcedente e injusta la sanción que se pretende imponer y, de conformidad a la parte final del parágrafo II del Artículo 40 y parágrafo I del mismo artículo del Decreto Supremo N° 27175 que a la letra señalan: "La Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa" y, "La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del*

*acto administrativo procederá… (cuando) la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.", **reitero mi solicitud de SUSPENDER LA EJECUCIÓN de la pretendida multa y sea hasta que se agote la vía administrativa**, toda vez que la suspensión transitoria solicitada no deriva en ninguna grave perturbación del interés general o de terceros y menos de nuestros propios socios y sea al amparo del Artículo 24 de la Constitución Política del Estado, Artículo 16 inciso a) de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el Artículo 66 del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de Julio de 2003, en cuanto al derecho de petición se refiere y que hasta la fecha tampoco su Autoridad se pronunció al respecto, esperando se nos haga conocer vuestra determinación formalmente…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

3. Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 435/2011 de fecha 17 de mayo de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL" LTDA.**, se resuelve:

"*…PRIMERO CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 294/2011 de 21 de marzo de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

SEGUNDO La multa impuesta a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Catedral Ltda. en el resuelve primero de la citada resolución, deberá ser pagada por la entidad sancionada conforme a lo establecido en el resuelve segundo de la misma resolución, en un plazo máximo de 24 horas…"

4. En fecha 7 de junio de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL" LTDA.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 435/2011 de 17 de mayo de 2011, en el que expresa:

"*…reitero mi solicitud de SUSPENDER LA EJECUCIÓN de la pretendida multa y sea hasta que se agote la vía administrativa, toda vez que la suspensión transitoria solicitada no deriva en ninguna grave perturbación del interés general o de terceros y menos de nuestros propios socios y sea al amparo del Artículo 24 de la Constitución Política del Estado, Artículo 16 inciso a) de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el Artículo 66 del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de Julio de 2003, en cuanto al derecho de petición se refiere y que hasta la fecha tampoco la ASFI dispuso, esperando se nos haga conocer la determinación que al respecto tome el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Dirección Júrica* (sic)…"

5. Emitido el Auto de Admisión en fecha 14 de junio de 2011, por parte del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, dispone:

"*AL OTROSÍ 1º: La AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO acredite el cumplimiento del artículo 40º, parágrafo I. del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, en relación a la sanción impuesta en el resuelve primero de la Resolución Administrativa ASFI Nº 294/2011 de 21 de marzo de 2011, sea mediante la presentación del comprobante correspondiente o del Auto por el que se hubiera dispuesto la suspensión de la sanción,…*"

6. En cumplimiento a la determinación anterior y mediante la nota ASFI/DAJ/R-62797/2011 de 20 de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha señalado que:

"…*Toda vez que* ***esta Autoridad de Supervisión consideró que los argumentos para la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena no eran sustentables, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 435/2011 de 17 de mayo de 2011 resolvió por su rechazo****, conminando al pago de la multa impuesta mediante Resolución ASFI Nº 294/2011 de 21 de marzo de 2011 en el plazo de 24 horas, computables desde la notificación con la Resolución, plazo otorgado en forma extraordinaria, a fin de no inducir al regulado en indefensión con el inmediato rechazo del recurso, en aplicación de lo establecido en el artículo 47, inciso I. del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, sin embargo* ***el regulado incumplió el pago de la sanción*** *impuesta, habiendo interpuesto el Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI Nº 435/2011 de 17 de mayo de 2011, la que fue remitida a su autoridad a los efectos previstos en el artículo 43, inciso II. del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, en lo pertinente*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

CONSIDERANDO:

Que, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece:

"…*Artículo 40.- (****Efecto devolutivo****)*

I. ***La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada****. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa…*"

(…)

Artículo 47.- (Procedencia).

I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo ***para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida****, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que consiguientemente, se establece que habiendo solicitado la recurrente la suspensión de la sanción a tiempo del Recurso de Revocatoria, sin dar cumplimiento al artículo 47º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, correspondía al Ente Supervisor dar resolución debidamente fundada a tal solicitud, extremo que no ha sucedido dentro del caso de autos.

Que, por el contrario, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pretende en su nota ASFI/DAJ/R-62797/2011 de 20 de junio de 2011, que: "*esta Autoridad de Supervisión consideró que los argumentos para la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena no eran sustentables, en la Resolución Administrativa ASFI Nº 435/2011 de 17 de mayo de 2011 resolvió por su rechazo*", cuando en la precitada Resolución Administrativa Nº 435/2011 no existe consideración alguna sobre la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena y menos aún resolución expresa de rechazo.

Que ante ello, lo que en definitiva sí consta es que, habiendo dispuesto la Resolución Administrativa Nº 294/2011 una sanción de multa cuya ejecución no se suspende -ni siquiera por existir impugnación contra la misma-, se ha dado prosecución al Recurso de Revocatoria, en franca inobservancia al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto

Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en particular a lo señalado por sus artículos 39° y 40°, en cuyo mérito, la entidad recurrida debió advertir oportunamente la omisión e intimar a la recurrente, a efectos sea subsanada bajo apercibimiento de rechazo del recurso por su improcedencia.

Que, este hecho inhibe a la Autoridad Jerárquica, a conocer la trascendencia sustancial de los actos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, recurridos por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA CATEDRAL LTDA.**

Que, vistos tales extremos, resulta impertinente pasar a considerar los restantes aspectos que hacen al Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA CATEDRAL LTDA.** en su memorial de fecha 7 de junio de 2011, por cuanto, correspondía a la entidad recurrida en oportunidad del Recurso de Revocatoria, dar cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, que en lo pertinente señala:

> "*Artículo 43.- (Formas de Resolución del Recurso de Revocatoria)*.
>
> *I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:* (…)
>
> *d)* ***Improcedentes****. Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o* ***el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos****...*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, por consiguiente, correspondía que a tiempo de la interposición del Recurso de Revocatoria de 15 de abril de 2011, se encontrara cumplida la sanción de la que se pedía la suspensión a efectos tal recurso fuera admitido; en el caso de autos y no obstante la sanción no se encontraba cumplida, la autoridad recurrida admitió el Recurso, en contravención a la norma última señalada, extremo que justifica el que al presente, se deba anular la Resolución Administrativa ASFI N° 435/2011 de fecha 17 de mayo de 2011, a efectos el Ente Supervisor se pronuncie conforme a derecho.

Que, bajo el orden de ideas expresado, es menester hacer hincapié que el artículo 28°, inciso e) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) señala que el acto administrativo "*deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto*", en relación al mencionado artículo 40° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, referido a la necesidad de fundar la determinación sobre la solicitud de suspensión de la sanción; lo contrario importa inobservancia al Debido Proceso Administrativo que conforma el principio de sometimiento pleno a la Ley previsto por el artículo 4°, inciso c) de la Ley N° 2341,

conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004:

> "*Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16* (corresponde al artículo 117 de la Constitución vigente) *consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que* ***se prohíbe la imposición de toda sanción****, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción,* ***sin ejercicio de la defensa****. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo,* ***entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos***.
>
> *El citado Articulo 16 parágrafo III. de la Constitución Política del Estado expresa que: "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal..."* ***garantía que consiste en que toda persona que sea acusada de haber cometido falta o contravención tiene derecho a ser procesado previamente a la aplicación de cualquier pena o condena***.
>
> *El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas,* ***obtener decisiones fundadas o motivadas****, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 435/2011 de 17 de mayo de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de su máxima ejecutiva, por no haber seguido correctamente el procedimiento administrativo, debiendo en el futuro velar por el cabal cumplimiento de la normativa, evitando dilaciones innecesarias por la falta e incorrecta aplicación de la misma.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 395/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 042/2011 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 042/2011

La Paz, 2 de septiembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Javier Hinojosa Santalla** en su condición de Director de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz",** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 395/2011de 06 de mayo de 2011, que declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2011 de 10 de marzo de 2011; ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 095 de 11 de agosto de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 8 de junio de 2011, Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 395/2011de 06 de

mayo de 2011, que declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2011 de 10 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 15 de junio de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 395/2011 de 06 de mayo de 2011 notificado al recurrente el mismo día de la emisión del citado acto administrativo.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 266/2011 DE 10 DE MARZO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº266/2011 de 10 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> *"**PRIMERO** Declarar la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R - 8534/2011 de 24 de enero de 2011, referido a la inobservancia del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades.*
>
> ***SEGUNDO** Declarar la prescripción parcial del inciso 2) de la citada Nota de Cargos en lo referente a la gestión del 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1.*
>
> ***TERCERO** Sancionar con multa pecuniaria al señor Javier Hinojosa Santalla equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida por el citado Director por el incumplimiento al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en sus Estados Financieros de la Mutual por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a éste Órgano de Supervisión.*
>
> ***CUARTO** La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Instruye al Directorio de la entidad la conformación de una comisión para el seguimiento y la atención de cada uno de los puntos de los reclamantes del Proyecto Habitacional Verónica, debiendo remitir informes mensuales sobre su grado de avance.*
>
> ***QUINTO** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidad Financieras Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en*

conocimiento del Directorio de la Mutual La Paz y de la Asamblea de Asociados, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copias de las correspondientes Actas."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 6 de abril de 2011 Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°266/2011 de 10 de marzo de 2011, alegando lo siguiente:

"El Artículo 35, parágrafo I, inciso d) de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo) establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado.

La Constitución Política del Estado en su artículo 117, parágrafo II establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, situación que vulnera los elementales derechos constitucionales a la defensa y la seguridad jurídica. Este principio se aplica en materia sancionatoria penal y administrativa.

De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que Mutual La Paz ha sido doblemente condenada por el mismo hecho:

Mediante Resolución ASFI/N^0 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, se condena a Mutual La Paz, con multa de 1.500 Derechos Especiales de Giro por supuesta incorrecta información contable de las gestiones 2007 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que ha sido efectivamente pagado por la Mutual La Paz, como consta en el comprobante de 'Depósito en Cuenta' emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 27 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 15.380.14 y que no ha sido devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta por la Resolución ASFI/ N° 606/2010 de fecha 21 de julio de 2010.

En la Resolución ASFI N° 280/2011, de fecha 16 de marzo de 2011, se condena a Mutual La Paz, con multa de 1.000 Derechos Especiales de Giro, por supuesta incorrecta información contable de las gestiones 2008 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que al ser depositado en cumplimiento de esta Resolución constituirá una doble sanción impuesta por la ASFI que responde a una misma causa y al mismo hecho injustos a los intereses de Mutual La Paz. La ASFI al momento de determinar la nulidad de la primera Resolución que imponía la sanción de multa no debió limitarse a disponer la anulación del proceso sancionatorio sino, además, disponer la devolución de todo lo dado y entregado por Mutual La Paz, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución anulada. Al no haber dispuesto esta devolución, en los hechos mantuvo la condena y sanción impuesta a Mutual La Paz, convirtiéndose hasta el presente en la

beneficiaría de 1.500 Derechos Especiales de Giro efectivamente pagados, después de haber sido declarada la nulidad que legalmente justificaba este pago. En tanto multa no sea efectivamente devuelta a Mutual La Paz, toda otra suma de dinero que la ASFI decida imponerle a título de sanción por el mismo hecho, constituye una doble condena prohibida por la Constitución Política del Estado.

Consecuentemente, su autoridad velando por el cumplimiento de los principios fundamentales de la actividad administrativa la que se rige por principios del Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al Orden Público Administrativo, no puede dejar de lado que uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación debiendo observarse las circunstancia de hecho y de derecho respecto a la sanción que fue impuesta en la Resolución ASFI/N^{0} 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, aspecto que no ha merecido el pronunciamiento expreso de su autoridad dejando en el caso particular que nos refiere, en la indeterminación por la imposición de una sanción que debió quedar sin efecto al haberse anulado el proceso sancionatorio del cual se originó dicha sanción.

En atención a los fundamentos antes expuestos, la actividad reguladora debe circunscribirse a los Principios Generales de la Actividad Administrativa debiendo regirse entre otros, por el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley asegurando a los administrados el debido proceso.

Asimismo, la Autoridad Reguladora no ha velado en el presente caso, por el cumplimiento de los Principios Sancionadores que establecen que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a los regulados estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

2. <u>Ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción de su parte resolutiva.</u>

El artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala: 'Se considera acto administrativo, toda declaración disposición o decisión de la Administración Pública de alcance general o particular, emitido en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional cumpliendo con los requisitos o formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efecto jurídicos sobre tos administrados. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legitimo'.

Por su parte, el artículo 28 de la nombrada Ley, en cuanto a los elementos esenciales del acto administrativo, en su literal c) indica que: ***'El objeto debe ser cierto licito y materialmente posible'*** *(las negrillas son nuestras).*

En la doctrina del Derecho Administrativo, el objeto del acto administrativo consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto pero materializado fuera de él.

Ahora bien, en el tratamiento de los elementos esenciales del acto administrativo se presupone, además la existencia de los vicios que lo pudieran afectar. Es así que el artículo 35,

parágrafo I, inciso b), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo objeto sea ilícito o imposible.

Siguiendo este razonamiento, se tiene que la imposibilidad del acto administrativo, puede manifestarse por una imposibilidad de hecho, por falta de sustrato material que se configura cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, ha desparecido o simplemente cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible.

Por lo tanto, es contrario a la Ley, todo objeto de un acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias. Esto es lo que ocurre con la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la Resolución impugnada en su relación con las decisiones contenidas en los artículos SEGUNDO Y TERCERO.

El artículo PRIMERO declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R - 8534/2011 de fecha 24 de enero de 2011. (Esta infracción declarada proscripta corresponde al supuesto incumplimiento a la normativa bancada sobre el castigo de la operación crediticia N° 1001909, otorgada al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'). Es decir, que al haberse declarado la prescripción de esta supuesta infracción, la ASFI ha determinado, jurídicamente, que mi persona no tiene ninguna responsabilidad por este hecho que se me atribuyó en la formulación de los cargos y, en consecuencia, no corresponde imponerme sanción alguna.

Como claramente se desprende del artículo Primero de la Resolución ASFI/N0 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010 (Resolución que fue anulada por la ASFI), la información supuestamente incorrecta expuesta por la Mutual La Paz en sus Estados Financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009, ha sido ocasionada por el 'indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el "Proyecto Habitacional Verónica'; por tanto el Cargo N° 2 por el que se sanciona a mi persona en los artículos SEGUNDO y TERCERO de la Resolución impugnada (cargo referido a inexactitud de la información contable proporcionada), no es un Cargo autónomo e independiente con relación al Cargo N° 1, cuya infracción se ha declarado prescripta, (cargo relativo al supuesto incumplimiento de la normativa bancaria referida a la forma de hacer efectivo el castigo contable de un crédito). Por el contrario, el Cargo N° 2 está estrechamente vinculado con el Cargo N° 1 y condicionado por éste. En la Resolución impugnada no se sanciona por el registro de cualquier tipo de información contable, supuestamente incorrecta, inexacta o no veraz, sino por el registro de una información contable específicamente referida a un Indebido o ilegal castigo contable de un crédito'; extremo que no ha sido determinado por la ASFI porque declaró la prescripción de esta última infracción.

Por tanto, si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que mi persona no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el ***'Proyecto Habitacional***

***Verónica'**, es jurídicamente contradictorio sancionarme por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación a derecho no se ha determinado.*

Coherentemente, únicamente podría haberse sancionado por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada la entidad por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

*Por consiguiente, y en mérito a los argumentos antes descritos nos encontramos frente a la violación del **principio de congruencia** que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final. **Contradicciones en la fundamentación de la Resolución.** El artículo 36, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. Un vicio grave del acto administrativo son los defectos de su fundamentación.*

La Resolución impugnada contiene contradicciones en su fundamentación, con relación a los Cargos N° 1 y 2; por una parte fundamenta las razones fácticas y jurídicas, que justifican a criterio de la ASFI la declaración de la prescripción de estas infracciones, pero por otra parte, realiza valoraciones de reproche de la conducta de Mutual La Paz, con relación a los mismos cargos e infracciones, que únicamente se justificarían si la ASFI, no hubiera declarado su prescripción y, en consecuencia, hubiera impuesto una sanción por éstas infracciones. Si la ASFI declara la prescripción de una infracción ya no debe realizar ninguna valoración sobre el mérito o el demérito de la conducta del administrado sujeto al procedimiento sancionatorio. Estas valoraciones sobre el fondo de los hechos y de la conducta atribuida al supuesto responsable de la infracción, únicamente resultan pertinentes si no se declara la prescripción de las infracciones atribuidas. La declaración de prescripción inhibe cualquier declaración sobre el mérito o el demérito de la conducta; si en el análisis jurídico la prescripción no corresponde, recién cobra sentido formular el reproche a una persona porque se la considera responsable de la comisión de una infracción cuya acción administrativa se encuentra todavía vigente y, en consecuencia, se le impone la responsabilidad y sanción que el orden jurídico vigente establece para ese caso.

*Complementariamente a lo expuesto precedentemente, la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el **principio de tipicidad** de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en la las leyes y disposiciones reglamentarías. Bajo ese criterio el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis).*

El precepto es el orden de observar un determinado comportamiento, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.

Por lo tanto lo que la Autoridad Reguladora debe evitar es caer en una decisión arbitraria y subjetiva, y no apartarse del Principio de Legalidad que establece que el procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico preservando la legalidad en todos sus actos.

Finalmente, la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica de respeto al debido proceso y sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 395/2011 DE 6 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 395/2011 de 6 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla contra la Resolución ASFI/Nº 264/2011 de 10 de marzo de 2011 conforme los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, el artículo 46 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 dispone: "Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió".

Que, el artículo 48 del mismo compilado normativo señala que: "El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada."

Que, el inciso d) del artículo 43 del Reglamentó a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala que las resoluciones a los recursos de revocatoria serán improcedentes "cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos."

Que, respecto a la procedencia del recurso de revocatoria, el parágrafo I del artículo 47 de la mencionada norma sustantiva determina: "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento."

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la revisión de la diligencia de notificación con la Resolución ASFI N° 266/2011 de 10 de marzo de 2011, se evidencia que el señor Javier Hinojosa Santalla, ha sido notificado con la citada Resolución el 15 de marzo de 2011, en este marco el memorial de recurso de revocatoria fue presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 6 de abril de 2011, según consta el sello de recepción, debiendo haber interpuesto dicho recurso hasta el 5 de abril de 2011, conforme lo establece el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre 2003.

Que, conforme al precedentemente citado artículo 48 el memorial del recurso de revocatoria ha sido interpuesto fuera del plazo establecido, por lo que en cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo el señor Javier Hinojosa Santalla debía presentar dicho recurso hasta el 5 de abril de 2011.

Que, habiendo presentado el señor Javier Hinojosa Santalla el recurso de revocatoria en forma extemporánea (6 de abril de 2011) de conformidad al inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, corresponde declarar improcedente el recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos, a través del Informe Legal ASFI/DAJ/R-47390/2011 de 6 de mayo de 2011, ha evaluado los antecedentes del caso así como el recurso planteado, concluyendo que el señor Javier Hinojosa Santalla ha presentado el recurso de revocatoria fuera del plazo de quince días hábiles, por lo que en virtud del inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, corresponde declarar improcedente el recurso de revocatoria…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 440/2011 DE 23 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 440/2011 de 23 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó declarar improcedente la solicitud de complementación y enmienda presentada por el señor Javier Hinojosa Santalla, bajo los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que, si bien es cierto que la Resolución Sancionatoria ASFI N° 266/2011, no indicó el número de cuenta en la cual debía pagarse la multa impuesta, es también cierto que el administrado tenía expedita la facultad de solicitar la aclaración o complementación prevista en el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003 y quince días hábiles administrativos para efectuar el depósito, a efectos de cumplir con la condición formal prevista en el artículo 47, inciso I. del Reglamento a la Ley del

Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, para la procedencia del recurso.

Que, ningún acápite de la normativa del procedimiento administrativo prevé que las circunstancias descritas por el administrado implican la suspensión de plazos a los efectos de la interposición del recurso de revocatoria en el término previsto en el artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI.

Que, doctrinalmente se entiende por caso fortuito e imposibilidad sobreviniente: 'El suceso que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse' (Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales), en el caso que nos ocupa, si bien la Resolución ASFI N° 266/2011 no contempló el número de cuenta para depositar la multa impuesta y los conflictos sociales de conocimiento público implicaron que la banca y la administración pública desarrollen sus actividades en horario especial, estas circunstancias no se constituyen sucesos que no han podido preverse o evitarse para efectuar el depósito de la sanción y la oportuna presentación del recurso de revocatoria, considerando que los quince días administrativos previstos en la ley para interponer el recurso revocatorio son abundantemente suficientes para prever el cumplimiento de los requisitos de su presentación.

Que, efectuada la revisión de la diligencia de notificación con la Resolución ASFI N° 266/2011 de 10 de marzo de 2011, se evidenció que el señor Javier Hinojosa Santalla, fue notificado con la citada Resolución en fecha 15 de marzo de 2011, en este marco el memorial de recurso de revocatoria fue presentado a esta Autoridad de Supervisión recién en fecha 6 de abril de 2011, según consta del cargo de recepción estampado en el memorial, debiendo haberse presentado dicho recurso máximo hasta el día 5 de abril de 2011, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI

Que, habiendo el administrado interpuesto el recurso en forma extemporánea, correspondía la declaración de improcedencia, tal como está previsto en el inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI.

CONSIDERANDO:

Que, por Informe /ASFI/JAC/R-53148/2011 de 24 de mayo de 2011, se evidencia que a la Resolución que declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla contra la Resolución ASFI/N^{0} 266/2011 de 10 de marzo de 2011 se le asignó el número 395/2011, pero que por un error material producido en la etapa de sellado lleva el número 393/2011, sin embargo, el artículo 31 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, expresa: 'Las entidades públicas corregirán en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos que existan en sus actos, sin alterar sustancialmente la Resolución'

Que, se entiende por error material a aquellos que no afectan la auténtica voluntad administrativa y que sólo inciden en la exteriorización de la declaración del Organismo

Regulador, en consecuencia no afecta la existencia ni la legalidad del acto administrativo, ya que sólo es un simple defecto que hace a la exteriorización de la voluntad del administrador y no al acto administrativo en sí.

Que, revisada la Resolución Administrativa ASFI N° 393/2011 de 6 de mayo de 2011, que declara improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla contra la Resolución Sancionatoria N° 266/2011 de 10 de marzo de 2011, este Organismo de Supervisión ha evidenciado un error de sellado, estampando equivocadamente el número 393/2011, correspondiendo estampar el número asignado 395/2011.

Que, el error advertido debe ser subsanado de oficio por esta Autoridad de Supervisión, conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 2341, a fin de que la numeración asignada a las resoluciones notificadas sea concordante con la numeración que cursa en sus registros.

Que, el error en el sellado del número de resolución no constituye un elemento de nulidad, tal como expresa el administrado, toda vez que el artículo 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo enumera los actos administrativos nulos, sin que el error material manifestado sea una de ellas; en todo caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 inciso II. de la misma Ley, el error material ocurrido no constituye un requisito indispensable para alcanzar su fin ni puso en estado de indefensión al administrado.

Que, el Informe Legal ASFI/DAJ/R-50760/2011 de 17 de mayo de 2011, establece que no existe impedimento legal para corregir la numeración de la Resolución ASFI N° 393/2011 de 6 de mayo de 2011, que declara improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla contra la Resolución Sancionatoria N° 266/2011 de 10 de marzo de 2011, conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley N° 2341

Que, el artículo 36, inciso II. del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003 determina que la autoridad administrativa - ejecutiva resolverá la procedencia o improcedencia de la solicitud dentro de los cinco días siguientes a su presentación…

(…)RESUELVE

Primero:** Declarar **IMPROCEDENTE** la complementación y enmienda solicitada en lo principal del memorial de 16 de mayo de 2011, presentado por el señor Javier Navarro Hinojosa**…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 8 de junio de 2011 Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI N° 395/2011 de 6 de mayo de 2011, argumentado lo siguiente:

"I. ANTECEDENTES.

Mediante Resolución ASFI/ N° 608/2010 de fecha 21 de julio de 2010, se anuló el proceso sancionatorio iniciado en contra de los Directores de Mutual La Paz, por el crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica', hasta la emisión de un nuevo Informe de Inspección, inclusive, en el cual se consideren los lineamientos señalados en esta Resolución.

Entre los actos administrativos anulados, por la Resolución N°606/2010 de fecha 21 de julio de 2010 se encuentra la Resolución ASFI/N0 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, cuyo Artículo Primero sancionaba a la Mutual La Paz con multa de 1.500 Derechos Especiales de Giro 'al haber expuesto en sus Estados Financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la confederación Sindical de Trabajadores de la Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'.

Posteriormente, mediante carta ASFI/DSR I/R-8517/2011 de 24 de enero de 2011, fui notificada (sic) con los resultados del informe ASFI/DSR/I/R-97650/2010 de 24 de septiembre de 2010 por las presuntas infracciones del articulo 108 y 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14/04/1993.

En fecha 4 de marzo de 2011 presenté descargos, en término hábil en base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en mi memorial, invoqué la prescripción, asimismo impugné el informe ASFI/DSR I/R-97650/2010 de 24 de marzo de 2010, y notificación de cargos ASFI/DSR I/R-8534/2011 de 24 de enero de 2011, con silencio administrativo ante la solicitud de ampliación de plazo de fecha 22 de febrero de 2011, presentando la explicación pertinente, conforme establece el Art. 109, última parte de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, pidiendo que, previo el trámite de rigor legal, se dicte el fallo previo y definitivo declarando prescrito los supuestos cargos y sea con todas las formalidades de ley.

Posteriormente fui notificado ilegalmente con la Resolución ASFI N° 266/2011 de fecha 10 de marzo de 2011 dentro del proceso administrativo denominado Proyecto habitacional Verónica, que en su parte resolutiva dispone lo siguiente:

***Primero.-** Se declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/ R - 8534/2011 de 24 de enero de 2011 referido a la inobservancia del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

***Segundo.-** Se declara la prescripción parcial del inciso 2) de la citada Nota de Cargos, en lo referente a la gestión 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009 (Incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488).*

Tercero.- *Se sanciona a mi persona con multa pecuniaria equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida como Director por el incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos Y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en sus Estados Financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada al Órgano de Supervisión.*

En fecha 06 de abril de 2011, sin haber sido notificado personalmente, en transgresión del artículo 25 parágrafo II del D.S. N°27175 de 15/09/2033 y no obstante del incumplimiento de fondo, en término hábil, previo cumplimiento de los requisitos formales y en base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, interpuse Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI/N°266/2011 de fecha 10 de marzo de 2011, con la siguiente invocación:

1. *La revocatoria parcial del artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008 y 2009, y la revocatoria total del artículo TERCERO Y CUARTO de la Resolución ASFI N° 266/2011, de fecha 10 de marzo de 2011 en mérito a que el Directorio y menos mi persona, no elabora los estados financieros, ya que es responsabilidad del área contable y Gerencia General; y*

2. *La devolución de la multa de 1.500 Derechos Especiales de Giro, efectivamente pagados por Mutual La Paz en cumplimiento de la Resolución ASFI/N0 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, que resultó posteriormente anulada por la ASFI.*

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO JERÁRQUICO.

Los artículos 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, establecen que contra la resolución expresa o tácita, que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos, como es el caso de la Resolución ASFI N°421/2011 de fecha 12 de mayo de 2011, procede el Recurso Jerárquico, siendo este el caso que se origina en la inobservancia de la prescripción de la infracción e incumplimiento del procedimiento sancionatorio establecido en el D.S. 27175 y como consecuencia la inaplicabilidad de la sanción, más aún cuando no se han considerado enteramente las pruebas proporcionadas en su oportunidad y menos aún las atenuantes expuestas.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.

1. RESOLUCIÓN CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

El artículo 35, parágrafo I, inciso d), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado.

Dicha norma suprema, en su artículo 117, parágrafo II, establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, situación que vulnera los elementales derechos constitucionales a la defensa y a la seguridad jurídica. Este principio se aplica en materia sancionatoria penal y administrativa.

De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que Mutual La Paz ha sido doblemente condenada por el mismo hecho:

Mediante Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, se condena a Mutual La Paz, con multa de 1.500 Derechos Especiales de Giro por supuesta incorrecta información contable de las gestiones 2007 - 2009 (relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que ha sido efectivamente pagado por la Mutual La Paz, como consta en el comprobante de 'Depósito en Cuenta' emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 27 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 15.380.14 y que no ha sido devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta por la Resolución ASFI/ N° 606/2010 de fecha 21 de julio de 2010.

En la Resolución ASFI N° 280/2011, de fecha 16 de marzo de 2011, se condena por segunda vez a Mutual La Paz, con multa de 1.000 Derechos Especiales de Giro, por supuesta incorrecta información contable de las gestiones 2008 - 2009 (relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que al ser depositado en cumplimiento de esta Resolución constituirá una doble sanción impuesta por la ASFI que responde a una misma causa y al mismo hecho en forma injusta a los intereses de Mutual La Paz.

La ASFI al momento de determinar la nulidad de la primera Resolución que imponía la sanción de multa no debió limitarse a disponer la anulación del proceso sancionatorio sino, además, disponer la devolución de todo lo dado y entregado por Mutual La Paz, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución anulada. Al no haber dispuesto esta devolución, en los hechos mantuvo la condena y sanción impuesta a Mutual La Paz, convirtiéndose hasta el presente en la beneficiaría de 1.500 Derechos Especiales de Giro efectivamente pagados, después de haber sido declarada la nulidad que legalmente justificaba este pago. En tanto multa no sea efectivamente devuelta a Mutual La Paz, toda otra suma de dinero que la ASFI decida imponerle a título de sanción por el mismo hecho, constituye una doble condena prohibida por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Por otra parte la sanción impuesta al Auditor Interno Lie. Julio Pinto, constituye también

*una doble sanción **por los mismos hechos** vulnerado uno de los principios que hacen al debido proceso el **PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM** que en definitiva supone la prohibición de un ejercicio reiterado del **iuspuniendi** del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en las sanciones administrativas y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

*De tal manera, el principio del **non bis in ídem** forma parte inmanente del debido proceso que entre sus varias definiciones constituye una garantía infranqueable por todo acto en el que pretenda ilegítimamente imponer sanciones, cargas o castigos y constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los procesos judiciales, en consecuencia la finalidad última de este principio **-non bis in ídem-** consiste en evitar que los mismos hechos o conductas sancionables, que ya han sido objeto de controversia, posteriormente vuelvan a hacerlo en otro de igual carácter.*

*En ese orden de cosas, nuestro Tribunal Constitucional sentenció que 'El principio non bis in ídem implica en términos generales **la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos.** En la doctrina y jurisprudencia española, el principio **implica la prohibición de imponer una doble sanción cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad'.** 'En el principio se debe distinguir el **aspecto sustantivo** (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado.*

*En ese sentido, **existe vulneración al non bis in ídem,** no sólo cuando se sanciona **sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por el mismo hecho'.***

*Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, **CUANDO SE IMPONE A UN MISMO SUJETO UNA DOBLE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.***

*En nuestro Ordenamiento Jurídico el principio **non bis in ídem,** si bien no encuentra reconocimiento constitucional autónomo, **encuentra protección como elemento de la garantía del debido proceso** establecida en el parágrafo II del artículo 117, de la Constitución Política del Estado Plurinacional.*

*Por consiguiente, el principio como quedó precisado **no sólo tiene aplicación protectora en materia penal, sino también en materia administrativa** cuando se imponen sanciones por contravenciones cometidas contra la Administración **en el ámbito de sus diferentes sectores** en las cuales **si existe identidad en el hecho, en los sujetos y en el fundamento, no es posible imponer una nueva sanción,** siendo aplicable el principio **non bis in ídem.***

Consecuentemente, su autoridad velando por el cumplimiento de los principios fundamentales de la actividad administrativa la que se rige por principios del Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al Orden Público Administrativo, no puede dejar de lado que uno de los elementos esenciales del acto administrativo que se encuentra en su motivación o fundamentación debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho respecto a la sanción que fue impuesta en la Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, aspecto que no ha merecido el pronunciamiento expreso de su autoridad dejando en el caso particular que nos refiere, en la indeterminación por la imposición de una sanción que debió quedar sin efecto al haberse anulado el proceso sancionatorio del cual se originó dicha sanción.

En atención a los fundamentos antes expuestos, la actividad reguladora debe circunscribirse a los Principios Generales de la Actividad Administrativa debiendo regirse entre otros, por el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley asegurando a los administrados el debido proceso.

Asimismo, la Autoridad Reguladora no ha velado en el presente caso, por el cumplimiento de los principios sancionadores que establecen que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a los regulados estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

2. *ILEGALIDAD DEL OBJETO DE LA RESOLUCIÓN POR CONTRADICCIÓN DE SU PARTE RESOLUTIVA.*

El artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala: 'Se considera acto administrativo, toda declaración disposición o decisión de la Administración Pública de alcance general o particular, emitido en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional cumpliendo con los requisitos o formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efecto jurídicos sobre los administrados. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo'.

Por su parte, el artículo 28 de la nombrada Ley, en cuanto a los elementos esenciales del acto administrativo, en su literal c) indica que: 'El objeto debe ser cierto lícito y ***materialmente posible'*** *(las negrillas son mías).*

En la doctrina del Derecho Administrativo, el objeto del acto administrativo consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto pero materializado fuera de él.

Ahora bien, en el tratamiento de los elementos esenciales del acto administrativo se presupone, además la existencia de los vicios que lo pudieran afectar. Es así que el artículo 35, parágrafo I, inciso b), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento

Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo objeto sea ilícito o imposible.

Siguiendo este razonamiento, se tiene que la imposibilidad del acto administrativo, puede manifestarse por una imposibilidad de hecho, por falta de sustrato material que se configura cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, ha prescrito o simplemente cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible.

Por lo tanto, es contrario a la Ley, todo objeto de un acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias. Esto es lo que ocurre con la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la Resolución impugnada en su relación con las decisiones contenidas en los artículos SEGUNDO Y TERCERO. Ya que al haberse declarado la prescripción sobre los castigos la exposición en los estados financieros también y su exposición reflejaba la inclusión de los mismos.

El artículo PRIMERO declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R - 8534/2011 de fecha 24 de enero de 2011. (Esta infracción declarada prescripta corresponde al supuesto incumplimiento a la normativa bancaria sobre el castigo de la operación crediticia N° 1001909, otorgada al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'). Es decir, que al haberse declarado la prescripción de esta supuesta infracción, la ASFI ha determinado, jurídicamente, que mi persona no tiene ninguna responsabilidad por este hecho que se me atribuyó en la formulación de los cargos y, en consecuencia, no corresponde imponerme sanción alguna.

Como claramente se desprende del artículo Primero de la Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010 (Resolución que fue anulada por la ASFI), la información supuestamente incorrecta expuesta por Mutual La Paz en sus Estados Financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009, ha sido ocasionada por el 'indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'; por tanto el Cargo N° 2 por el que se sanciona a mi persona en los artículos SEGUNDO y TERCERO de la Resolución impugnada (cargo referido a inexactitud de la información contable proporcionada), no es un Cargo autónomo e independiente con relación al Cargo N° 1, cuya infracción se ha declarado prescripta, (cargo relativo al supuesto incumplimiento de la normativa bancaria referida a la forma de hacer efectivo el castigo contable de un crédito). Por el contrario, el Cargo N° 2 está estrechamente vinculado con el Cargo N° 1 y condicionado por éste. En la Resolución impugnada no se sanciona por el registro de cualquier tipo de información contable, supuestamente incorrecta, inexacta o no veraz, sino por el registro de una información contable veraz específicamente referida al castigo contable de un crédito'; extremo que no ha sido determinado por la ASFI porque declaró la prescripción de esta última infracción.

Por tanto, si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que mi persona no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el "Proyecto Habitacional Verónica", es jurídicamente contradictorio sancionarme por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación a derecho no se ha determinado.

Coherentemente, únicamente podría haberse sancionado si existiera defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada la entidad por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

*Asimismo, desde el momento que la Autoridad Reguladora expresamente señala en la parte considerativa de la Resolución Administrativa ASFI N°266/2011 de 10 de marzo de 2011, y acertadamente establece que "...el computo de la prescripción obedece a un criterio objetivo es decir comienza a computarse a partir del día siguiente de producido el hecho, en el presente caso, la operación del señor Mario Daza Castellón y once representantes de la CSTSS fue castigada el 12 de junio de 2007…. **consiguientemente** se establece que **desde la fecha de acaecimiento de la infracción, hasta la fecha en la que se presentó denuncia a la Autoridad de Supervisión, dando lugar al inicio del procedimiento sancionador, transcurrieron más de dos años** configurándose de esta **forma la prescripción de la infracción, no habiéndose determinado en ese periodo acciones o condiciones capaces de interrumpir la prescripción,** en base a los antecedentes del caso y al principio de la verdad material." (Subrayado y negrillas son mías).*

*Consecuentemente, además de la prescripción de la infracción, nos encontramos frente a la prescripción de la acción entendida como un instituto de orden público por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por él cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración siendo que el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con **el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolongue indefinidamente.***

Por lo tanto, al declarar esta Autoridad Reguladora la prescripción** parcial del inciso 2 (FIGURA QUE LEGALMENTE NO EXISTE) de la Nota de Cargos ASFI/DSR 1/8534/2011 de 24 de enero de 2011 en lo referente a la gestión 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al incumplimiento del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Titulo II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1, nos encontramos frente a una situación de inseguridad jurídica en desmedro de nuestros derechos como regulados, **conculcando uno de los fundamentos básicos de la prescripción como es el que nadie puede permanecer en

incertidumbre por tiempo indefinido, debiendo el ente regulador declarar la prescripción en su totalidad, en virtud a que respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, hechos que en el presente caso no han sucedido por lo que la ASFI carece de argumentos objetivos y facticos que permitan determinar la última infracción en virtud a que la misma habría prescrito, así como la facultad punitiva de la ASFI para imponer una sanción.

Por consiguiente, y en mérito a los argumentos antes descritos nos encontramos frente a la violación del ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final.*

3. CONTRADICCIONES INSALVABLES EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.

El artículo 36, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. Un vicio grave del acto administrativo son los defectos de su fundamentación.

La Resolución impugnada ASFI N°266/2011, contiene contradicciones en su fundamentación, con relación a los Cargos N° 1 y 2; por una parte fundamenta las razones fácticas y jurídicas, que justifican a criterio de la ASFI la declaración de la prescripción de estas infracciones, pero por otra parte, realiza valoraciones discrecionales de reproche a la conducta de Mutual La Paz y sus Directores, con relación a los mismos cargos e infracciones, que únicamente se justificarían si la ASFI, no hubiera declarado su prescripción y, en consecuencia, hubiera impuesto una sanción por éstas infracciones.

Si la ASFI declara la prescripción de una infracción ya no debe realizar ninguna valoración sobre el mérito o el demérito de la conducta del administrado sujeto al procedimiento sancionatorio. Estas valoraciones sobre el fondo de los hechos y de la conducta atribuida al supuesto responsable de la infracción, únicamente resultan pertinentes si no se declara la prescripción de las infracciones atribuidas. La declaración de prescripción inhibe cualquier declaración sobre el mérito o el demérito de la conducta; si en el análisis jurídico la prescripción no corresponde, recién cobra sentido formular sanción a una persona porque se la considera responsable de la comisión de una infracción cuya acción administrativa se encuentra todavía vigente y, en consecuencia, se le impone la responsabilidad y sanción que el orden jurídico vigente establece para ese caso.

Complementariamente a lo expuesto precedentemente, la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el ***principio de tipicidad*** *de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente*

establecidas en la las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es el orden de observar un determinado comportamiento, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.

Por lo tanto lo que la Autoridad Reguladora debe evitar es caer en una decisión discrecional, arbitraria y subjetiva, y no apartarse del Principio de Legalidad que establece que el procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico preservando la legalidad en todos sus actos. Finalmente, la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica de respeto al debido proceso y sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas conexas.

4. <u>DEFICIENCIAS EN LA TIPIFICACIÓN DEL CARGO IMPUTADO.</u>

En la citada Nota de Cargo ASFI/DSR I/R-8534/2011, en el inciso 2) erróneamente se subsume los hechos al derecho y DESACERTADAMENTE se tipifica la infracción como si mi persona o el Directorio hubiera incumplido el artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual "La Paz" presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007, hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro del castigo de la operación crediticia concedida al señor Mario Daza Castellón.

El Artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 dice: *'Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera. La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa'...*

Mutual La Paz en cumplimiento del artículo 94 y en los plazos requeridos remitió a la ASFI los Estados Financieros de la entidad de las gestiones 2008 y 2009 con el respetivo dictamen de los Auditores Independientes PricewaterhouseCoopers S.R.L

Por tanto Mutual La Paz, ni mi persona incumplieron lo establecido por el Artículo 94 de la Ley N°1488, esto consta en publicaciones de prensa, actas de Asambleas Ordinarias y memorias institucionales.

El Artículo 1° parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dice: *Es responsabilidad de la*

entidad supervisada: 'Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad".

La entidad se aseguró de enviar a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y todas las entidades afines, los estados financieros de Mutual La Paz de las gestiones 2008 y 2009 con exactitud y veracidad, por lo qué la entidad, el Directorio y ni mi persona incumplieron la normativa de la ASFI, ya que los estados financieros reflejan las decisiones en materia de castigos y no a la inversa.

El Artículo 36 del Código de Comercio dice: *'(Obligación de llevar contabilidad) Todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalden'.*

Mutual La Paz, lleva una contabilidad adecuada a normas que rigen la materia, que demuestra la situación de la entidad, justifica los actos y operaciones sujetos a contabilización y registro; asimismo, conserva sus libros y documentos de respaldo de acuerdo a la normativa vigente, por tanto la entidad, el Directorio y mi persona tampoco incumplieron el artículo 36 del Código de Comercio.

El Ex Director Ejecutivo a.i. de la ASFI Reynaldo Yujra Zegales, tampoco consideró que dentro de las atribuciones del Directorio contenidas en el artículo 76 del Estatuto de Mutual La Paz, NO se encuentra expresamente establecida la responsabilidad del Directorio de elaborar, revisar los asientos contables y estados financieros, exponer, auditar, menos aprobar los Estados Financieros de la entidad.

Las atribuciones sobre los estados financieros de Mutual La Paz se encuentran bajo responsabilidad de otras instancias, como a continuación se expone:

Del Gerente General

Dentro de las atribuciones y deberes del Gerente General contenidas en el artículo 87 inciso b) del Estatuto se encuentran claramente establecidas la de prestar información confiable y oportuna en las áreas contable, administrativa, operativa y otras y asumir responsabilidad por dicha información.

El Directorio otorga crédito al informe del Gerente General.

De las Asambleas Ordinarias:

La Asamblea Ordinaria de Asociados de Mutual La Paz de acuerdo al orden del día establecido en el artículo 21 del Estatuto, anualmente aprueba lo siguiente

1. *La memoria Anual (que contiene una información general), el Balance General y Estado de Resultados (que es expuesto por el Gerente General).*

2. *Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 diciembre del año precedente.*

3. *Resolución sobre la apropiación de los resultados de la gestión precedente.*

Actos que son recogidos en las Actas de las Asambleas Ordinarias con intervención de Notario de Fe Pública.

El Estado de Resultados es verificado por el Auditor Externo.-

El Auditor Externo Independiente, anualmente audita los estados financieros de la gestión y como resultado del mismo emite su dictamen e informe, el mismo que es publicado, remitido a la ASFI y aprobado por la Asamblea Ordinaria de Asociados. En el presente caso la firma PricewaterhouseCoopers S.R.L. examinó los estados de situación patrimonial de Mutual La Paz de las gestiones 2008 y 2009, y los correspondientes estados de ganancias y pérdidas, de cambios en el patrimonio neto y de flujo de efectivo por los ejercicios terminados en esas gestiones, así como las notas, aclarando en su dictamen que los estados financieros es responsabilidad de la Gerencia.

Por las atribuciones expuestas, el cargo que imputa a mi persona y al Directorio y por el cual se me pretende sancionar, vulnera el ***PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LEGALIDAD*** *que rige el procedimiento sancionatorio administrativo, conforme lo determinan los artículos 71, 75 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175.*

Al respecto, la Resolución Jerárquica RJ 016/2003 de 8 de septiembre de 2003, dejó claramente establecido que "...debe existir una correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde de acuerdo al grado de participación".

La sanción impuesta vulnera también el ***PRINCIPIO OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO PUNITIVO,*** *porque no se estableció el* ***grado de responsabilidad*** *de cada uno de los Directores como establece el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, disposición que forma parte del considerando de la Resolución objeto de impugnación.*

El Directorio de Mutual La Paz, no elabora, no revisa los asientos contables y Estados Financieros, no expone, no audita y quienes aprueban y asumen la responsabilidad es la Asamblea General Ordinaria de Asociados, la misma que también aprueba el Dictamen del Auditor Externo.

En consecuencia no debería imponerse sanción pecuniaria alguna a los miembros de ese cuerpo colegiado.

La ASFI sostiene que la excepción de prescripción presentada por mi persona, no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto la exposición errónea de los Estados Financieros de la entidad por este período se considera como una infracción de Tracto Sucesivo

El Tratadista Manuel Osorio define en materia contractual al Tracto Sucesivo como las prestaciones de una de las dos partes de cumplimiento reiterado o continuo que no se aplica a ámbito administrativo, por no existir un acuerdo contractual entre partes.

De lo señalado se establece que coherentemente, únicamente podría haberse sancionado a Mutual La Paz por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta Entidad Financiera por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

5. DEFICIENCIAS EN LA PARTE RESOLUTIVA.

La Resolución ASFI N° 266/2011 contraria a las demás resoluciones emitidas para el presente caso no contiene el artículo referente a la cuenta fiscal para el depósito de la multa, ni el plazo establecido para los demás sancionados, error que me indujo para la presentación del Recurso de Revocatoria en fecha 6 de abril. Situación que no fue considerada pese a la solicitud de complementación y enmienda, declarando improcedente mi Recurso de Revocatoria mediante la Resolución N° 395/2011.

IV. PETITORIO

Por lo fundamentado y habiéndose acreditado la vulneración de mis derechos subjetivos así como mis intereses legítimos debido a la inadecuada aplicación del proceso sancionatorio, donde además no se determinó daño económico que sea atribuible a mi persona, y menos aún reincidencia en este tipo de hechos, y por la ausencia de los elementos constitutivos que fundamentan la sanción de multa pecuniaria, en aplicación del numeral I del artículo 11 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 y el artículos 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 395/2011 de 06 de mayo de 2011 y por consiguiente contra Resolución ASFI/N° 266/2011 de fecha 10 de marzo de 2011 que fue declarada improcedente, solicitando además que se admita el Recurso Jerárquico en cumplimiento al artículo 55 del mismo Decreto Supremo y se deje sin efecto las resoluciones recurridas y por tanto se seje sin efecto la sanción de multa pecuniaria interpuesta a mi persona…"

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

Con carácter previo a la consideración del recurso interpuesto es importante precisar como antecedente la cronología de hechos, para luego proceder con la compulsa respectiva.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 10 de marzo de 2011 emite Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2011, misma que fue notificada a Javier Hinojosa Santalla, en fecha 15 de marzo de 2011 tal cual se evidencia en la constancia de notificación cursante a fs. 65 siendo está firmada por el propio Javier Hinojosa manifestando su recepción.

Posteriormente en fecha 06 de abril de 2011, Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presentó Recurso de Revocatoria, es decir a los 16 días hábiles administrativos de haberse notificado con la Resolución Administrativa ASFI Nº 264/2011.

Que en fecha 6 de mayo de de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI Nº 395/2011, misma que determina declarar la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por
haber sido presentado fuera de plazo establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que reglamenta la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Que, de ello se colige que el presente proceso, versa sobre la improcedencia del Recurso de Revocatoria, por lo que el control de legalidad se hará a la determinación de sí la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero procedió conforme a norma al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Javier Hinojosa Santalla.

1.2. Sobre la incongruencia del Recurso Jerárquico presentado.-

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

interpuesto.

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

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

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

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

Finalmente, es importante aclarar al recurrente que el Recurso Jerárquico interpuesto mediante memorial presentado en fecha 08 de junio de 2011 no expresa de manera fundada y clara los agravios sufridos respecto a la declaratoria de improcedencia del recurso de Revocatoria interpuesto, mas aun si el petitorio expresa la solitud de que se revoque la Resolución Administrativa ASFI N° 395/2011 de 06 de mayo de 2011 por que no se determinó daño económico atribuible a su persona ni reincidencia; enunciando simplemente que el Recurso de Revocatoria fue declarado improcedente sin solicitar que dicho aspecto sea valorado; por lo que no corresponde a esta instancia jerárquica entrar a valorar aspectos de fondo esbozados en el memorial de Recurso Jerárquico ni emitir pronunciamiento al respecto; sin embargo en estricto apego al derecho de petición del recurrente e invocando el principio de informalismo en materia administrativa se

compulsaran aspectos referentes a los plazos procesales en el procedimiento administrativo.

1.3. Sobre el plazo para la presentación del Recurso de Revocatoria.-

Que el Artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, determina que:

> "*El recurso de Revocatoria deberá ser interpuesto* ***dentro de los (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación*** *o publicación de la resolución impugnada*". (Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, el Artículo 43 del mismo cuerpo legal señala:

> "*Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:*
>
> *(…) d) Improcedentes.- Cuando el recurso hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos…*"

Que, de conformidad a lo establecido por el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y **son obligatorios, tanto para los sujetos regulados y personas interesadas** (Las Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte el Artículo 33 de la citada norma, determina:

> *"I. Los plazos comenzarán a correr a partir del día siguiente hábil administrativo siguiente al de la notificación con las resoluciones, o del día de la celebración del acto administrativo. El cómputo de los plazos fenecerá la última hora hábil del día del vencimiento del plazo, de acuerdo al horario de trabajo de las Superintendencias del SIREFI.*
> *II****. Los plazos se vencerán por el simple transcurso del tiempo fijado para los mismos,*** *sin necesidad de declaración alguna.*" (Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Finalmente el Artículo 34 establece:

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

1.4. De la subsunción de la norma al caso en compulsa.-

Conforme se evidencia, en el numeral 1.1. anterior, el Sr. Javier Hinojosa, presentó el Recurso de Revocatoria a los dieciséis días hábiles administrativos de notificada con la Resolución Administrativa sancionatoria, es decir fuera del plazo establecido en normativa.

El recurrente acepta que ha presentado su Recurso de Revocatoria fuera de plazo, sin embargo alega que dicha situación se dio por causas distintas a su voluntad, debido a que, según expresa:

> *"La Resolución ASFI N°264/2011 contraria a las demás resoluciones emitidas para el presente caso* ***no contiene el artículo referente a la cuenta fiscal*** *para el depósito de la multa, ni el plazo establecido para los demás sancionados,* ***ERROR QUE ME INDUJO PARA LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA EN FECHA 6 DE ABRIL****. Situación que no fue considerada pese a la solicitud de complementación y enmienda, declarando improcedente mi Recurso de Revocatoria mediante la Resolución N°393/2011." (Las negrillas, mayúsculas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

El argumento esgrimido por el recurrente, lo cataloga como una **imposibilidad sobreviniente**, por hechos fortuitos no atribuibles a su persona, ni a su voluntad, conforme textualmente se evidencia del memorial cursante a fs. 169 y 170. Por lo que corresponde desarrollar dicha figura jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

> *"Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que debía o era posible y lícito, aparece como obstáculo, ajeno a las fuerzas naturales que se oponen al ejercicio de un derecho o al espontáneo cumplimiento de una obligación. La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito reservando para este los accidentes naturales y*

hablando de aquélla cuando se trata del acto de un tercero por el cual no ha de responder el deudor (...)"

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

Adviértase que, si consideramos la culpa como la omisión de la diligencias que debieron adoptarse para prever o evitar el daño, no habrá culpa, y sí caso fortuito, cuando no obstante aplicar esa conducta, el hecho resulta inevitable. Asimismo, importa referirse a que si el hecho es extraordinario o anormal, no es un carácter distinto de la imprevisibilidad e inevitabilidad; la doctrina señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse, lo que sale de lo normal y del curso ordinario de las cosas, no es dable prever.

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

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

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

No debe olvidar el recurrente y conforme ya se anotó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010, el Recurso de Revocatoria, es un acto de impugnación en sede administrativa, que requiere del cumplimento de ciertos requisitos que se establecen desde dos esferas normativas: a) Requisitos formales (presentación por escrito ante autoridad competente en razón de materia en forma fundamentada, con especificación de la resolución impugnada, acreditado personería, señalado domicilio y dentro de la **oportunidad de interposición** –Artículos 38 y 48 del Decreto Supremo Nº 27175-); b) Requisitos de orden material o sustancial traducido en el

perjuicio actual o razonablemente potencial que limite, desconozca o menoscabe derechos subjetivos o intereses legítimos (artículos 37 y 47 del Decreto Supremo Nº 27175). Requisitos que no pueden ser soslayados o incumplidos, bajo el principio de legalidad por la que se debe regir el administrador y el administrado, además se debe tomar en cuenta que **las normas legales son de orden público y cumplimiento obligatorio.**

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz," ha obrado conforme a derecho, ya que el mismo fue presentado a los 16 días hábiles administrativos de su notificación y no existe ninguna causal, ni normativa, ni impedimento sobreviniente, que justifique dicha presentación fuera de plazo. Consecuentemente, el recurrente no dio cumplimiento al plazo establecido en el procedimiento administrativo para la admisión y posterior resolución del Recurso de Revocatoria, dando lugar a la improcedencia de su Recurso, en estricta sujeción legal.

Que, de igual manera y no menos importante, es que éste Ministerio, no se pronuncia sobre las demás cuestiones alegadas por el recurrente debido a que no tiene competencia para conocer sobre cuestiones de fondo ya que el presente proceso versa en cuanto a la impugnación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 442/2011 de 23 de mayo de 2011 misma que determino la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda " por haberse presentado fuera de plazo y no así sobre temas de fondo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha dado correcto cumplimiento al procedimiento administrativo establecido declarando la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por haber sido este presentado fuera del plazo procesal establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 correspondiendo confirmar el acto administrativo impugnado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo Nº27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 395/2011 de 6 de mayo de 2011, que declara improcedente el Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2011 de 10 de marzo de 2011.

Regístrese notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 393/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 043/2011 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 043/2011

La Paz, 02 de septiembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Javier Hinojosa Santalla** en su condición de Director de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz",** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 393/2011 de 6 de mayo de 2011, que declaró la improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 264/2011 de 10 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 091 de 2 de agosto de 2011 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 8 de junio de 2011, Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 393/2011 de 6 de

mayo de 2011, que declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 264/2011 de 10 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 14 de junio de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 393/2011 de 6 de mayo de 2011, mismo que fue notificado el 15 de junio de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 264/2011 DE 10 DE MARZO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº264/2011 de 10 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"PRIMERO:*** *Declarar la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R- 8426/2011 de 24 de enero de 2011, referido a la inobservancia del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*
>
> ***SEGUNDO:*** *Declarar la prescripción parcial del inciso 2) de la citada Nota de Cargos referente a las infracciones correspondientes a las gestiones del 2004 - 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1.*
>
> ***TERCERO:*** *Sancionar con multa pecuniaria al señor Javier Hinojosa Santalla equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida por el citado Director por el incumplimiento al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio al haber expuesto en sus Estados Financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a éste Órgano de Supervisión.*
>
> ***CUARTO:*** *Instruir al Directorio de la entidad la conformación de una comisión para el seguimiento y solución de cada uno de los puntos objeto de reclamo de los copropietarios del edificio "Los Ceibos", debiendo remitir a esta Autoridad informes mensuales sobre su grado de avance.*
>
> ***QUINTO:*** *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidad Financieras N" 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en*

conocimiento del Directorio de la Mutual La Paz y de la Asamblea de Asociados, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copias de las correspondientes Actas."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 6 de abril de 2011 Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°264/2011 de 10 de marzo de 2011, alegando lo siguiente:

EL Artículo 35, parágrafo I, inciso D) de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado, que la CPE art 117 parágrafo II establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, que en el presente caso se habría sancionado a Mutual la Paz mediante Resolución ASFI N° 341/2010 de fecha 7 de mayo con una multa de 4.500 Derechos especiales de giro por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2004-2009 información contable de la operación crediticia otorgada al Sr. Mario Fermín Zenteno monto que hubiera sido pagado y que no hubiera sido devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta en la Resolución ASFI N° 603/de fecha 21 de julio de 2010, que posteriormente a través de Resolución ASFI N° 285/2011, de fecha 16 de marzo de 2011 se hubiera vuelto a sancionar a Mutual La Paz con una multa 3.000 Derechos Especiales de Giro es decir se habría sancionado dos veces a Mutual por la misma causa, que el recurrente a su vez señala que la Resolución N°264/2011 de 10 de marzo de 2011 tendría una contradicción en la parte Resolutiva ya que el artículo primero y segundo declaran la prescripción sobre la operación crediticia otorgada al Sr. Mario Fermín Zenteno, sin embargo el artículo tercero sancionaría al recurrente, y al haberse declarado la prescripción de los cargos uno y dos también debió declararse la prescripción total del cargo tres ya que este no sería un cargo autónomo e independiente.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 393/2011 DE 6 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 393/2011 de 6 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla contra la Resolución ASFI/N° 264/2011 de 10 de marzo de 2011 conforme los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, el artículo 46 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 dispone: "Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió".

Que, el artículo 48 del mismo compilado normativo señala que: "El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada."

Que, el inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, señala que las resoluciones a los recursos de revocatoria serán improcedentes "cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos."

Que, respecto a la procedencia del recurso de revocatoria, el parágrafo I del artículo 47 de la mencionada norma sustantiva determina: "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento."

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la revisión de la diligencia de notificación con la Resolución ASFI N° 264/2011 de 10 de marzo de 2011, se evidencia que el señor Javier Hinojosa Santalla, ha sido notificado con la citada Resolución el 15 de marzo de 2011, en este marco el memorial de recurso de revocatoria fue presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 6 de abril de 2011, según consta el sello de recepción, debiendo haber interpuesto dicho recurso hasta el 5 de abril de 2011, conforme lo establece el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre 2003.

Que, conforme al citado artículo 48 el memorial del recurso de revocatoria ha sido interpuesto fuera del plazo establecido, por lo que en cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo el señor Javier Hinojosa Santalla debía presentar dicho recurso hasta el 5 de abril de 2011.

Que, habiendo presentado el señor Javier Hinojosa Santalla el recurso de revocatoria en forma extemporánea (6 de abril de 2011) de conformidad al inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, corresponde declarar improcedente el recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos, a través del Informe Legal ASFI/DAJ/R-47369/2011 de 6 de mayo de 2011, ha evaluado concluyendo que el señor Javier Hinojosa Santalla ha presentado el recurso de revocatoria fuera del plazo de quince días hábiles, por lo que en virtud del inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, corresponde declarar improcedente el recurso de revocatoria…"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 442/2011 DE 23 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 442/2011 de 23 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó declarar improcedente la solicitud de complementación y enmienda presentada por el señor Javier Hinojosa Santalla, bajo los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que, efectuada la revisión de la diligencia de notificación con la Resolución ASFI N° 264/2011 de 10 de marzo de 2011, se evidencia que el señor Javier Hinojosa Santalla, ha sido notificado con la citada Resolución en fecha 15 de marzo de 2011, en este marco el memorial de recurso de revocatoria fue presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 6 de abril de 2011, según consta el sello de recepción de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debiendo haber presentado dicho recurso hasta fecha 5 de abril de 2011, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre 2003.

Que, conforme al citado artículo 48 el memorial del recurso de revocatoria ha sido interpuesto fuera del plazo establecido, por lo que en cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo el señor Javier Hinojosa Santalla debía presentar dicho recurso hasta el 5 de abril de 2011.

Que, habiendo presentado el señor Javier Hinojosa Santalla el recurso de revocatoria en forma extemporánea (6 de abril de 2011) y de conformidad al inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la Resolución ASFI N° 393/2011 declaró improcedente el recurso de Revocatoria.

Que, doctrinalmente se entiende por caso fortuito e Imposibilidad sobreviniente "El suceso que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse" (Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales), en el presente caso si bien la Resolución ASFI N° 264/2011, no contempla el número de cuenta para depositar la multa impuesta, este hecho no constituye un suceso que no pudo preverse o evitarse, por cuanto, el señor Javier Hinojosa Santalla tenía quince (15) días hábiles administrativos para interponer el recurso de revocatoria.

Que, revisada la Resolución Administrativa ASFI N° 393/2011 de 6 de mayo de 2011, que declara improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla contra la Resolución Sancionatoria N" 264/2011 de 10 de marzo de 2011 (Caso Los Ceibos), no se advierte error en la numeración, correspondiendo efectivamente el número ASFI N° 393/2011 de 6 de mayo de 2011, por lo tanto el mismo no constituye un elemento de nulidad tal como expresa el recurrente, por cuanto, no se enmarca como una causal de nulidad.

Que, las aseveraciones del señor Hinojosa Santalla no son eximentes de responsabilidad, por cuanto, de conformidad al artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre 2003, el plazo para interponer recurso de revocatoria es de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 8 de junio de 2011 Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI N° 393/2011 de 6 de mayo de 2011, argumentando lo siguiente:

*"**I. ANTECEDENTES.***

Mediante Resolución ASFI/ N° 607/2010 de fecha 21 de julio de 2010, se anuló el proceso sancionatorio iniciado en contra de los Directores de Mutual La Paz, por el crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el "Proyecto Habitacional El Ceibo", hasta la emisión de un nuevo Informe de Inspección, inclusive, en el cual se consideren los lineamientos señalados en esta Resolución.

Entre los actos administrativos anulados, por la Resolución N°603/ de fecha 21 de julio de 2010 se anuló la Resolución ASFI/N0 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, en cuyo Artículo Primero sancionaba a la Mutual La Paz con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro "al haber expuesto en sus Estados Financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez".

Posteriormente, mediante carta ASFI/DSR I/R-8426/2011 de 24 de enero de 2011, fui notificado con cargos por las presuntas infracciones del artículo 108 y 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993.

En fecha 4 de marzo de 2011 presenté descargos, en término hábil en base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en mi memorial, invoqué la prescripción, asimismo impugné el informe ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010, y notificación de cargos ASFI/DSR I/R-8426/2011 de 24 de enero de 2011, y presenté la explicación pertinente, conforme establece el Art. 109, última parte de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, pidiendo que, previo el trámite de rigor legal, se

dicte el fallo previo y definitivo declarando prescrito los supuestos cargos y sea con todas las formalidades de ley.

Posteriormente fui notificado con la Resolución ASFI N° 264/2011 de fecha 10 de marzo de 2011 dentro del proceso administrativo denominado edificio "Los Ceibos", que en su parte resolutiva dispone lo siguiente:

***Primero.-** Se declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/ R - 8419/2011, de 24 de enero de 2011 referido a la inobservancia del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

***Segundo.-** Se declara la prescripción parcial del inciso 2) de la citada Nota de Cargos, en lo referente a la gestión 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009 (Incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488).*

***Tercero.-** Se sanciona a mi persona con multa pecuniaria equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida como Director por el incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en sus Estados Financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada al Órgano de Supervisión.*

En fecha 6 de abril de 2011, sin haber sido notificada personalmente, en transgresión del artículo 25 parágrafo II del D.S. N° 27175 de 15/09/2003 y no obstante del incumplimiento de fondo, en término hábil, previo cumplimiento de los requisitos formales y en base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, interpuse Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASF1/N°264/2011 de fecha 10 de marzo de 2011 con la siguiente invocación:

1. *La revocatoria parcial del artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008 y 2009, y la revocatoria total del artículo TERCERO y CUARTO de la Resolución ASFI N° 264/2011, de fecha 10 de marzo de 2011 en mérito a que el Directorio y menos mi persona, no elabora los estados financieros, ya que es responsabilidad del área contable y Gerencia General; y*

2. *La devolución de la multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro, efectivamente pagados por Mutual La Paz en cumplimiento de la Resolución ASFI/N^{0} 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, que resultó posteriormente anulada por la ASFI.*

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO JERÁRQUICO.

Los artículos 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, establecen que contra la resolución expresa o tácita, que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos, como es el caso de la Resolución ASFI N°417/2011 de fecha 12 de mayo de 2011, procede el Recurso Jerárquico, siendo este el caso que se origina en la inobservancia de la prescripción de la infracción e incumplimiento del procedimiento sancionatorio establecido en el D.S. 27175 y como consecuencia la inaplicabilidad de la sanción, más aún cuando no se han considerado enteramente las pruebas proporcionadas en su oportunidad y menos aún las atenuantes expuestas.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.

1. <u>RESOLUCIÓN CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.</u>

El artículo 35, parágrafo I, inciso d), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. La Constitución Política del Estado, en su artículo 117, parágrafo II, establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, situación que vulnera los elementales derechos constitucionales a la defensa y a la seguridad jurídica. Este principio se aplica a materia sancionatoria penal y administrativa.

De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que Mutual La Paz ha sido doblemente condenada por el mismo hecho:

Mediante Resolución ASFI/N^{0} 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, se condena a Mutual La Paz, con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2004 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Fermín Zenteno Benítez); monto de dinero que ha sido efectivamente pagado por la Mutual La Paz como consta en el comprobante de "Depósito en Cuenta" emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 27 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 46.140.44, y que no ha sido devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta por la Resolución ASFI/ N° 603/2010 de fecha 21 de julio de 2010.

En la Resolución ASFI N° 285/2011, de fecha 16 de marzo de 2011, se condena a Mutual La Paz, con multa de 3.000 Derechos Especiales de Giro, por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2008 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Fermín Zenteno Benítez); monto de dinero que al ser depositado en cumplimiento de esta Resolución constituirá un enriquecimiento ilícito de la ASFI porque a partir de ese momento tendrá en su propiedad dos sumas de dinero que responden a una misma causa prohibida por la Constitución en el artículo 117, parágrafo II: doble condena por el mismo hecho. La ASFI al momento de determinar la nulidad de la primera Resolución que imponía la sanción de multa no debió limitarse a disponer la anulación del proceso sancionatorio sino, además y principalmente, disponer la devolución de todo lo dado y entregado por

Mutual La Paz, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución anulada. Al no haber dispuesto esta devolución, en los hechos y en esencia, mantuvo la condena y sanción impuesta a Mutual La Paz, al convertirse hasta la fecha presente en la (sic) beneficiaria de 4.500 Derechos Especiales de Giro efectivamente pagados, después de haber sido removida por obra de la nulidad la causa que legalmente justificaba esta adquisición. Mientras esta suma de dinero no sea efectivamente devuelta a la Mutual La Paz, toda otra suma de dinero que la ASFI decida imponerle a título de sanción por el mismo hecho, constituye la doble condena prohibida por la Constitución Política del Estado.

Por otra parte la sanción impuesta a Mutual La Paz, constituye también una doble sanción ***por los mismos hechos*** *vulnerado uno de los principios que hacen al debido proceso el* ***PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM*** *que en definitiva supone la prohibición de un ejercicio reiterado del* ***ius puniendi*** *del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en las sanciones administrativas y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento. De tal manera, el principio del* ***non bis in ídem*** *forma parte inmanente del debido proceso que entre sus varias definiciones constituye una garantía infranqueable por todo acto en el que pretenda ilegítimamente imponer sanciones, cargas o castigos y constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los procesos judiciales, en consecuencia la finalidad última de este principio* ***- non bis in ídem-*** *consiste en evitar que los mismos hechos o conductas sancionables, que ya han sido objeto de controversia, posteriormente vuelvan a hacerlo en otro de igual carácter.*

En ese orden de cosas, nuestro Tribunal Constitucional sentenció que "El principio non bis in ídem implica en términos generales ***la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos.*** *En la doctrina y jurisprudencia española, el principio* ***implica la prohibición de imponer una doble sanción cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad".*** *"En el principio se debe distinguir el* ***aspecto sustantivo*** *(nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto* ***o*** *condenado) y el* ***aspecto procesal o adjetivo*** *(nadie puede ser juzgado "nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado.*

En ese sentido, ***existe vulneración al non bis in ídem,*** *no sólo cuando se sanciona sino también* ***cuando se juzga nuevamente a una persona por el mismo hecho".***

Este principio *no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que* ***también lo es al*** *ámbito administrativo,* ***CUANDO SE IMPONE A UN MISMO SUJETO UNA DOBLE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.***

En nuestro Ordenamiento Jurídico el principio ***non bis in ídem,*** *si bien no encuentra reconocimiento constitucional autónomo,* ***encuentra protección como elemento de la***

garantía del debido proceso *establecida en el parágrafo II del artículo 117, de la Constitución Política del Estado Plurinacional.*

Por consiguiente, el principio como quedó precisado - ***no sólo tiene aplicación protectora en materia penal, sino también en materia administrativa*** *cuando se imponen sanciones por contravenciones cometidas contra la Administración* ***en el ámbito de sus diferentes sectores*** *en las cuales* ***si existe identidad en el hecho, en los sujetos y en el fundamento, no es posible imponer una nueva sanción,*** *siendo aplicable el principio* ***non bis in ídem.***

Consecuentemente, su autoridad velando por el cumplimiento de los principios fundamentales de la actividad administrativa la que se rige por principios del Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al Orden Público Administrativo, no puede dejar de lado que uno de los elementos esenciales del acto administrativo que se encuentra en su motivación o fundamentación debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho respecto a la sanción que fue impuesta en la Resolución ASFI/N^{0} 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, aspecto que no ha merecido el pronunciamiento expreso de su autoridad dejando en el caso particular que nos refiere, en la indeterminación por la imposición de una sanción que debió quedar sin efecto al haberse anulado el proceso sancionatorio del cual se originó dicha sanción. En atención a los fundamentos antes expuestos, la actividad reguladora debe circunscribirse a los Principios Generales de la Actividad Administrativa debiendo regirse entre otros, por el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley asegurando a los administrados el debido proceso.

Asimismo, la Autoridad Reguladora no ha velado en el presente caso, por el cumplimiento de los principios sancionadores que establecen que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a los regulados estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

2. <u>ILEGALIDAD DEL OBJETO DE LA RESOLUCIÓN POR CONTRADICCIÓN DE SU PARTE RESOLUTIVA.</u>

El artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala: "Se considera acto administrativo, toda declaración disposición o decisión de la Administración Pública de alcance general o particular, emitido en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional cumpliendo con los requisitos o formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre los administrados. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Por su parte, el artículo 28 de la nombrada Ley, en cuanto a los elementos esenciales del acto administrativo, en su literal c) indica que: "El objeto debe ser cierto lícito y ***materialmente posible"*** *(las negrillas son mías).*

En la doctrina del Derecho Administrativo, el objeto del acto administrativo consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto pero materializado fuera de él.

Ahora bien, en el tratamiento de los elementos esenciales del acto administrativo se presupone, además la existencia de los vicios que lo pudieran afectar. Es así que el artículo 35, parágrafo I, inciso b), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo objeto sea ilícito o imposible.

Siguiendo este razonamiento, se tiene que la imposibilidad del acto administrativo, puede manifestarse por una imposibilidad de hecho, por falta de sustrato material que se configura cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, ha desparecido o simplemente cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible.

Por lo tanto, es contrario a la Ley, todo objeto de un acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias. Esto es lo que ocurre con la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la Resolución impugnada en su relación con las decisiones contenidas en los artículos ***SEGUNDO Y TERCERO.***

El artículo PRIMERO declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R - 8401/2011 de fecha 24 de enero de 2011. Esta infracción declarada prescripta corresponde al supuesto incumplimiento a la normativa bancaria sobre el castigo de la operación crediticia N° 1005317, otorgada al señor Mario Fermín Zenteno. Es decir, que al haberse declarado la prescripción de esta supuesta infracción, la ASFI ha determinado, jurídicamente, que mi persona no tiene ninguna responsabilidad por este hecho que se le atribuyó en la formulación de los cargos y, en consecuencia, no corresponde imponerme sanción alguna. Como claramente se desprende del artículo Primero de la Resolución ASFI/N° 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010 (resolución que fue anulada por la ASFI), la información supuestamente incorrecta expuesta por la Mutual La Paz en sus Estados Financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, ha sido ocasionada por el "indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez"; por tanto el Cargo N° 2 por el que se sanciona a mi persona en los artículos SEGUNDO y TERCERO de la Resolución impugnada (cargo referido a inexactitud de la información contable proporcionada), no es un Cargo autónomo e independiente con relación al Cargo N° 1, cuya infracción se ha declarado prescripta, (cargo relativo al supuesto incumplimiento de la normativa bancaria referida a la forma de hacer efectivo el castigo contable de un crédito). Por el contrario, el Cargo N° 2 está estrechamente vinculado con el Cargo N° 1 y condicionado por éste. En la resolución impugnada no se sanciona por el registro de cualquier tipo de información contable, supuestamente incorrecta, inexacta o no veraz, sino por el registro de una información contable específicamente referida a un "indebido o ilegal castigo contable de un crédito"; extremo que no ha sido determinado por la ASFI porque declaró la prescripción de esta última infracción. Por tanto, si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que mi persona no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito

otorgado al señor Mario Fermín Zenteno, es jurídicamente contradictorio sancionarla por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación a derecho no se ha determinado.

Coherentemente, únicamente podría haberse sancionado por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta entidad financiera por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

Por consiguiente, y en mérito a los argumentos antes descritos nos encontramos frente a la violación del ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final. Asimismo, desde el momento que esa Autoridad Reguladora expresamente señala en la parte considerativa de la Resolución Administrativa ASFI N°264/2011 de 10 de marzo de 2011, y acertadamente establece que "...el computo de la prescripción obedece a un criterio objetivo es decir comienza a computarse a partir del día siguiente de producido el hecho, en el presente caso, la operación crediticia del señor Mario Fermín Zenteno Benítez que fue castigada el 22 de diciembre de 2004* ***consiguientemente*** *se establece* ***que desde la fecha de acaecimiento de la infracción, hasta la fecha en la que se presentó denuncia a la ASFI, dando lugar al inicio del procedimiento sancionador, transcurrieron más de dos años*** *configurándose de esta* ***forma la prescripción de la infracción, no habiéndose determinado en ese periodo acciones o condiciones capaces de interrumpir la prescripción,*** *en base a los antecedentes del caso y al principio de la verdad material." (Subrayado y negrillas son mías)*

Consecuentemente, además de la prescripción de la infracción, nos encontramos frente a la prescripción de la acción entendida como un instituto de orden público por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración siendo que el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con ***el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolongue indefinidamente.***

Por lo tanto, al declarar esta Autoridad Reguladora la prescripción *parcial del inciso 2) de la Nota de Cargos ASFI/DSR 1/8419/2011 de 24 de enero de 2011 en lo referente a la gestión 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al incumplimiento del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Titulo II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1, nos encontramos frente a una situación de inseguridad jurídica en desmedro de nuestros derechos como regulados,* ***conculcando uno de los fundamentos básicos de la prescripción como es el que nadie puede permanecer en incertidumbre por tiempo indefinido, debiendo ese ente regulador declarar la prescripción en su totalidad, en virtud a que respecto a las***

infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, hechos que en el presente caso no han sucedido por lo que la ASFI carece de argumentos que permitan determinar la última infracción en virtud a que la misma habría prescrito, así como la facultad punitiva de la ASFI para imponer una sanción. *Por consiguiente, y en mérito a los argumentos antes descritos nos encontramos frente a la violación del* ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final.*

3. CONTRADICCIONES INSALVABLES EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.

El artículo 36, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. Un vicio grave del acto administrativo son los defectos de su fundamentación.

La Resolución impugnada ASFI N°264/2011 contiene contradicciones en sus razones tácticas y jurídicas, que justifican a criterio de la ASFI la declaración de la prescripción de estas infracciones, pero por otra parte, realiza valoraciones discrecionales de reproche a la conducta de Mutual La Paz y sus Directores, con relación a los mismos cargos e infracciones, que únicamente se justificarían si la ASFI, no hubiera declarado su prescripción y, en consecuencia, hubiera impuesto una sanción por éstas infracciones.

Si la ASFI declara la prescripción de una infracción ya no debe realizar ninguna valoración sobre el mérito o el demérito de la conducta del administrado sujeto al procedimiento sancionatorio. Estas valoraciones sobre el fondo de los hechos y de la conducta atribuida al supuesto responsable de la infracción, únicamente resultan pertinentes si no se declara la prescripción de las infracciones atribuidas. La declaración de prescripción inhibe cualquier declaración sobre el mérito o el demérito de la conducta; si en el análisis jurídico la prescripción no corresponde, recién cobra sentido formular sanción a una persona porque se la considera responsable de la comisión de una infracción cuya acción administrativa se encuentra todavía vigente y, en consecuencia, se le impone la responsabilidad y sanción que el orden jurídico vigente establece para ese caso. Complementariamente a lo expuesto precedentemente, la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el ***principio de tipicidad*** *de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en la las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es el orden de observar un determinado comportamiento, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.*

Por lo tanto lo que la Autoridad Reguladora debe evitar es caer (sic) en una decisión discrecional, arbitraria y subjetiva, y no apartarse del Principio de Legalidad que

establece que el procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico preservando la legalidad en todos sus actos. Finalmente, la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica de respeto al debido proceso y sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas conexas.

4. DEFICIENCIAS EN LA TIPIFICACIÓN DEL CARGO IMPUTADO.

En la citada Nota de Cargo ASFI/DSR 1/ R-8419/2011, en el inciso 2) erróneamente se subsume los hechos al derecho y DESACERTADAMENTE se tipifica la infracción como si mi persona hubiera incumplido el artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual "La Paz" presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007, hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro del castigo de la operación crediticia concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez.

El Artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 dice: *"Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera. La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa"...*

Mutual La Paz en cumplimiento del artículo 94 y en los plazos requeridos remitió a la ASFI los Estados Financieros de la entidad de las gestiones 2008 y 2009 con el respectivo dictamen de los Auditores Independientes Pricewaterhouse Coopers S.R.L

Por tanto Mutual La Paz, ni mi persona incumplieron lo establecido por el Artículo 94 de la Ley N°1488, esto consta en publicaciones de prensa, actas de Asambleas Ordinarias y memorias institucionales.

El Artículo 1° parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dice:

Es responsabilidad de la entidad supervisada: "Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad".

La entidad se aseguró de enviar a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y todas las entidades afines, los estados financieros de Mutual La Paz de las gestiones 2008 y 2009 con exactitud y veracidad, por lo que la entidad, el Directorio y ni mi persona incumplieron la normativa de la ASFI, ya que los estados financieros reflejan las decisiones en materia de castigos y no a la inversa.

El Artículo 36 del Código de Comercio dice: *"(Obligación de llevar contabilidad) Todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalden".*

Mutual La Paz, lleva una contabilidad adecuada a normas que rigen la materia, que demuestra la situación de la entidad, justifica los actos y operaciones sujetos a contabilización y registro; asimismo, conserva sus libros y documentos de respaldo de acuerdo a la normativa vigente, por tanto la entidad, el Directorio y mi persona tampoco incumplieron el artículo 36 del Código de Comercio.

El Ex Director Ejecutivo a.i. de la ASFI Reynaldo Yujra Zegales, tampoco consideró que dentro de las atribuciones del Directorio contenidas en el artículo 76 del Estatuto de Mutual La Paz, NO se encuentra expresamente establecida la responsabilidad del Directorio de elaborar, revisar los asientos contables y estados financieros, exponer, auditar, menos aprobar los Estados Financieros de la entidad.

Las atribuciones sobre los estados financieros de Mutual La Paz se encuentran bajo responsabilidad de otras instancias, como a continuación se expone:

Del Gerente General

Dentro de las atribuciones y deberes del Gerente General contenidas en el artículo87 inciso b) del Estatuto se encuentran claramente establecidas la de prestar información confiable y oportuna en las áreas contable, administrativa, operativa y otras y asumir responsabilidad por dicha información.

El Directorio otorga crédito al informe del Gerente General.

De las Asambleas Ordinarias:

La Asamblea Ordinaria de Asociados de Mutual La Paz de acuerdo al orden del día establecido en el artículo 21 del Estatuto anualmente aprueba lo siguiente:

1. *La memoria Anual (que contiene una información general), el Balance General y Estado de Resultados (que es expuesto por el Gerente General).*

2. *Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 diciembre del año precedente.*

3. *Resolución sobre la apropiación de los resultados de la gestión precedente.*

Actos que son recogidos en las Actas de las Asambleas Ordinarias con intervención de Notario de Fe Pública.

El Estado de Resultados es verificado por el Auditor Externo.-

El Auditor Externo Independiente, anualmente audita los estados financieros de la gestión y como resultado del mismo emite su dictamen e informe, el mismo que es publicado, remitido a la ASFI y aprobado por la Asamblea Ordinaria de Asociados. En el presente caso la firma Price Waterhouse Coopers S.R.L. examinó los estados de situación patrimonial de Mutual La Paz de las gestiones 2008 y 2009, y los correspondientes estados de ganancias y pérdidas, de cambios en el patrimonio neto y de flujo de efectivo por los ejercicios terminados en esas gestiones, así como las notas, aclarando en su dictamen que los estados financieros es responsabilidad de la Gerencia.

Por las atribuciones expuestas, el cargo que imputa a mi persona y al Directorio y por el cual se me pretende sancionar, vulnera el ***PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LEGALIDAD*** *que rige el procedimiento sancionatorio administrativo, conforme lo determinan los artículos 71, 75 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175.*

Al respecto, la Resolución Jerárquica RJ 016/2003 de 8 de septiembre de 2003, dejó claramente establecido que "...debe existir una correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde de acuerdo al grado de participación". La sanción impuesta vulnera también el ***PRINCIPIO OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO PUNITIVO,*** *porque no se estableció el* ***grado de responsabilidad*** *de cada uno de los Directores como establece el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, disposición que forma parte del considerando de la Resolución objeto de impugnación.*

El Directorio de Mutual La Paz, no elabora, no revisa los asientos ***contables y*** *Estados Financieros, no expone, no audita y quienes* ***aprueban y asumen la*** *responsabilidad es la Asamblea General Ordinaria de Asociados, la misma que también aprueba el Dictamen del Auditor Externo.*

En consecuencia no debería imponerse sanción pecuniaria alguna a los miembros de ese cuerpo colegiado.

La ASFI sostiene que la excepción de prescripción presentada por mi persona, no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto la exposición errónea de los Estados Financieros de la entidad por este período se considera como una infracción de Tracto Sucesivo

El Tratadista Manuel Osorio define en materia contractual al Tracto Sucesivo como las prestaciones de una de las dos partes de cumplimiento reiterado o continuo que no se aplica a ámbito administrativo, por no existir un acuerdo contractual entre partes.

De lo señalado se establece que coherentemente, únicamente podría haberse sancionado a Mutual La Paz por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta Entidad Financiera por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

5. <u>DEFICIENCIAS EN LA PARTE RESOLUTIVA.</u>

La Resolución ASFI N°264/2011 contraria a las demás resoluciones emitidas para el presente caso no contiene el artículo referente a la cuenta fiscal para el depósito de la multa, ni el plazo establecido para los demás sancionados, error que me indujo para la presentación del Recurso de Revocatoria en fecha 6 de abril. Situación que no fue considerada pese a la solicitud de complementación y enmienda, declarando improcedente mi Recurso de Revocatoria mediante la Resolución N°393/2011.

IV. PETITORIO

Por lo fundamentado y habiéndose acreditado la vulneración de mis derechos subjetivos así como mis intereses legítimos debido a la inadecuada aplicación del proceso sancionatorio, donde además no se determinó daño económico que sea atribuible a mi persona, y menos aún reincidencia en este tipo de hechos, y por la ausencia de los elementos constitutivos que fundamentan la sanción de multa pecuniaria, en aplicación del numeral I del artículo 11 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 y el artículos 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N°393/2011 de 06 de mayo de 2011 y por consiguiente contra Resolución ASFI/N°264/2011 de fecha 10 de marzo de 2011 que fue declarada improcedente, solicitando además que se admita el Recurso Jerárquico en cumplimiento al artículo 55 del mismo Decreto Supremo y se deje sin efecto las resoluciones recurridas y por tanto se seje sin efecto la sanción de multa pecuniaria interpuesta a mi persona."

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Antecedentes.-

Con carácter previo a la consideración del recurso interpuesto es importante precisar como antecedente la cronología de hechos, para luego proceder con la compulsa respectiva.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 10 de marzo de 2011 emite

Resolución Administrativa ASFI Nº 264/2011, misma que fue notificada a Javier Hinojosa Santalla, el 15 de marzo de 2011 tal cual se evidencia en la constancia de notificación cursante a fs. 110 siendo está firmada por el propio Javier Hinojosa manifestando su recepción.

Posteriormente en fecha 06 de abril de 2011, Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presentó Recurso de Revocatoria, es decir a los 16 días hábiles administrativos de haberse notificado con la Resolución Administrativa ASFI Nº 264/2011.

Que en fecha 6 de mayo de de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI Nº 393/2011, misma que determina declarar la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por haber sido presentado fuera de plazo establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que reglamenta la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Que, de ello se colige que el presente proceso, versa sobre la improcedencia del Recurso de Revocatoria, por lo que el control de legalidad se hará a la determinación de sí la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero procedió conforme a norma al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Javier Hinojosa Santalla.

1.2. Sobre la incongruencia del Recurso Jerárquico presentado.-

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

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

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

Sin embargo, como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la oportunidad o el plazo, **el contenido o expresión de agravios** y la forma en que deban formularse de tal modo que la petición tenga la suficiente congruencia sobre los agravios sufridos con el acto impugnado; así lo norma el artículo 58 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 que establece que los recursos

administrativos deben ser presentados de manera fundada, cumpliendo con los requisitos y formalidades, en los plazos que establece la Ley; quedando claro que dentro los requisitos de impugnación de un acto administrativo esta pues el manifestar de manera fundada el agravio sufrido en la Resolución Administrativa ahora impugnada.

De la lectura de los antecedentes glosados ut supra, esta demás señalar que el Recurso Jerárquico interpuesto por Javier Hinojosa Santalla contra la Resolución Administrativa 395/2011 de 06 de mayo de 2011 versa sobre aspectos de fondo señalados en la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI Nº 266/2011 de 10 de marzo de 2011, que no puede ser valorada por instancia jerárquica; *primero* porque se estaría atentando contra el principio de jerarquía procesal, siendo instancia revocatoria la llamada por ley a resolver una impugnación de una Resolución Administrativa sancionatoria; y *segundo* porque el derecho de impugnación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 266/2011 – de acuerdo a lo manifestado por la autoridad supervisora – habría precluido por vencimiento del plazo fatal para su impugnación.

Finalmente, es importante aclarar al recurrente que el Recurso Jerárquico interpuesto mediante memorial presentado en fecha 08 de junio de 2011 no expresa de manera fundada y clara los agravios sufridos respecto a la declaratoria de improcedencia del recurso de Revocatoria interpuesto, mas aun si el petitorio expresa la solicitud de que se revoque la Resolución Administrativa ASFI Nº 395/2011 de 06 de mayo de 2011 por que no se determinó daño económico atribuible a su persona ni reincidencia; enunciando simplemente que el Recurso de Revocatoria fue declarado improcedente sin solicitar que dicho aspecto sea valorado; por lo que no corresponde a esta instancia jerárquica entrar a valorar aspectos de fondo esbozados en el memorial de Recurso Jerárquico ni emitir pronunciamiento al respecto; sin embargo en estricto apego al derecho de petición del recurrente e invocando el principio de informalismo en materia administrativa se compulsaran aspectos referentes a los plazos procesales en el procedimiento administrativo.

1.3. Sobre el plazo para la presentación del Recurso de Revocatoria.-

Que el Artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, determina que:

> "*El recurso de Revocatoria deberá ser interpuesto* ***dentro de los (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación*** *o publicación de la resolución impugnada*". (Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, el Artículo 43 del mismo cuerpo legal señala:

> "*Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:*
> *(…) d) Improcedentes.- Cuando el recurso hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos…*"

Que, de conformidad a lo establecido por el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27175, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación

Financiera, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y **son obligatorios, tanto para los sujetos regulados y personas interesadas** (Las Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

Por su parte el Artículo 33 de la citada norma, determina:

> *"I. Los plazos comenzarán a correr a partir del día siguiente hábil administrativo siguiente al de la notificación con las resoluciones, o del día de la celebración del acto administrativo. El cómputo de los plazos fenecerá la última hora hábil del día del vencimiento del plazo, de acuerdo al horario de trabajo de las Superintendencias del SIREFI.*
>
> *II**. Los plazos se vencerán por el simple transcurso del tiempo fijado para los mismos,** sin necesidad de declaración alguna."* (Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Finalmente el Artículo 34 establece:

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

1.4. De la subsunción de la norma al caso en compulsa.-

Conforme se evidencia, en el numeral 1.1. anterior, el Sr. Javier Hinojosa, presentó el Recurso de Revocatoria a los dieciséis días hábiles administrativos de notificada con la Resolución Administrativa sancionatoria, es decir fuera del plazo establecido en normativa.

El recurrente acepta que ha presentado su Recurso de Revocatoria fuera de plazo, sin embargo alega que dicha situación se dio por causas distintas a su voluntad, debido a que, según expresa:

> *"La Resolución ASFI N°264/2011 contraria a las demás resoluciones emitidas para el presente caso **no contiene el artículo referente a la cuenta fiscal** para el depósito de la multa, ni el plazo establecido para los demás sancionados, **ERROR QUE ME INDUJO PARA LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA EN FECHA 6 DE ABRIL**. Situación que no fue considerada pese a la solicitud de complementación y enmienda, declarando improcedente mi Recurso de Revocatoria mediante la Resolución N°393/2011." (Las negrillas, mayúsculas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

El argumento esgrimido por el recurrente, lo cataloga como una **imposibilidad sobreviniente**, por hechos fortuitos no atribuibles a su persona, ni a su voluntad, conforme textualmente se evidencia del memorial cursante a fs. 169 y 170. Por lo que corresponde desarrollar dicha figura jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Adviértase que, si consideramos la culpa como la omisión de la diligencias que debieron adoptarse para prever o evitar el daño, no habrá culpa, y sí caso fortuito, cuando no obstante aplicar esa conducta, el hecho resulta inevitable. Asimismo, importa referirse a que si el hecho es extraordinario o anormal, no es un carácter distinto de la imprevisibilidad e inevitabilidad; la doctrina señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse, lo que sale de lo normal y del curso ordinario de las cosas, no es dable prever.

Asimismo, y siguiendo el precedente que se sigue determinado en la citada Resolución Ministerial Jerárquica, el hecho tiene que ser ajeno al presunto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa, de otra manera estaríamos en una hipótesis que no es precisamente

"causa ajena", por lo que, queda claro que para la aplicación de una de fuerza mayor, caso fortuito o estado de necesidad, **el hecho debe ser imposible de evitar.**

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

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

No debe olvidar el recurrente y conforme ya se anotó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010, el Recurso de Revocatoria, es un acto de impugnación en sede administrativa, que requiere del cumplimento de ciertos requisitos que se establecen desde dos esferas normativas: a) Requisitos formales (presentación por escrito ante autoridad competente en razón de materia en forma fundamentada, con especificación de la resolución impugnada, acreditado personería, señalado domicilio y dentro de la **oportunidad de interposición** –Artículos 38 y 48 del Decreto Supremo N° 27175-); b) Requisitos de orden material o sustancial traducido en el perjuicio actual o razonablemente potencial que limite, desconozca o menoscabe derechos subjetivos o intereses legítimos (artículos 37 y 47 del Decreto Supremo N° 27175). Requisitos que no pueden ser soslayados o incumplidos, bajo el principio de legalidad por la que se debe regir el administrador y el administrado, además se debe tomar en cuenta que **las normas legales son de orden público y cumplimiento obligatorio.**

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz," ha obrado conforme a derecho, ya que el mismo fue presentado a los 16 días hábiles administrativos de su notificación y no existe ninguna causal, ni normativa, ni impedimento sobreviniente, que justifique dicha presentación fuera de plazo. Consecuentemente, el recurrente no dio cumplimiento al plazo establecido en el procedimiento administrativo para la admisión y posterior resolución del Recurso de Revocatoria, dando lugar a la improcedencia de su Recurso, en estricta sujeción legal.

Que, de igual manera y no menos importante, es que éste Ministerio, no se pronuncia sobre las demás cuestiones alegadas por el recurrente debido a que no tiene competencia para

conocer sobre cuestiones de fondo ya que el presente proceso versa en cuanto a la impugnación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 442/2011 de 23 de mayo de 2011 misma que determinó la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por Javier Hinojosa Santalla en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda " por haberse presentado fuera de plazo y no así sobre temas de fondo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha dado correcto cumplimiento al procedimiento administrativo establecido declarando la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por haber sido este presentado fuera del plazo procesal establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 correspondiendo confirmar el acto administrativo impugnado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo Nº27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 393/2011 de 6 de mayo de 2011, que declara improcedente el Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 264/2011 de 10 de marzo de 2011.

Regístrese notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 340/2011 DE 13 DE ABRIL DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 044/2011 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 044/2011

La Paz, 14 de septiembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº340/2011 de fecha 13 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº157/2011 de fecha 21 de febrero de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 019/2011 de fecha 10 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 100/2011 de fecha 01 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 9 de mayo de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** representada por el Lic. Herberth Urquiola Maire, según el Testimonio de Poder Nº0706/2001, otorgado en fecha 4 de abril de 2011 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 7 del Distrito Judicial de Tarija a cargo del Dr.

Marco Antonio Ulloa Aguirre, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°340/2011 de fecha 13 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 157/2011 de fecha 21 de febrero de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-48595/2011 con fecha de recepción 13 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°340/2011 de fecha 13 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N°157/2011 de fecha 21 de febrero de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de mayo de 2011, notificado en secretaria en fecha 25 de mayo de 2011, dado que el recurrente no fijó domicilio en la jurisdicción municipal de la sede de funciones de la entidad pública (artículo 33 parágrafo III de la Ley N°2341), se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°340/2011 de fecha 13 de abril de 2011, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 4 de julio de 2011, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos de la recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** a través de sus representantes señores Lic. Herberth Urquiola Maire, Lic. Jaime Cárdenas Saavedra y Dr. Abraham Cruz Mamani, quienes se presentaron como Gerente General a.i., Responsable de la Unidad de Riesgos y Asesor Legal, respectivamente.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

1.1 Informe ASFI/DSR I/R-108849/2010 de 19 de octubre de 2010 sobre inspección de seguimiento de riesgo crediticio con corte al 31 de agosto de 2010.-

Se informó los resultados de la inspección de seguimiento de riesgo crediticio con corte al 31 de agosto de 2010, realizada a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA**; que en concreto se refiere en su numeral 2.2.4, establece:

"***2.2.4 Grupo Económico Churata***

a. Antecedentes

En fecha 30 de julio de 2010, se desembolsó una línea de crédito por $us.52.0 mil al prestatario Rubert Churata Colque, con objeto de cancelar cuatro desembolsos de la línea anterior ($us.32.8 mil) y capital de inversión para nivelación de terrenos ($us.19.0 mil). En la misma fecha, se desembolsó otra línea de crédito a favor de los padres del

Señor Churata, Simón Churata Peñaranda y Catalina Choque, también por $us52.0 mil con el objeto de cancelar cuatro desembolsos originalmente destinados a compra de un tractor y un terreno ($us.32.9 mil) y el resto para capital de inversión para nivelación de terrenos ($us.19.0 mil).

De acuerdo a contratos de obras de noviembre 2005 y noviembre 2006, ambos deudores, Rubert y Simón Churata, figuran como ejecutantes conjuntos de trabajos de nivelación de terrenos y movimiento de tierras con maquinaria pesada, siendo propietarios de un Tractor Pala Cargadora modelo 9-88P, un Tractor Oruga y dos Volquetas grandes. Adicionalmente, los Informes del Oficial de Crédito de julio de 2010, para ambas líneas de crédito, mencionan que existe una garantía hipotecaria de inmueble de 333mts de superficie, ubicado en la Av. Los Molles, de propiedad de Simón Churata Peñaranda y Catalina Choque, que se encuentra compartida para ambos créditos.

b. Vinculación por grupo prestatario

Por lo expuesto en el inciso anterior se determina que los deudores Rubert y Simón Churata forman un grupo prestatario y se encuentran vinculados por propiedad, actividad y garantías, de acuerdo al inciso c, Artículo 50° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que indica que "serán considerados créditos concedidos a un grupo prestatario, los otorgados a personas naturales y/o jurídicas, que mantengan entre sí alguna relación de propiedad, administración, garantías, actividad o destino del crédito, cuando dicha relación determine que tales créditos representen un mismo riesgo crediticio".

c. Incumplimiento a la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y Normativa Vigente

El grupo económico Churata, mantiene a la fecha del presente informe un endeudamiento consolidado de $us.104.0 mil en la entidad, por lo que incumple el artículo 79°, inciso f), de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que indica que "las entidades de intermediación financiera no bancarias, no podrán conceder o mantener créditos con un prestatario o grupo prestatario por más de tres por ciento (3%) de su patrimonio neto". Al 30 de junio de 2010, el patrimonio neto de la entidad alcanzaba a Bs.12.676.0 mil, por lo que el límite legal en moneda extranjera alcanzaba a $us.54.5 mil en el momento del desembolso de las líneas de crédito. A la fecha del presente informe, el límite legal se mantiene en $us.54.5 mil, de acuerdo al patrimonio neto de la entidad al 30/09/2010.

Por lo expuesto, el endeudamiento del grupo económico Churata excede el límite legal del 3% del patrimonio neto de la entidad, extremo que contraviene la mencionada Ley…".

1.2 Nota ASFI/DSR I/R-6618/2011 de 19 de enero de 2011.-

Por nota ASFI/DSR I/R-6618/2011 de 19 de enero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** con los cargos emergentes del informe técnico ASFI/DSR I/R-108849/2010 de 19 de octubre de 2010 y en los términos transcritos a continuación:

"…*De acuerdo con los resultados de la inspección de riesgo crediticio realizada a la entidad con fecha de corte al 31 de agosto de 2010, los cuales se encuentran contenidos en el Informe Técnico ASFI/DSR I/R-108849/2010 de 19 de octubre de 2010, se ha establecido el presunto incumplimiento del inciso f) del artículo* (sic) *de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), al mantener un exceso en el límite de endeudamiento del 3% del patrimonio neto de la entidad por créditos otorgados al grupo económico "Churata".*

En consecuencia y a los efectos del artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Decreto Supremo Nº27175 de 15 de septiembre de 2003 "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera" NOTIFICAMOS a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Catedral de Tarija" Ltda., en la persona de su Gerente General en su condición de representante legal de la entidad, por no haber observado debidamente las disposiciones legales y normativa citadas anteriormente, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de su legal notificación, para que efectúe el descargo o explicación correspondiente debidamente documentado…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

2.1 Nota C.C.GER. Nº 015/2011 de 3 de febrero de 2011.-

Por nota C.C.GER. Nº 015/2011 de 3 de febrero de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** respondió a los cargos de la nota ASFI/DSR I/R-6618/2011 de 19 de enero de 2011, remitiéndose al Informe de Descargo Complementario.

2.2. Informe de Descargo Complementario al Trámite Nº T-476877 de 2 de febrero de 2011.-

Mediante Informe de Descargo Complementario al Trámite Nº T-476877 de 2 de febrero de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** expresa las justificaciones siguientes:

Relación por propiedad:

"…***Crédito a Rubert Churata Colque:***

Con relación a la propiedad de la maquinaria de trabajo del Sr. Rubert Churata Colque al momento de la otorgación de la Línea de Crédito Nº149 por $us.52.000 ya era

propietario del Tractor Oruga Marca Caterpillar Tipo D8K OPEN CANOPO Chasis Nº 77V-6757 Póliza de Importación Nº0211160-113/88 aunque dicha propiedad se demostraba con Poder ante Notario de Fe Pública especial, bastante irrevocable y sustituible para adjudicarse a si mismo (según dispone el Artículo Nº417 del código civil CONTRATO CONSIGO MISMO) y Artículo 592 inciso 6 del código civil "Disponga en la forma que vea más conveniente" y sanear la documentación a nombre del apoderado a favor de Rubert Churata Churata Colque. A los efectos le confiere las facultades inherentes de proceder a la venta real y enajenación perpetua, alquilar, hipotecar, permutar, y/o cualquier otra forma de disposición de la maquinaria de las características ya señaladas, que le confieren sus Sres. Padres a favor de Rubert Churata Colque. El mismo a la fecha ya se encuentra perfeccionado el derecho propietario mediante Documento de Compra Venta con reconocimiento de firmas (documento adjunto).

Crédito a Catalina Basilia Colque Castro de Churata y Simón Churata Peñaranda:

*En relación a la propiedad de la maquinaria de trabajo de Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata ellos cuentan con la siguiente maquinaria: 1) Pala Cargadora Marca Caterpillar Modelo 950 año 1967, serie 90 A-1590, motor 90 A 1590-1642, color amarillo. 2) Pala Cargadora Marca Caterpillar Modelo 988 B, 3) Tractor Oruga D-8N2 Marca Caterpillar Motor 70V25507, chasis Nº 9TC01578*7T2506 color amarillo, 4) Volqueta Marca Volvo F-10, 6) Vagoneta Nissan Tipo Serena, 7) Vagoneta Marca Izusu* (sic) *tipo Bighorn.*

Con toda la descripción anterior, se muestra que cada Prestatario cuenta con su propia herramienta de Trabajo, no existiendo en consecuencia, vinculación de propiedad de herramienta o maquinaria de trabajo..."

Relación por actividad:

"*…Al demostrar que la herramienta de trabajo no es la misma entre ambos prestatarios y que los trabajos que ejecutan lo hacen por separado y de manera independiente, no existe vinculación alguna por actividad, ya que cada uno trabaja con su maquinaria y no existen contratos en común a la fecha de evaluación de los créditos.*

Con relación a la observación del seguimiento de riesgo crediticio en el punto 2.2.4 inciso a) donde se hace mención a contratos de obras en común en noviembre de 2005 y 2006, fechas en que Rubert Churata Colque (quien suscribe juntamente con su padre dicho contrato) aún no era prestatario y no tenia (sic) *relación crediticia con la Cooperativa, ya que Rubert Churata contrae su primer crédito el 21 de mayo 2007, destinado a completar la compra del Tractor oruga "Caterpillar" que* (sic) *hasta la fecha sigue manteniendo como activo fijo. El mencionado contrato donde figuran los Sres. Churata padre e hijo, se refiere a un trabajo que realizan para la empresa de Pedro Gutiérrez, se encuentra en la documentación de un crédito cancelado y hace referencia cuando realmente los Señores Churata trabajaban juntos o sea en el 2006, reiteramos cuando Rubert Churata no era prestatario de la Cooperativa, posterior a eso*

el hijo Ruberth (sic) *Churata, como tiene su propia familia, y es casado, compra el tractor al que ya se hizo referencia a su Padre para tener su propia empresa.*

Por todo lo expresado anteriormente, consideramos que este argumento, no es válido para sostener la conformación de grupo económico, ya que la vinculación mencionada corresponde a fechas en que Rubert Churata Colque NO tenía crédito con la Cooperativa…"

Relación por garantía:

"*…Al no contar con productos crediticios con garantía prendaria de equipos de trabajo y vehículos, se recurre a la garantía hipotecaria de inmueble, razón por la que se acepta la garantía hipotecaria con la figura de Cedente Hipotecario, que es válido legalmente para en caso necesario llegar a ejecutar los créditos.*

En primer lugar se otorga un crédito de $us. 52.000 con la garantía del inmueble de 333 m² de superficie a los prestatarios Catalina Basilia Colque de Churata y Simón Churata Peñaranda, dicha garantía cubre totalmente el importe prestado.

En segundo lugar, se otorga un crédito con cedente hipotecario de $us. 52.000 a Rubert Churata Colque con la garantía hipotecaria del inmueble de 501.75 m2 de superficie de propiedad de Simón y Catalina de Churata, el valor hipotecario de este inmueble solo cobertura para un crédito de $us. 38.935, por lo que complementariamente se recibe en segunda hipoteca el inmueble de 333 m² de superficie, ya que el valor hipotecario alcanza para $us. 66.891 y estaría cubriendo los 52.000 del anterior crédito, más el importe restante para el crédito de Rubert Churata $us 13.065.

En todo caso, las garantías cubren al menos el 100% del capital prestado en los dos créditos, por lo que consideramos que no existe vinculación por garantía, ni riesgo por insuficiencia de garantía, ya que en caso de mora se puede ejecutar ambos créditos a la vez y recuperar el capital prestado.

A la fecha, con las acciones correctivas efectuadas a diciembre 2010, se ha procedido a la separación total de los inmuebles recibidos en garantía, con lo que el inmueble 6011280001526 con valor hipotecario de $us.78.695.55 cubre únicamente el préstamo de los esposos Simón Churata y Catalina Colque de Churata y el inmueble 6011280000775 con valor hipotecario de $us.52.207.59 cubre el crédito refinanciado de Rubert Churata Colque…"

En mérito a ello presenta las conclusiones siguientes:

"*…**2. CONCLUSIONES:***

- *El Art. 50 de la Ley de Bancos y entidades financieras dispone que cuando la relación de vinculación entre los créditos representen un mismo riesgo crediticio, se considerará como grupo prestatario. En este caso, con las aclaraciones efectuadas,*

sobre las vinculaciones mencionadas de propiedad, administración y garantía, creemos que ambos créditos no tienen la relación de vinculación suficiente como para representar un mismo riesgo, toda vez que se ha explicado en relación a la propiedad de las herramientas de trabajo, que cada uno tiene su propia herramienta.

- *En relación a la administración, a pesar de trabajar en el mismo rubro de actividad, cada uno cuenta con su propia herramienta de trabajo, por lo tanto sus ingresos se obtienen por separado, en virtud a contratos de trabajo independientes, no existen contratos en común y cada uno administra independientemente su actividad.*

- *En relación a la garantía, si bien se ha utilizado la figura de cedente hipotecario, que es válida legalmente, los inmuebles hipotecados cubren el 100% del importe prestado, lo cual a criterio nuestro no significa riesgo adicional. Por otra parte, Catalina Colque de Churata y su esposo Simón Churata, son poseedores de un importante patrimonio consolidado, como se ha explicado en lo referente a la vinculación por propiedad, son propietarios de cinco unidades de equipo pesado, vehículos y otros inmuebles, entre ellos tienen además lotes de terreno urbanizados y se dedican también a la actividad de loteamiento y bienes raíces* (sic).

- *Por todas estas razones, al efectuar el análisis y evaluación de ambos créditos, la Cooperativa en ningún momento los ha identificado como grupo prestatario, ya que no concurren los factores que identifican a un grupo económico y su vinculación es solamente familiar y por tener actividades similares, lo cual no representa un mismo riesgo o que el riesgo se incremente por ello; más al contrario, el prestatario goza de un excelente patrimonio, su historial crediticio en la Cooperativa es muy bueno, aspectos que han sido tomados en cuenta como una fortaleza de la familia Churata.*

- *Asimismo, considerando que estos créditos pertenecen a un rubro relacionado al ramo de la construcción y que en los tiempos actuales es muy importante alentar créditos destinados a actividades productivas independientes, que además de ser rentables para los propietarios son generadores de empleo, tan importante para el desarrollo y crecimiento de los sectores deprimidos.*

- *Finalmente, consecuentes con la nueva orientación de las Directrices Básicas para la Gestión de Riesgo Crediticio de la ASFI., como es el de incentivar créditos a la pequeña y mediana empresa (PYME), es que los prestatarios Churata son considerados como crédito PYME calificados por días de mora, tan importantes para nuestra cartera, que no sólo han demostrado solvencia, sino también voluntad de pago en toda la relación crediticia que se ha tenido con ellos hasta la fecha.*

- *En consecuencia, solicitamos a su autoridad, considerar estos argumentos de justificación como válidos, pidiendo que no se apliquen sanciones, toda vez que la idea es siempre trabajar en bien de la Institución que nos cobija y cumpliendo en todo momento la normativa vigente…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°157/2011 DE 21 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N°157/2011 de 21 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta la siguiente fundamentación, respecto a los descargos presentados:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, en relación a los argumentos de descargos presentados por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LTDA.****, se ha establecido lo siguiente:*

Relación de propiedad

- *Al momento de la inspección realizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con corte al 31 de agosto de 2010, no existía documentación que sustente que la maquinaria utilizada por Rubert Churata era de su propiedad, contando la Cooperativa únicamente con el Poder especial, bastante, irrevocable y sustituible N° 0629/2007 de fecha 9 de mayo de 2007, otorgado por el padre de dicho deudor, Simón Churata, para la utilización de un Tractor Oruga D8K. Este hecho es ratificado por la Cooperativa, al enviar, a este Organismo de Supervisión mediante carta C.C. GER. N°02/2011 de fecha 4 de enero de 2011, un documento de compra y venta del mencionado Tractor Oruga D8K de fecha 28 de diciembre de 2010, que suscriben Rubert Churata y sus padres Simón Churata y Basilia Colque. Al respecto, de acuerdo con el artículo 584 del Código Civil "la venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa o transfiere otro derecho al comprador por un precio en dinero", por lo que al momento de la citada inspección, el tractor era de propiedad de Simón Churata y Basilia Colque.*

Relación de actividad

- *La maquinaria de trabajo (1. Pala cargadora Marca Caterpillar, Modelo 950, año 1967, Motor 90 A 1590-1642, 2. Pala cargadora Marca Caterpillar Modelo 988B, 3. Tractor Oruga D-8N2, Marca Caterpillar Motor 70V25507, 4. Volqueta Marca Volvo, Tipo F-12, 5. Volqueta Marca Volvo Tipo F-10, 6. Vagoneta Nissan Serena, 7. Vagoneta Isuzu), utilizada para la actividad de nivelación de terrenos que realizan ambos prestatarios, era de propiedad de Simón Churata, y que, además en la Inspección, se verifico* (sic) *que la Cooperativa no contaba con contratos de obra individuales para Rubert Churata y Simón Churata sino en forma conjunta, estableciéndose que dichos deudores se encontraban vinculados por actividad.*

Relación de garantía

- *En la evaluación de los créditos otorgados a los señores Basilia Colque y Simón Churata por una parte y por otra a Rubert Churata Colque, se advirtió en la inspección efectuada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con corte al 31 de agosto de 2010 que el inmueble con Folio N°6011280001526 de 333 mts2*

garantizaba ambas operaciones. En fecha 29 de diciembre de 2010, como hecho posterior a la Inspección de Seguimiento, la Cooperativa renovó la línea de crédito N°149 por $us.52,000.00 (CINCUENTA Y DOS MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS) de Rubert Churata con la línea de crédito N°157 por $us.44,350.00 (CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) mediante la cual modifica la parte correspondiente a las garantías, habiendo sido levantada la garantía que relacionaba al grupo económico.

Que, los señores Rubert Churata Colque, Catalina Basilia Colque de Churata y Simón Churata Peñaranda al momento de la otorgación de las líneas de crédito N°148 y N°149, cada una por $us.52,000.00 (CINCUENTA Y DOS MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), estaban relacionados como grupo económico por mantener entre sí relación de propiedad, (al haber sido propietarios del Tractor Oruga, Marca Caterpillar); actividad (por existir contratos de trabajo en común); y garantía (por haber otorgado dichos créditos con la garantía del inmueble de 333 mts2.).

Que, los descargos presentados por la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LTDA., no desvirtúan la infracción del inciso f) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), por el exceso incurrido en el endeudamiento del grupo económico "Churata", aspecto evidenciado en la visita de inspección con fecha de corte al 31 de agosto de 2010, según Informe ASFI/DSR I/R-5334/2011 de 17 de enero de 2011. Si bien la Cooperativa en descargos ha acreditado la desvinculación como grupo económico de los señores Rubert Churata Colque, Catalina Basilia Colque de Churata y Simón Churata Peñaranda por propiedad, actividad y garantía, esta desvinculación ha sido realizada de manera posterior a la fecha de la otorgación de los créditos, momento en el cual la entidad se encontraba obligada a observar estrictamente el límite en el endeudamiento del señalado grupo económico "Churata", en consecuencia no se ha sido (sic) *desvirtuado el exceso incurrido, por lo que corresponde la imposición de una sanción administrativa…*"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

"***PRIMERO.-*** *Sancionar a la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LTDA.*** *con la multa de Bs.32,274.00 (TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO 00/100 BOLIVIANOS), equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo para Cooperativas por el incumplimiento a lo dispuesto en el inciso f) artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), con la otorgación de operaciones crediticias al grupo económico "Churata".*

SEGUNDO.- *La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N°4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

TERCERO.- *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia, debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas".*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 16 de marzo de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N°157/2011 de 21 de febrero de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…***IV.- FUNDAMENTACIÓN DE HECHOS.-***

Los créditos otorgados a los Sres. Catalina Basilia Colque de Churata y Simón Churata Peñaranda por un lado y por el otro a Rubert Churata Colque, en ningún momento han sido considerados como créditos que conforman un grupo económico, ya que son Socios que tienen su familia y actividades por separado, si bien trabajan en el mismo rubro, pero los instrumentos de trabajo son propias de cada uno. A continuación se detalla el relacionamiento crediticio con los Sres. Churata:

- ***Antecedentes crediticios del Prestatario Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque de Churata.***

En fecha 14 de agosto de 2001 el prestatario Simón Churata Peñaranda contrae su primer (sic) *obligación crediticia con la Cooperativa por el monto $us. 9.000.- cuyo destino fue para construcción de vivienda, con la garantía hipotecaria de un lote de terreno con un valor hipotecario de $us.18.370.00 ubicado en la zona Lourdes. (Estado de este crédito cancelado)*

En fecha 20 de enero de 2004 apertura su Primer Línea de Crédito Rotatoria N°7 por la suma de $us.40.000 la misma que tuvo dos desembolsos bajo línea N°7, el primero desembolso $us.40.000 y el segundo desembolso de $us.3.000. (Estado actual de la línea Cancelada). Con la garantía hipotecaria de dos inmuebles y 1 terreno ubicados en la zona de Méndez Arcos Tabladita y Lourdes respectivamente. Con un valor hipotecario de $us.18.186.30, 21.952.29 y 22.902.20.

En fecha 19 de mayo de 2006 se apertura la línea de Crédito Rotatoria N°85 a nombre de la Sra. Catalina Basilia Colque Castro de Churata y Simón Churata Peñaranda como deudora y codeudor por la suma de $us.35.000 la misma que tuvo siete desembolsos bajo la línea N°85. (Estado actual de la Línea Cancelada). Con la garantía hipotecaria de dos inmuebles ubicados uno en la zona de Méndez Arcos y en la zona de Tabladita. Con un valor hipotecario de $us.29.487.34 y 42.076.87.

En fecha 15 de julio de 2010 se apertura la línea de Crédito Rotatoria N°148 a nombre de la Sra. Catalina Basilia Colque Castro de Churata y Simón Churata Peñaranda como deudora y codeudor respectivamente por la suma de $us.52.000. (Estado actual de la

Línea vigente) con la garantía hipotecaria de un inmueble ubicado en la zona de Méndez Arcos I Tabladita. Con un valor hipotecario de $us. 78.695.55.

- ***Antecedentes crediticios del Prestatario Rubert Churata Colque.***

En fecha 21 de mayo de 2007 el prestatario Rubert Churata Colque contrae su primer (sic) *obligación crediticia con la Cooperativa para lo cual apertura la Línea de Crédito rotatoria N° 105 por el monto de $us. 35.000.- la misma que tuvo cinco desembolsos bajo* (sic)*, con la garantía de dos inmuebles ubicados en las zonas de Méndez Arcos y Tabladita, con un Valor hipotecario de $us. 23.508.66 y 42.076.87 respectivamente (estado actual de esta línea cancelada).*

En fecha 30 de julio de 2010 se apertura la línea de Crédito Rotatoria N° 149 a nombre de Rubert Churata Colque por la suma de $us. 52.000.- con la garantía de dos inmuebles ubicados en la zona de Méndez Arcos / Tabladita. Con un valor Hipotecario de $us 45.809.85 y 78.695.55 (Estado actual de la línea Vigente)

- ***SUPUESTA VINCULACION POR PROPIEDAD***

En lo que respecta a la vinculación por propiedad, específicamente en lo que se refiere al Tractor Oruga, Marca Caterpillar, Tipo D8K, Open CANOPO, Chasis N°77V-6757, Pó1iza de Importación N° 0211160-113/88, en la fecha de la inspección de riesgo crediticio realizada por la ASFI a la Línea de Crédito N°149 del Prestatario Rubert Churata Colque, existe un poder especial, bastante, irrevocable y sustituible para adjudicarse asimismo (Según dispone el Art. 471 del Código Civil CONTRATO CONSIGO MISMO) y Artículo 592 Inciso 6 del Código Civil, "Disponga en la forma que vea más conveniente" y sanear la documentación a nombre del apoderado a favor de Rubert Churata Colque. A los efectos le confiere las facultades inherentes de proceder a la venta real y enajenación perpetua, alquilar, hipotecar, permutar, y/o cualquier otra forma de disposición del vehículo de las características ya señaladas. Que le confiere el Sr. Simón Churata P. y Catalina B. Colque Castro de Churata a favor del Sr. Rubert Churata Colque. Por lo que hacemos notar que con ese poder que era amplio y suficiente el Tractor es de propiedad de Rubert Churata C. y solo faltaba que se perfeccione el derecho propietario. ***Los padres tienen otra maquinaria*** *con la que trabajan a parte* (sic)*: una Pala Cargadora 950 Caterpillar, Pala Cargadora 988 B Caterpillar, Tractor Oruga D-8N Caterpillar Tipo Camello, Volqueta Volvo F-12, es decir tienen otro equipo y maquinaria con la que realizan sus propios trabajos.*

El contrato de obras que menciona el informe de riesgo crediticio donde el Sr. Pedro Gutiérrez en fecha 20 de noviembre de 2006 contrata los servicios de Simón y Rubert Churata para realizar trabajos de terraplenado de los terrenos del mismo con alquiler de maquinaria pesada fecha en la que el Sr. Rubert Churata Colque ***no tenía ninguna relación crediticia con la Cooperativa Catedral por lo que no era deudor*** *hasta esa fecha de la Cooperativa. En ese tiempo temporalmente estaba trabajando con su padre iniciándose en esta actividad.*

En fecha 09 de mayo de 2007 el Sr. Rubert Churata Colque, compra de sus padres Simón Churata y Catalina Basilia Colque Castro de Churata el Tractor Oruga, Marca Caterpillar, Tipo D8K, Open CANOPO, Chasis N°77V-6757, Póliza de Importación N°0211160-113/88 (Adjunto Poder N°0629/2007).

Con lo que se demuestra que el Sr. Rubert Churata Colque, compra el tractor de sus padres con el crédito solicitado de $us.35.000 que le otorga la Cooperativa para terminar de pagar el saldo del mencionado tractor. Por lo que no existe propiedad común de instrumentos de trabajo. De esta manera llega el Sr. Rubert Churata a adquirir de forma definitiva su propia herramienta de trabajo demostrándose también la independencia de la actividad con relación al padre.

- ***SUPUESTA VINCULACION POR ACTIVIDAD***

Al demostrar que la herramienta de trabajo de propiedad de Rubert Churata Colque, no es la misma que la herramienta de trabajo de propiedad del padre Simón Churata y que además los trabajos que realizan lo hacen cada uno por su cuenta y de manera independiente, no existe vinculación alguna por actividad, ya que el prestatario reiteramos se desenvuelve de manera independiente con maquinaria propia y tiene contratos y/o trabajos independientes de la actividad del padre. Evidentemente la actividad es similar a la del padre pero no existen contratos en común ya que cada cual maneja por separado su actividad.

- ***SUPUESTA VINCULACION POR GARANTIA***

En lo que respecta a la vinculación por garantía evidentemente los inmuebles son de propiedad del Sr. Simón Churata P. y Catalina Basilia Colque Castro de Churata padres del Sr. Rubert Churata, pero en el Crédito, los padres solamente firman como Cedentes Hipotecarios y no son prestatarios comunes, con lo que el crédito está debidamente garantizado.

V.- FUNDAMENTACIÓN DE DERECHO.-

1.- FALTA DE TIPIFICACION PARA GRUPO ECONOMICO.- *El articulo 79 inciso f) relacionado con el articulo 50 inciso c) ambos de la Ley 1488 establece con claridad a que se considera crédito concedido a grupo prestatario. Para la norma pueden ser personas naturales y/o jurídicas y deben mantener entre ellos una relación de propiedad, administración, garantía, actividad o destino del crédito,* ***además esa relación debe determinar que los créditos representan un mismo riesgo crediticio.*** *Conforme a la RESOLUCION ASFI N°157/2011 la relación fue de propiedad, actividad y garantía.*

Conforme a la RESOLUCION ASFI N°157/2011, los créditos del Sr. Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata y del Sr. Rubert Churata Colque tienen una relación de propiedad, actividad y garantía. Al respecto debemos mencionar:

1. SUPUESTA RELACION DE PROPIEDAD.- *No existe un solo documento que demuestre plenamente que alguno de los bienes inmuebles, muebles (herramientas, tractores, etc.) sean simultáneamente de propiedad de los esposos Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata con su hijo Rubert Churata Colque (que los tres sean propietarios). En cuanto al TRACTOR ORUGA MARCA CATERPILAR TIP D8K OPEN CANOPO, CHASIS 77V-6757 mediante poder N°629/2007 los esposos Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Cuarta* (sic) *faculta disponer a cualquier titulo el bien, incluso adjudicarse. Acudiendo al extremo del perfeccionamiento del derecho propietario, hasta antes del 28-12-2010 estaban a nombre de los esposos Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Cuarta* (sic) *a partir del 28-12-2010 se perfecciona a nombre de Rubert Churata Colque; dicho de otro manera, durante los créditos tenían un dueño y posteriormente otro (el hijo), reiterando que Rubert Churata Colque tenía facultades ilimitadas sobre el tractor con el poder que tenía antes de perfeccionar el derecho propietario.-*

2. SUPUESTA RELACION DE ACTIVIDAD.- *Lo mencionado en la SENTENCIA ASFI 157/2011 (página 4) no es evidente, ya que los esposos Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata tenían contratos diferentes al de su hijo Rubert Churata Colque, actividad con diferentes personas y lugares diferentes, al respecto se acompaña documentación. Agregar además que sus ingresos son por trabajos diferentes y con herramientas distintas.-*

3. SUPUESTA RELACION DE GARANTIA.- *En el crédito de Rubert Churata Colque sus padres se constituyen en cedentes hipotecarios, no están como prestatarios comunes. Además agregar que son inmuebles diferentes y que el valor de los inmuebles garantizan plenamente los créditos concedidos y por tanto no existe un mismo riesgo crediticio al que se refiere el artículo 50 inciso c) últimas líneas.-*

Para la ley, además de la relación que pueda existir de propiedad, administración, garantía, actividad o destino del crédito, debe (sic) *necesariamente tales créditos representar un mismo riesgo crediticio. En nuestro caso los créditos concedidos tienen una relación muy efímera y tales créditos no representan un mismo riesgo crediticio, por lo menos es este* ***supuesto riesgo crediticio que no se explica*** *en la RESOLUCIÓN ASFI N°157/2011, no menciona donde está el riesgo de estos créditos, como se presenta el supuesto riesgo y si estos riesgos son lo mismo.-*

Asimismo, es importante remarcar la inexistencia de riesgo en el presente caso por los siguientes aspectos:

En el marco del negocio financiero el principio fundamental para la otorgación de créditos es la capacidad de pago del prestatario, su historial crediticio y su voluntad de pago, las garantías son subsidiarias y en caso de tener que llegar a ejecutar el capital prestado estaría cubierto al 100%. Para la otorgación de los préstamos se hicieron los respectivos análisis antes de la otorgación donde reiteramos que no existe el mismo riesgo crediticio.

Por otra parte es necesario mencionar que nosotros otorgamos el 85% sobre el valor hipotecario del inmueble como medida prudencial, de tomarse el 100% del valor comercial ambos créditos estarían solo con una garantía hipotecaria y coberturados.

En el supuesto de que los prestatarios Simón y Catalina Churata entren a ejecución y se tenga que rematar el inmueble de 333.75 m2 no existe riesgo alguno debido a que el valor comercial es de $us.92.583., y siendo el saldo deudor a capital $us.52.000 todavía nos quedaría $us.40.583., este ultimo monto incluso podría cubrir gran parte del crédito del Sr. Rubert Churata.

En el supuesto de que el prestatario Rubert Churata C. entre a ejecución y se tenga que rematar, primeramente se remataría el inmueble de 501.75 m2 que tiene un valor comercial de $us.53.893.95 y siendo el saldo deudor $us.52.000 todavía nos queda un saldo a favor.

En los análisis realizados debemos hacer notar que estos créditos vienen siendo cancelados hasta la fecha en forma regular por tanto su capital a la fecha es menor y están mas coberturados.

Además, si después de rematados los inmuebles todavía existiera saldo de capital impago estos serían menores y podrían ser cubiertos con la venta de alguna de su maquinaria que tiene un valor considerable. Además los prestatarios desde que iniciaron su relación crediticia con la Cooperativa mantienen o demuestran capacidad, voluntad y cultura de pago.

Por todo lo expresado consideramos que los créditos otorgados no representan un mismo riesgo crediticio.

2.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA.- *La Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de Septiembre de 2.005, dispone "....Respecto a la debida adecuación entre gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para la graduación, además de los contenidos en la norma de carácter sancionador: a)* ***la existencia de intencionalidad, dolo,*** *culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los* ***perjuicios causados*** *y; c) la* ***reincidencia en la comisión****".-*

También se tiene la propia Resolución ASFI N° 157/2011 QUE EXPRESA EN LA HOJA Nº 6: ".....c) la Cooperativa actualmente ha regularizado el exceso incurrido, d) ausencia de reincidencia y e) inexistencia de perjuicios a terceros...."

De lo mencionado podemos decir que, para la aplicación de toda sanción la ASFI debe considerar LAS AGRAVANTES Y ATENUANTES que encontraron en el supuesto posible exceso. En el caso que nos ocupa a todas luces se tiene que no existe intencionalidad, dolo, no hay perjuicio a terceros ni a la Cooperativa, tampoco hay reincidencia; es decir, existen atenuantes; sin embargo, la ASFI sin considerar estas atenuantes aplica como sanción el MAXIMO DEL 3% DEL CAPITAL MINIMO de la Cooperativa.-

*Debe comprenderse que cuando las sanciones son por **MONTOS MENORES** debe aplicarse entre el 20% al 50% del exceso incurrido: así si el exceso fuera Bs. 1.000 tomando en cuenta las atenuantes la sanci6n será 20% (Bs. 200); si fuera por segunda vez podrá ser 30% (Bs. 300) o mas; si existiere dolo podrá ser 40% (Bs. 400); si fuera con perjuicio y en forma reiterada será 50% (Bs. 500). Pero si a la primera falta y sin agravantes aplicamos el 50%, no existe proporcionalidad.-*

*Para el caso de **MONTOS MAYORES AL 3% DEL CAPITAL** mínimo, la norma establece que la sanción **no debe exceder al 3% de dicho capital mínimo**; es decir, puede ser el 1%, el 2%, el 2,5% o el 2,9%. En nuestro caso, nos sancionan con el máximo, pero, qué ocurre si en el futuro se presenta otra falta con dolo ¿también se aplicará el 3% del capital mínimo?, y que sanción se impondrá si luego existe una tercera falta reiterada y con perjuicio ¿se sancionará nuevamente con el 3% del capital mínimo?, donde está ¿la proporcionalidad, las atenuantes y agravantes? Por este motivo considero que no se aplico* (sic) *la sanción observando la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005.-*

Para complementar, debo manifestar que la sanción impuesta será repetida contra el o los funcionarios de la Cooperativa, lo cual es un agravio y perjuicio también para los funcionarios.-

VI.- OBJETO.-

Este recurso lo presentamos porque la ley lo permite, el objeto es que la autoridad administrativa llamada por Ley revise la RESOLUCIÓN ASFI N°157/2011 y corrija los agravios expresados.-

VII.- DISPOSICIONES QUE FUNDAMENTA (sic) ***EL RECURSO IMPUGNATICIO.-***

1. Constitución Política del Estado Plurinacional, artículo 24.-

2. Ley 1488, artículos 50 inciso c); artículo 79 inciso f) y artículo 141.-

3. Ley N° 2341, artículo 20 inciso a) y artículo 56 y artículo 64.-

4. Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), TITULO XIII, CAPITULO II, SECCION 3 Y ARTÍCULO 2.-

VIII.- PETITORIO.-

Por lo mencionado, solicito a su autoridad dé al presente recurso el tratamiento establecido en las normas administrativas vigentes y remita para ante la autoridad llamado (sic) *por ley para que la misma cumplida* (sic) *las formalidades y trámites de rigor REVOQUE LA RESOLUCIÓN ASFI N°157/2011 Y dicte RESOLUCION declarando SIN LUGAR A SANCION o aplique una multa menor tomando en cuenta las atenuantes que sería el 1% del capital mínimo de la Cooperativa…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 340/2011 DE 13 DE ABRIL DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº340/2011 de 13 de abril de 2011 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA**, se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº157/2011 de 21 de febrero de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

La Pertinencia del Recurso y alcance de la Resolución de Revocatoria

Que, en el procedimiento administrativo, se distinguen dos etapas procedimentales: Una primera, de formación de la voluntad administrativa y otra de fiscalización o impugnación, siendo que en la segunda etapa los administrados participan a través de los recursos administrativos que tienen por objeto promover el control de legitimidad y oportunidad del acto cuando se ha vulnerado, desconocido o incumplido un derecho subjetivo del administrado.

Que, en ese entendido la Resolución de Revocatoria como forma de control de los actos administrativos, abarca la fiscalización progresiva de la competencia, motivación, comprobación, calificación y finalidad del acto administrativo, teniendo en cuenta los derechos subjetivos que dicho acto hubiese desconocido.

Que, tales conceptos han sido recogidos por nuestra legislación a través de las siguientes normas:

- *Los recursos administrativos proceden contra toda clase de Resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudiesen causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. (art. 56 de la Ley Nº2341 de 23 de abril de 2002).*

- *Los recursos sólo podrán ser deducidos por quienes invoquen un derecho subjetivo o interés legítimo lesionados, de manera actual o inminente por el acto objeto de impugnación. Se fundamentará, en razones de ilegitimidad por vicios de nulidad a anulabilidad existentes al momento de su emisión (art. 117 del Decreto Supremo Nº27113 de 23 de Julio de 2003).*

Que, de la revisión del recurso, se evidencia que no especifica el derecho subjetivo de protección legal que estuviese siendo infringido, aspecto que limita la contrastación de los agravios expresados con la normativa vigente.

Que, en ese entendido, en la presente Resolución se realizará un control del acto impugnado, teniendo en cuenta que el recurrente principalmente ha observado

elementos inherentes a la tipificación de la falta, la proporcionalidad de la sanción y los derechos afectados de los funcionarios.

CONSIDERANDO:

Control del acto administrativo recurrido, de acuerdo a los agravios expresados en el recurso de Revocatoria

a) Sobre la relación de propiedad, administración, garantías, actividad del grupo económico.

Que, el inciso c artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº. 1488 (Texto ordenado), realiza la siguiente definición sobre los grupos prestatarios:

"Serán considerados créditos concedidos a un grupo prestatario los otorgados a personas naturales y/o jurídicas, que mantengan entre sí alguna relación de propiedad, administración, garantías, actividad o destino del crédito, cuando dicha relación determine que tales créditos representen un mismo riesgo crediticio".

Que, bajo esa concepción legal y en el marco del Recurso de Revocatoria, corresponde evaluar si efectivamente concurren los elementos que permitan afirmar la existencia de vínculos de propiedad, garantía y actividad en el grupo económico "Churata" y si estos vínculos representan un mismo riesgo.

a.1 Sobre la relación de propiedad

Que, en el Recurso de Revocatoria se expresa que no existe documento alguno que acredite que las herramientas de trabajo sean de propiedad simultanea de Simón Churata Peñaranda, Catalina Basilia Colque Castro y su hijo Robert Churata Colque, admitiendo que hasta el 28 de diciembre de 2010, el derecho propietario del Tractor Oruga can Chasis 77V - 6757 no había sido perfeccionado a nombre de Robert Churata, sino que este contaba con un poder amplio de disposición.

Que, conforme lo expresan (sic) *el recurrente y si bien no ha existido relación de copropiedad entre el Señor Robert Churata, utilizaba el tractor de su padre para generar los recursos económicos para el pago de la obligación.*

a.2 Sobre la relación de actividad

Que, en el Recurso de Revocatoria, se hace notar que los contratos que fueron objeto de análisis por parte de esta Autoridad, para determinar la vinculación por actividad del grupo Churata, datan de los años 2005 y 2006, tiempo en el que aún no se había otorgado ningún crédito al señor Robert Churata.

Que, además se afirma que lo mencionado en la Resolución sancionatoria no es evidente, ya que los esposos Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro

De Churata tenían contratos diferentes al de su hijo, actividad con diferentes personas y lugares diferentes, para lo cual acompañan contratos y agregan que los ingresos son por trabajos diferentes con herramientas distintas.

Que, aún cuando la documentación que los recurrentes dicen adjuntar no se halla aparejada al recurso, se tiene presente el documento privado de fecha 18 de agosto de 2006 que acredita que el señor Simón Churata Peñaranda tenía una relación individual de trabajo sin la participación de Robert Churata.

Que, de esa manera se establece que en forma anterior al crédito desembolsado en fecha 30 de julio de 2010 a favor de Robert Churata, el señor Simón Churata Peñaranda realizaba trabajos individuales y conjuntos con el señor Robert Churata.

Que, asimismo e independientemente del momento en el (sic) *señor Robert Churata y Simón Churata trabajaban juntos, queda claro que ambos tienen idénticas actividades y que el Señor Robert Churata trabajaba con el Tractor de Simón Churata hasta el año 2010 inclusive, año en el que solicita un crédito para la adquisición del tractor, perfeccionando su derecho propietario recién el 28 de diciembre de 2010.*

Que, en ese entendido y para comprender la relación de la actividad en función al riesgo crediticio que representa, debe tenerse en cuenta que la fuente de pago del crédito otorgado al Señor Robert Churata deviene de una misma actividad realizada a través de una herramienta de trabajo común hasta el año 2010 inclusive, razones por las cuales se configura la tipología de grupo económico prevista por el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto ordenado).

a.3 Sobre la relación de garantía

Que, al respecto, los recurrentes señalan que los padres del señor Rubert Churata Colque, se constituyeron en cedentes hipotecarios y no así en prestatarios comunes y que el valor de los inmuebles garantizan plenamente los créditos, constituyéndose en un reconocimiento expreso sobre esta relación.

Que, lo afirmado por los recurrentes no es evidente, en virtud a que en el contrato de desembolso con cargo a la línea de crédito de fecha 28 de julio de 2010, los padres de Robert Churata firman el contrato en su calidad de prestatarios garantizando el contrato con la generalidad de sus bienes.

a.4 Sobre la supuesta falta de tipificación de la falta

Que, en lo que respecta a este punto, el recurrente asevera que la Resolución ASFI N°157/2011, no menciona donde está el riesgo de estos créditos, como se presenta el supuesto riesgo y si estos riesgos son los mismos.

Que, en este procedimiento sancionador, se ha establecido que en el caso de los deudores Simón Churata (padre) y Rubert Churata (hijo), existe una vinculación por

propiedad que implica un mismo riesgo crediticio, ya que al ser propietario Simón Churata (padre), de la maquinaria que es utilizada por ambos deudores en un rubro común, existe el riesgo de que un incumplimiento en el repago de sus obligaciones financieras, implique la posibilidad de que sus bienes también sean objeto de cobro como parte de pago, por tanto se afecta de forma directa a la actividad económica de su hijo, Rubert Churata, quien genera ingresos utilizando maquinaria de propiedad - que hasta el año 2010- pertenecía a su padre. En consecuencia, el hecho de que dicha maquinaria o trabajo pueda verse afectado por el impago de los créditos de Simón Churata, tendría como resultado el impago de los créditos de Rubert Churata, por lo que la mencionada vinculación implica un mismo riesgo crediticio.

Que, de esta manera se evidencia que en la Resolución Sancionatoria, se ha fundamentado de manera concreta la relación de actividad, de propiedad y de garantía, adecuando dicha fundamentación a la definición de grupo económico que realiza el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en virtud a que al existir dicha vinculación se genera un mismo riesgo crediticio.

b) Sobre la proporcionalidad de la sanción

Que, los recurrentes han manifestado que la sanción impuesta en la Resolución sancionatoria es desproporcional en virtud a que se habría aplicado la sanción más dura prevista por el numeral 2 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993.

Que, para establecer si evidentemente se ha aplicado la sanción más dura, corresponde tener presente la Resolución Sancionatoria ha aplicado el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas de la Recopilación de Políticas para Bancos y Entidades Financieras, se prevé la imposición de una sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo.

Que, en el caso que nos ocupa no ha existido un criterio desproporcional en la aplicación de las sanciones, en virtud a que se han considerado los parámetros de la Resolución SIREFI RJ 014/2008 dejando de aplicar la sanción más fuerte que hubiera sido el veinte por ciento del exceso incurrido.

Que, en efecto, en el caso que nos ocupa, el veinte por ciento del límite transgredido ascendía al monto de Bs.68,893.26 (Sesenta y ocho mil ochocientos noventa y tres 26/100 Bolivianos), mientras que la entidad fue sancionada con el monto de Bs.32,274.00 (Treinta y dos mil doscientos setenta y cuatro 00/100 bolivianos) que corresponde al 3% del capital mínimo de la Cooperativa, y que es el mínimo de la sanción que se puede imponer de acuerdo las norma (sic) *precitada de la Recopilación de Políticas para Bancos y Entidades Financieras…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 9 de mayo de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL**

DE TARIJA" LIMITADA interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°340/2011 de 13 de abril de 2011, expresando lo siguiente:

"…***IV.- FUNDAMENTACIÓN DE HECHOS.-***

Los créditos otorgados a los Sres. Catalina Basilia Colque de Churata y Simón Churata Peñaranda por un lado y por el otro a Rubert Churata Colque, en ningún momento han sido considerados como créditos que conforman un grupo económico, ya que son Socios que tienen su familia y actividades por separado, si bien trabajan en el mismo rubro, pero, lo que tiene que ***demostrarse es que dicha relación determine que tales créditos representen un mismo riesgo crediticio*** *(art. 50 inc. c) de la LEY 1488), además los instrumentos de trabajo son propios de cada uno. A continuación se detalla el relacionamiento crediticio con los Sres. Churata:*

- ***Antecedentes crediticios del Prestatario Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque de Churata.***

En fecha 14 de agosto de 2001 el prestatario Simón Churata Peñaranda contrae su primer (sic) obligación crediticia con la Cooperativa por el monto $us.9.000.- cuyo destino fue para construcción de vivienda, con la garantía hipotecaria de un lote de terreno con un valor hipotecario de $us.18.370.00 ubicado en la zona Lourdes. (Estado de este crédito cancelado)

En fecha 20 de enero de 2004 apertura su Primer (sic) Línea de Crédito Rotatoria N°7 por la suma de $us.40.000 la misma que tuvo dos desembolsos bajo línea N°7, el primero desembolso $us.40.000 y el segundo desembolso de $us.3.000. (Estado actual de la línea Cancelada). Con la garantía hipotecaria de dos inmuebles y 1 terreno ubicados en la zona de Méndez Arcos Tabladita y Lourdes respectivamente. Con un valor hipotecario de $us.18.186.30, 21.952.29 y 22.902.20.

En fecha 19 de mayo de 2006 se apertura la línea de Crédito Rotatoria N°85 a nombre de la Sra. Catalina Basilia Colque Castro de Churata y Simón Churata Peñaranda como deudora y codeudor por la suma de $us.35.000 la misma que tuvo siete desembolsos bajo la línea N° 85. (Estado actual de la Línea Cancelada). Con la garantía hipotecaria de dos inmuebles ubicados uno en la zona de Méndez Arcos y en la zona de Tabladita. Con un valor hipotecario de $us.29.487.34 y 42.076.87.

En fecha 15 de julio de 2010 se apertura la línea de Crédito Rotatoria N°148 a nombre de la Sra. Catalina Basilia Colque Castro de Churata y Simón Churata Peñaranda como deudora y codeudor respectivamente por la suma de $us.52.000. (Estado actual de la Línea vigente) con la garantía hipotecaria de un inmueble ubicado en la zona de Méndez Arcos / Tabladita. Con un valor hipotecario de $us.78.695.55.

- ***Antecedentes crediticios del Prestatario Rubert Churata Colque.***

En fecha 21 de mayo de ***2007*** *el prestatario Rubert Churata Colque* ***contrae su primer***

(sic) ***obligación crediticia*** *con la Cooperativa para lo cual apertura la Línea de Crédito rotatoria N°105 por el monto de $us.35.000.- la misma que tuvo cinco desembolsos bajo, con la garantía de dos inmuebles ubicados en las zonas de Méndez Arcos y Tabladita, con un Valor hipotecario de $us.23.508.66 y 42.076.87 respectivamente (estado actual de esta línea cancelada).*

En fecha 30 de julio de 2010 se apertura la línea de Crédito Rotatoria N°149 a nombre de Rubert Churata Colque por la suma de $us. 52.000.- con la garantía de dos inmuebles ubicados en la zona de Méndez Arcos / Tabladita. Con un valor Hipotecario de $us.45.809.85 y 78.695.55 (Estado actual de la línea Vigente)

- ***SUPUESTA VINCULACION POR PROPIEDAD***

En lo que respecta a la vinculación por propiedad, específicamente en lo que se refiere al Tractor Oruga, Marca Caterpillar, Tipo D8K, Open CANOPO, Chasis N°77V -6757, Póliza de Importación N°0211160-113/88, en la fecha de la inspección de riesgo crediticio realizada por la ASFI a la Línea de Crédito N°149 del Prestatario Rubert Churata Colque, existe un poder especial, bastante, irrevocable y sustituible para adjudicarse asimismo (Según dispone el Art. 471 del Código Civil CONTRATO CONSIGO MISMO) y Artículo 592 Inciso 6 del Código Civil, ***"Disponga en la forma que vea más conveniente"*** *y sanear la documentación a nombre del apoderado a favor de Rubert Churata Colque; es decir, podía actuar y disponer a cualquier título incluso. A los efectos le confiere las facultades inherentes de proceder a la venta real y enajenación perpetua, alquilar, hipotecar, permutar, y/o cualquier otra forma de disposición del vehículo de las características ya señaladas. Que le confiere el Sr. Simón Churata P. y Catalina B. Colque Castro de Churata a favor del Sr. Rubert Churata Colque. Por lo que hacemos notar que con ese poder que era amplio y suficiente el Tractor es de propiedad de Rubert Churata C. y solo faltaba que se perfeccione el derecho propietario.* ***Los padres tienen otra maquinaria*** *con la que trabajan aparte: una Pala Cargadora 950 Caterpillar, Pala Cargadora 988 B Caterpillar, Tractor Oruga D-8N Caterpillar Tipo Camello, Volqueta Volvo F-12, es decir tienen otro equipo y maquinaria con la que realizan sus propios trabajos.*

El contrato de obras que menciona el informe de riesgo crediticio donde el Sr. Pedro Gutiérrez en fecha 20 de noviembre de 2006 contrata los servicios de Simón y Rubert Churata para realizar trabajos de terraplenado de los terrenos del mismo con alquiler de maquinaria pesada fecha en la que el Sr. Rubert Churata Colque ***no tenía ninguna relación crediticia con la Cooperativa Catedral por lo que no era deudor*** *hasta esa fecha de la Cooperativa. En ese tiempo temporalmente estaba trabajando con su padre iniciándose en esta actividad.*

En fecha 09 de mayo de 2007 el Sr. Rubert Churata Colque compra de sus padres Simón Churata y Catalina Basilia Colque Castro de Churata el Tractor Oruga, Marca Caterpillar, Tipo D8K, Open CANOPO, Chasis N°77V-6757, Póliza de Importación N°0211160113/88 (Adjunto Poder N°0629/2007).

Con lo que se demuestra que el Sr. Rubert Churata Colque, compra el tractor de sus

padres con el crédito solicitado de $us.35.000 que le otorga la Cooperativa para terminar de pagar el saldo del mencionado tractor. Por lo que no existe propiedad común de instrumentos de trabajo. De esta manera llega el Sr. Rubert Churata a adquirir de forma definitiva su propia herramienta de trabajo demostrándose también la independencia de la actividad con relación al padre.

- ***SUPUESTA VINCULACION POR ACTIVIDAD***

Al demostrar que la herramienta de trabajo de propiedad de Rubert Churata Colque, no es la misma que la herramienta de trabajo de propiedad del padre Simón Churata (quienes tienen otras herramientas) y que además los trabajos que realizan lo hacen cada uno por su cuenta y de manera independiente, no existe vinculación alguna por actividad, ya que el prestatario reiteramos se desenvuelve de manera independiente con maquinaria propia y tiene contratos y/o trabajos independientes de la actividad del padre. Evidentemente la actividad es similar a la del padre pero no existen contratos en común ya que cada cual maneja por separado su actividad.

- ***SUPUESTA VINCULACION POR GARANTIA***

En lo que respecta a la vinculación por garantía evidentemente los inmuebles son de propiedad del Sr. Simón Churata P. y Catalina Basilia Colque Castro de Churata padres del Sr. Rubert Churata, pero en el Crédito, los padres solamente firman como Cedentes Hipotecarios y no son prestatarios comunes, con lo que el crédito está debidamente garantizado.

V.- FUNDAMENTACION DE DERECHO.-

1.- FALTA DE TIPIFICACION PARA GRUPO ECONOMICO.- *El articulo 79 inciso f) relacionado con el articulo 50 inciso c) ambos de la Ley 1488 establece con claridad a que se considera crédito concedido a grupo prestatario. Para la norma pueden ser personas naturales y/o jurídicas y deben mantener entre ellos una relación de propiedad, administración, garantía, actividad o destino del crédito,* ***además esa relación debe determinar que los créditos representan un mismo riesgo crediticio****. Conforme a la RESOLUCION ASFI 157/2011, los créditos del Sr. Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata y del Sr. Rubert Churata Colque tienen una relación de propiedad, actividad y garantía. Al respecto debemos mencionar:*

1. SUPUESTA RELACION DE PROPIEDAD.- *No existe un solo documento que demuestre plenamente que alguno de los bienes inmuebles, muebles (herramientas, tractores, etc.) sean simultáneamente de propiedad de los esposos Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata con su hijo Rubert Churata Colque (que los tres sean propietarios). En cuanto al TRACTOR ORUGA MARCA CATERPILAR TIP D8K OPEN CANOPO, CHASIS 77V-6757 mediante poder N°629/2007 los esposos Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Cuarta* (sic) *faculta disponer a cualquier título el bien, incluso adjudicarse. Acudiendo al extremo del perfeccionamiento del derecho propietario, hasta antes del 28-12-2010 estaban a nombre de los esposos Simón*

Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Cuarta a partir del 28-12-2010 se perfecciona a nombre de Rubert Churata Colque; dicho de otro manera, durante los créditos tenían un dueño y posteriormente otro (el hijo), reiterando que Rubert Churata Colque tenía facultades ilimitadas sobre el tractor con el poder que tenía antes de perfeccionar el derecho propietario.-

2. SUPUESTA RELACION DE ACTIVIDAD.- *Lo mencionado en la SENTENCIA ASFI 157/2011 (página 4) no es evidente, ya que los esposos Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata tenían contratos diferentes al de su hijo Rubert Churata Colque, actividad con diferentes personas y lugares diferentes, al respecto se acompaña documentación. Agregar además que sus ingresos son por trabajos diferentes y con herramientas distintas.-*

3. SUPUESTA RELACION DE GARANTIA.- *En el crédito de Rubert Churata Colque sus padres se constituyen en cedentes hipotecarios, no están como prestatarios comunes. Además agregar que son inmuebles diferentes y que el valor de los inmuebles garantizan plenamente los dos créditos concedidos y por tanto no existe un mismo riesgo crediticio al que se refiere el artículo 50 inciso c) últimas líneas.-*

Para la ley, además de la relación que pueda existir de propiedad, administración, garantía, actividad o destino del crédito, debe (sic) *necesariamente tales créditos representar un mismo riesgo crediticio. En nuestro caso los créditos concedidos tienen una relación muy efímera y tales créditos no representan un mismo riesgo crediticio, por lo menos es este* ***supuesto riesgo crediticio que no se explica*** *en la RESOLUCION ASFI 157/2011 ni en la RESOLUCION ASFI 340/2011 que confirma la anterior, no menciona donde está el riesgo de estos créditos, como se presenta el supuesto riesgo y si estos riesgos son lo mismo, qué agravantes se tiene para aplicar esta sanción.-*

Asimismo, es importante remarcar la inexistencia de riesgo en el presente caso por los siguientes aspectos:

En el marco del negocio financiero el principio fundamental para la otorgación de créditos es la capacidad de pago del prestatario, su historial crediticio y su voluntad de pago, las garantías son subsidiarias y en caso de tener que llegar a ejecutar el capital prestado estaría cubierto al 100%. Para la otorgación de los préstamos se hicieron los respectivos análisis antes de la otorgación donde reiteramos que no existe el mismo riesgo crediticio.

Por otra parte es necesario mencionar que nosotros otorgamos el 85% sobre el valor hipotecario del inmueble como medida prudencial, de tomarse el 100 % del valor comercial ambos créditos estarían solo con una garantía hipotecaria y coberturados totalmente.

En el supuesto caso que los prestatarios Simón y Catalina Churata entren a ejecución y se tenga que rematar el ***inmueble de 333.75 m2*** *no existe riesgo alguno debido a que el valor comercial es de $us.92.583., y siendo el saldo deudor a capital $us.52.000 todavía*

nos quedaría $us.40.583., este último monto incluso podría cubrir gran parte del crédito del Sr. Rubert Churata. No hay riesgo crediticio.-

En el supuesto de que el prestatario Rubert Churata C. entre a ejecución y se tenga que rematar, primeramente se remataria el ***inmueble de 501.75 m2*** *que tiene un valor comercial de $us.53.893.95 y siendo el saldo deudor $us.52.000 todavía nos queda un saldo a favor. Dicho de otra manera no hay riesgo alguno.-*

En los análisis realizados debemos hacer notar que estos créditos vienen siendo cancelados hasta la fecha en forma regular por tanto su capital a la fecha es menor y están mas coberturados que antes. Tampoco hay un mismo riesgo que se presente.-

Además, si después de rematados los inmuebles todavía existiera saldo de capital impago estos serian menores y podrían ser cubiertos con la venta de alguna de su maquinaria que tiene un valor considerable. Además los prestatarios desde que iniciaron su relación crediticia con la Cooperativa mantienen o demuestran capacidad, voluntad y cultura de pago. Todos estos elementos demuestran con total claridad que no existió, no existe ni existirá un mismo riesgo en los créditos otorgados.-

Por todo lo expresado consideramos que los créditos otorgados no representan un mismo riesgo crediticio, debido a que se trata de créditos totalmente independientes y que no exceden del 3% sobre el patrimonio neto y que las garantías cubren el 100 % del capital prestado.

2.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA.- *La Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de Septiembre de 2005, dispone "....Respecto a la debida adecuación entre gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para la graduación, además de los contenidos en la norma de carácter sancionador: a)* ***la existencia de intencionalidad, dolo,*** *culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los* ***perjuicios causados*** *y; c) la* ***reincidencia en la comisión****".-*

También se tiene la propia Resolución ASFI N°157/2011 QUE EXPRESA EN LA HOJA N°6: ".....c) la Cooperativa actualmente ha regularizado el exceso incurrido, d) ausencia de reincidencia y e) inexistencia de perjuicios a terceros...."

De lo mencionado podemos decir que, para la aplicación de toda sanción la ASFI debe considerar LAS AGRAVANTES Y ATENUANTES que encontraron en el supuesto posible exceso. En el caso que nos ocupa a todas luces se tiene que no existe intencionalidad, dolo, no hay perjuicio a terceros ni a la Cooperativa, tampoco hay reincidencia; es decir, existen atenuantes; sin embargo, la ASFI sin considerar estas atenuantes aplica como sanción el MAXIMO DEL 3% DEL CAPITAL MINIMO de la Cooperativa.-

Debe comprenderse que cuando las sanciones son por ***MONTOS MENORES*** *debe aplicarse entre el 20% al 50% del exceso incurrido: así si el exceso fuera Bs.1.000 tomando en cuenta las atenuantes la sanción será 20% (Bs.200); si fuera por segunda vez podrá ser*

30% (Bs.300) o mas; si existiere dolo podrá ser 40% (Bs.400); si fuera con perjuicio y en forma reiterada será 50% (Bs.500). Pero si a la primera falta y sin agravantes aplicamos el 50%, no existe proporcionalidad.-

Para el caso de ***MONTOS MAYORES AL 3% DEL CAPITAL*** *mínimo, la norma establece que la sanción* ***no debe exceder al 3% de dicho capital mínimo****; es decir, puede ser el 1%, el 2%, el 2,5% o el 2,9%. En nuestro caso, nos sancionan con el máximo (3%) de este grupo, pero, que ocurre si en el futuro se presenta otra falta con dolo ¿también se aplicará el 3% del capital mínimo?, y que sanción se impondrá si luego existe una tercera falta reiterada y con perjuicio ¿se sancionará nuevamente con el 3% del capital mínimo?, donde esta ¿la proporcionalidad, las atenuantes y agravantes?. Por este motivo considero que no se aplicó la sanción observando la* ***Resolución SG SIREFI RJ 38/2005.-***

Para complementar, debo manifestar que la sanción impuesta será repetida contra el o los funcionarios de la Cooperativa, lo cual es un agravio y perjuicio también para los funcionarios.-

VI. OBJETO.-

Este recurso lo presentamos porque la ley lo permite, el objeto es que la autoridad administrativa llamada por Ley revise la RESOLUCION ASFI N°340/2011 y corrija los agravios expresados.-

VII.- DISPOSICIONES QUE FUNDAMENTA (sic) ***EL RECURSO IMPUGNATICIO.-***

1. Constitución Política del Estado Plurinacional, artículo 24.-
2. Ley N°1488, artículos (sic) *50 inciso c); artículo 79 inciso f) y artículo 141.-*
3. Ley N°2341, artículo 20 inciso a), artículo 21 parágrafo III y artículo 56 y artículo 66.-
4. Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), TITULO XIII, CAPITULO II, SECCION 3 Y ARTÍCULO 2.-
5. RNBEF, TITULO X, CAPITULO XIII, SECCION 1, ARTICULO 4°.-

VIII.- PETITORIO.-

Por lo mencionado, solicito a la autoridad competente otorgue al presente recurso el tratamiento establecido en las normas administrativas vigentes y remita para ante la autoridad llamado (sic) *por ley para que la misma cumplida las formalidades y trámites de rigor REVOQUE LA RESOLUCION ASFI N°340/2011 y dicte otra RESOLUCION declarando* ***SIN LUGAR A SANCION*** *o aplique una multa menor tomando en cuenta las atenuantes que sería el 1% del capital mínimo de la Cooperativa.*

Revocada la resolución pido la devolución de la sanción impuesta…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 4 de julio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos por parte de los señores Lic. Herberth Urquiola Maire, Lic. Jaime Cárdenas Saavedra y Dr.

Abraham Cruz Mamani, quienes se presentaron como Gerente General a.i., Responsable de la Unidad de Riesgos y Asesor Legal, respectivamente, todos en representación de la recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA**, en la que ratificaron los extremos presentados en el Recurso Jerárquico interpuesto.

8. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA PRESENTADA POR LA RECURRENTE.-

Mediante nota C.C. GER. No. 247/2011 de 19 de julio de 2011, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA**, hace presente documentación complementaria, consistente en:

- Minuta (sin protocolizar, entonces documento privado) de fecha 28 de diciembre de 2010, sobre compraventa del tractor oruga marca Caterpillar con chasis Nº 77V-6757, suscrita por los señores Simón Churata Peñaranda, Rubert Churata Colque y Catalina Basilia Colque Castro de Churata, reconocida en sus firmas en fecha 28 de diciembre de 2010 por ante Notaria de Fe Pública Nº 15 del Distrito Judicial de Tarija, Dra. Mónica Gutiérrez Fernández.

- Documentos aduaneros correspondientes al tractor oruga con chasis Nº 77V-6757.

- Testimonio Nº 0629/2007 sobre poder que confieren los señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata a favor del señor Rubert Churata Colque "*para que… proceda a la Administración total y libre disposición de un tractor oruga, marca Caterpillar, tipo D8K, Open Canopo, chasis Nº 77V-6757, más poder para adjudicarse a sí mismo (Según disponde* (sic) *el Art. 471 del Código Civil contrato consigo mismo)y Artículo 592 Inciso 6 del Código Civil, disponga en la forma que más vea conveniente y sanear la documentación a nombre del apoderado…*", otorgado en fecha 9 de mayo de 2007 por ante Notaria de Fe Pública del Distrito Judicial de Tarija, Dra. Jacqueline Arce Mostajo de Canedo.

- Fotografía con nota al pie: "*Pala cargadora 950 Caterpillar perteneciente al Sr. Simón Churata*".

- Declaración en Mercancías de Importación en formulario Nº 133 de la Aduana Nacional de Bolivia, referido a una pala cargadora marca Caterpillar, modelo 950, año 1967, serie 90A-1590, motor 90A1590-1642, color amarillo.

- Fotografía con nota al pie: "*Tractor oruga D-8N Caterpillar, tipo camello, perteneciente al Sr. Simón Churata*".

- Testimonio de escritura pública Nº 1940/2008, otorgado en fecha 5 de agosto de 2008 por ante Notario de Fe Pública Nº 11 del Distrito Judicial de Tarija, Dr. Hipólito Galarza Sánchez, sobre transferencia de un tractor de orugas marca Caterpillar, motor 70V25507, que otorga el señor René Segovia Fernández a favor del señor Simón Churata Peñaranda.

- Fotografía con nota al pie: "*Pla cargadora 988 B Caterpillar, perteneciente al Sr. Simón Churata*".

- Siete recibos sobre diversos trabajos, diversas fechas y diversas personas, con nota al pie: "*Comprobantes de ingresos por trabajos realizados por el Sr. Rubert Churata*".

- Testimonio de escritura pública Nº 096/2011, otorgado en fecha 1º de febrero de 2011 por ante Notaria de Fe Pública Nº 15 del Distrito Judicial de Tarija, Dra. Mónica Gutiérrez Fernández, sobre cancelación de préstamo por la suma de $us. 52.000.- suscrita por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Catedral de Tarija" Ltda. a favor del señor Rubert Churata Colque.

- Certificado de la matrícula de folio real Nº 6.01.1.28.0001526 correspondiente a un lote de terreno ubicado en el cantón Tabladita, provincia Cercado de Tarija. La columna A (asiento 2) refiere como propietarios a los señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata, la columna B refiere seis gravámenes, cinco de ellos cancelados conforme a la columna C, por lo que el único gravamen vigente corresponde a la línea de crédito por $us. 52.000.- inscrita a favor de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Catedral de Tarija" Ltda.

- Testimonio de escritura pública Nº 031/2011, otorgado en fecha 12 de enero de 2011 por ante Notaria de Fe Pública Nº 9, Dra. Ana Pompeya Castellanos Trigo, en suplencia de la Notaria de Fe Pública Nº 15, Dra. Mónica Gutiérrez Fernández, ambas del Distrito Judicial de Tarija, sobre cancelación de préstamo por las sumas de $us. 35.000.-, $us. 52.000.-, $us. 35.000.-, $us. 35.000.-, $us. 40.000.- y $us. 35.000.-, suscrita por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Catedral de Tarija" Ltda. a favor de los señores Rubert Churata Colque y Simón Churata Peñaranda.

- Certificado de la matrícula de folio real Nº 6.01.1.28.0000775 correspondiente a un lote de terreno ubicado en el cantón Tabladita (Méndez Arcos), provincia Cercado de Tarija. La columna A (asiento 1) refiere como propietarios a los señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata, la columna B refiere seis gravámenes, cinco de ellos cancelados conforme a la columna C, por lo que el único gravamen vigente corresponde a la línea de crédito por $us. 44.350.- inscrita a favor de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Catedral de Tarija" Ltda.

- Testimonio Nº 1056/2011 sobre poder que confiere la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Catedral de Tarija Ltda., a favor del Lic. Herberth Urquiola Maire, del Lic. Jaime Higuey Cárdenas y del Dr. Abraham Cruz Mamani (en sus condiciones de Gerente General a.i., Encargado de Riesgo y Asesor Legal, respectivamente), otorgado en fecha 21 de mayo de 2011 por ante Notario de Fe Pública Nº 7 del Distrito Judicial de Tarija, Dr. Marco Antonio Ulloa Aguirre; no obstante, no se acredita ningún apersonamiento en mérito al mismo.

9. INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA PRESENTADA POR LA AUTORIDAD RECURRIDA.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-87408/2011 de fecha 24 de agosto de 2011 y en atención a la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 192/2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala:

"…*Según lo dispuesto en el artículo 72 de la ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto ordenado), el capital mínimo establecido para Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas no podrá ser menor del equivalente en moneda nacional de cien mil (100.000) Derechos Especiales de Giro (DEG), consecuentemente, la multa correspondiente al tres por ciento (3%) de ese capital equivale en moneda nacional a Bs32.274 según el siguiente cálculo:*

Concepto	***Monto***
Capital Mínimo (CM)	*DEG 100.000*
3% sobre CM expresado en DEG	*DEG 3.000*
Tipo de Cambio $us/DEG al 17 de febrero de 2011 (fecha en la cual se emitió el Informe ASFI/DSR I/R-19123/2011)	*$us1,55464 por 1 DEG*
3% sobre CM expresado en $us	*$us4.663*
Tipo de cambio compra Bs/$us al 17 de febrero de 2011 (fecha en la cual se emitió el Informe ASFI/DSR I/R-19123/2011)	*Bs6,92 por 1 $us*
3% sobre CM expresado en Bs	*Bs32.274*

Sobre el particular, cabe aclarar que se impuso la multa equivalente al tres por ciento (3%) sobre el Capital Mínimo para Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas, en consideración a que, según lo dispuesto por el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del 3%, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin sobrepasar el tres por ciento (3%) del capital mínimo, que en este caso dicho exceso calculado al 20% era mayor al 3% del capital mínimo…"

CONSIDERANDO:

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

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

ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1. Sobre las relaciones de los prestatarios como determinantes de la existencia de un grupo económico.-

1.1. Relación de propiedad.-

Sobre este aspecto, el proceso impugnativo se refiere al derecho propietario que recae

sobre un tractor oruga D8K marca Caterpillar, con chasis N°77V – 6757, con el que desarrolla sus actividades el prestatario Rubert Churata Colque, no obstante ser de propiedad de los prestatarios Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata, extremo que los relacionaría. En oportunidad de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, la recurrente ha sugerido que existiría una confusión de este tractor con otro que aparece en el patrimonio de los prestatarios Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata, extremo que también buscaría la literal presentada en fecha 20 de julio de 2011 mediante nota C.C. GER. NO.247/2011; no obstante, los datos que salen del expediente desechan tal posibilidad.

La Resolución Administrativa N°157/2011 de 21 de febrero de 2011, ha establecido que: "*no existía documentación que sustente que la maquinaria utilizada por Rubert Churata era de su propiedad, contando la Cooperativa únicamente con el Poder especial, bastante, irrevocable y sustituible N°0629/2007 de fecha 9 de mayo de 2007, otorgado por el padre de dicho deudor, Simón Churata, para la utilización de un Tractor Oruga D8K*".

Por su parte, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** en el memorial del Recurso Jerárquico, alega que:

"*…en la fecha de la inspección de riesgo crediticio* (...)*, existe un poder especial, bastante, irrevocable y sustituible para adjudicarse asimismo* (...) *y sanear la documentación a nombre del apoderado a favor de Rubert Churata Colque; es decir, podía actuar y disponer a cualquier título* (...) *Que le confiere el Sr. Simón Churata P. y Catalina B. Colque Castro de Churata a favor del Sr. Rubert Churata Colque. Por lo que hacemos notar que con ese poder que era amplio y suficiente el Tractor es de propiedad de Rubert Churata C. y solo faltaba que se perfeccione el derecho propietario* (…)

En fecha 09 de mayo de 2007 el Sr. Rubert Churata Colque compra de sus padres Simón Churata y Catalina Basilia Colque Castro de Churata el Tractor Oruga, Marca Caterpillar, Tipo D8K, Open CANOPO, Chasis N°77V-6757, Póliza de Importación N° 0211160-113/88 (Adjunto Poder N°0629/2007)…"

Los extremos expuestos exigen una relación cronológica de los antecedentes que salen del expediente administrativo; así tenemos:

- De fojas 151 a 152, cursa el testimonio N° 0629/07 otorgado en fecha **9 de mayo de 2007** por ante notaria Jacqueline Arce Mostajo de Canedo, del Distrito Judicial de Tarija, sobre el **poder que confieren los señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata a favor de Rubert Churata Colque**, para que:

  "*…proceda a la Administración total y* ***libre disposición*** *de un TRACTOR ORUGA, MARCA CATERPILLAR, TIPO D8K, OPEN CANOPO, CHASIS N° 77V-6757, PÓLIZA DE IMPORTACIÓN N° 0211160-113/88,* ***MAS PODER PARA ADJUDICARSE A SI MISMO*** (sic) *(Según disponde* (sic) *el Art. 471 del Código Civil CONTRATO CONSIGO MISMO) y Artículo 592 Inciso 6 del Código Civil,* ***DISPONGA EN LA FORMA QUE VEA MAS CONVENIENTE*** *Y SANEAR LA DOCUMENTACIÓN A NOMBRE DEL APODERADO. A los*

efectos le confiere las facultades inherentes de proceder a la ***venta real y enajenación perpetua, alquiler, hipotecar, permutar, y/o cualquier otra forma de disposición del vehículo***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- De fojas 1 a 9, cursa el Informe ASFI/DSR I/R-108849/2010 de 19 de octubre de 2010, sobre "*Inspección de Riesgo crediticio con corte al 31 de agosto de 2010*", en cuya introducción hace referencia a haberse practicado la misma "***del 11 al 15 de octubre de 2010***", y que en su numeral 2.2.4 establece la existencia del Grupo Económico Churata como vinculado en sus créditos con referencia a la ahora recurrente (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- A fojas 49, cursa una minuta (sin protocolización, únicamente reconocida en sus firmas, por lo tanto, documento privado reconocido) de fecha **28 de diciembre de 2010**, sobre "***venta real y enajenación perpetua,… a favor del Señor: RUBERT CHURATA COLQUE,***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Resulta pertinente, dejar establecido que el artículo 105º, numeral I del Código Civil define a la propiedad como el "*poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa*", poder que puede transferirse mediante el contrato de venta al que hace referencia el artículo 584º del mismo Código Civil. Entonces, el contrato como tal, está sujeto a la disposición del artículo 455º del Código Civil:

"*Artículo 455.- (LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN. PLAZO)*

I. El contrato se forma ***desde el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación por la otra parte****, salvo pacto diverso u otra disposición de la ley*…"

La recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** pretende que se atribuya al testimonio de poder Nº0629/07 de fecha 9 de mayo de 2007 y otorgado por ante Notaria de Fe Pública Jacqueline Arce Mostajo de Canedo del Distrito Judicial de Tarija, la calidad de contrato de transferencia de la propiedad; así, a fojas 88 señala: "*Por lo que hacemos notar que* ***con ese poder que era amplio y suficiente el Tractor es de propiedad de Rubert Churata C.*** *y solo faltaba que se perfeccione el derecho propietario*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente con lo desglosado precedentemente, debe quedar absolutamente claro que, de tal documento no sale una **aceptación** que el señor Rubert Churata Colque haga de la transferencia del tractor a su favor o el derecho de propiedad como tal, sino la voluntad de los poderdantes, señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata, de que el señor Robert Churata Colque los represente en "*la administración total y* ***libre disposición***" del tractor "*en la forma que vea más conveniente*", inclusive para "adjudicarse" a sí mismo conforme lo permite el artículo 471º del Código Civil (aquí conviene aclarar que el artículo 471º del Código Civil se refiere al "contrato consigo mismo" mientras que la "adjudicación" que señala el poder, no es propiamente un contrato, sino que consiste en "*asignar a uno la pertenencia de una cosa; por lo general, en herencias, particiones y subastas*" según lo dice Cabanellas en su Diccionario).

Es así que el mandato importa **otro contrato distinto** del de la compraventa, así previsto por el artículo 804º del Código Civil, la aceptación que del mismo haga el señor Rubert Churata Colque no es la aceptación que se le exigiría respeto de la compra a su favor, por lo que mal hace la recurrente en confundir ambos institutos; por otra parte, el uso que se ha hecho del poder sin que exista observación por parte del señor Rubert Churata Colque (apoderado) importa que ha existido una tácita aceptación al contrato de mandato -expresado en el poder-, conforme lo permite el artículo 806º, nuevamente del Código Civil:

> "*Artículo 806.- (ACEPTACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL MANDATO).*
>
> *El contrato se perfecciona por la aceptación del mandatario.* ***Su aceptación puede ser sólo tácita y resultar de ciertos hechos****, excepto si se trata de actos de mera conservación y urgencia*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo que se colige que el señor Rubert Churata Colque **es aceptante del mandato**, que tenía por objeto proceder a la administración y disposición del tractor Oruga, marca Caterpillar, tipo D8K, que le han conferido los propietarios, señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata, pero **no es aceptante de la venta a su favor**, la que recién se produce en fecha 28 de diciembre de 2010, cuando las mismas personas –vendedores y comprador– suscriben un documento privado reconocido con tal objeto, conclusión inequívoca si se tiene presente que, las facultades que por poder se le habían conferido al señor Rubert Churata Colque, no consistían exclusivamente en vender o venderse a sí mismo el tractor, sino para alquilar, hipotecar, permutar, o cualquier otra forma de disposición del vehículo, e inclusive, para su administración.

Entonces, a fecha 15 de octubre de 2010, cuando se concluyó la Inspección de riesgo crediticio –con corte al 31 de agosto de 2010– a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA, el derecho propietario sobre el tractor oruga D8K marca Caterpillar, con chasis Nº77V – 6757, corresponde a los señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata.

1.2. Relación de actividad.-

Sobre este extremo, tanto el Órgano Supervisor como la recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA**, hacen depender el objeto del cargo –la "Relación de actividad"– de la "Relación de propiedad" analizada en el numeral 1.1 supra.

Así, la Resolución Administrativa ASFI Nº340/2011 de 13 de abril de 2011, establece a fojas 186 que:

> "*…el Señor Robert Churata* ***trabajaba con el Tractor de Simón Churata hasta el año 2010 inclusive****, año en el que solicita un crédito para la adquisición del tractor, perfeccionando su derecho propietario recién el 28 de diciembre de 2010.*

Que, en ese entendido y para comprender la relación de la actividad en función al riesgo crediticio que representa, debe tenerse en cuenta que la fuente de pago del crédito otorgado al Señor Robert (sic) *Churata deviene de una misma actividad* ***realizada a través de una herramienta de trabajo común hasta el año 2010*** *inclusive,…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, a fojas 194 y 195 del memorial de Recurso Jerárquico, la recurrente **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA**, señala que:

"***Al demostrar que la herramienta de trabajo de propiedad de Rubert Churata Colque, no es la misma que la herramienta de trabajo de propiedad del padre Simón Churata*** *(quienes* (sic) *tiene notras* (sic) *herramientas) y que además los trabajos que realizan lo hacen cada uno por su cuenta y de manera independiente****, no existe vinculación alguna por actividad****, ya que el prestatario reiteramos se desenvuelve de manera independiente con maquinaria propia** y tiene contratos y/o trabajos independientes de la actividad del padre. Evidentemente la actividad es similar a la del padre pero no existen contratos en común ya que cada cual maneja por separado su actividad*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En la misma línea de razonamiento que es la apropiada, es pertinente reiterar la conclusión expresada a tiempo del numeral 1.1 supra, en sentido de que el señor Rubert Churata Colque **es aceptante del mandato** que le han conferido los propietarios, señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata, para administrar y disponer del tractor Oruga, marca Caterpillar, tipo D8K, pero **no es aceptante de la venta a su favor** del mismo tractor, la que recién se va a producir en fecha 28 de diciembre de 2010, cuando las mismas personas -vendedores y comprador- suscriben un documento privado reconocido con tal objeto, conclusión inequívoca si se tiene presente que las facultades que por poder se le habían conferido al señor Rubert Churata Colque, no consistían exclusivamente en vender o venderse a sí mismo el tractor, sino para alquilar, hipotecar, permutar, o cualquier otra forma de disposición del vehículo, e inclusive, para su administración, como se señaló.

Consiguientemente y al haberse esclarecido la "Relación de propiedad" a tiempo del numeral 1.1 supra, se hacen innecesarias mayores consideraciones referentes a la "Relación por actividad", la que en todo caso ha quedado también confirmada.

1.3. Relación de garantía.-

El cargo refiere que los señores Rubert Churata Colque, Catalina Basilia Colque de Churata y Simón Churata Peñaranda, al momento de la otorgación de las líneas de crédito N° 148 y N° 149, estaban relacionados como grupo económico "*por haber otorgado dichos créditos con la garantía del inmueble de 333 mts2.*" en referencia a un inmueble con matrícula de folio real N° 6011280001526 y que garantizaba ambas operaciones.

A este respecto, a fojas 195 la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** se limita a señalar:

"*En lo que respecta a la vinculación por garantía evidentemente los inmuebles son de propiedad del Sr. Simón Churata P. y Catalina Basilia Colque Castro de Churata padres del Sr. Rubert Churata, pero en el Crédito, los padres solamente firman como Cedentes Hipotecarios y no son prestatarios comunes, con lo que el crédito está debidamente garantizado*"

De la exposición anterior, se concluye que en lo que hace a este tema, la recurrente no expresa afectación, lesión o perjuicio que se le ocasione en la Resolución Administrativa Nº 340/2011 de fecha 13 de abril de 2011, por lo que en los hechos, no existe impugnación referida a la "Relación de garantía", sino que en su lugar la recurrente se ha limitado a establecer que los propietarios de la garantía hipotecaria no participan como prestatarios sino como *cedentes hipotecarios*, y "*que el crédito está debidamente garantizado*".

Es menester dejar establecido que, conforme lo establece el artículo 38º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003:

"*Artículo 38.- (Forma de Presentación y Requisitos).*

Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, ***de manera fundamentada****, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A efectos de esclarecer en qué consiste la fundamentación que exige el artículo señalado, debe remitirse al artículo 37º de la misma norma:

"*Artículo 37.- (Procedencia).*

Los recursos administrativos ***proceden*** *contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que,* ***a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos****…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Este último artículo es plenamente concordante con los artículos 56º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) y 117º del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003.

De lo anterior, se tiene que el Recurso Jerárquico procede contra actos administrativos que, a criterio del recurrente, afecten, lesionen o causen perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, extremos que **deben estar debidamente fundamentados** en el escrito correspondiente.

Sin perjuicio de ello, es menester aclarar que, no es propia de la economía jurídica boliviana

la figura de la *cesión de hipoteca* conforme la utiliza la recurrente, toda vez que refiriendo el artículo 1360º, parágrafo I, del Código Civil que "*la hipoteca constituida sobre bienes propios del deudor o de un tercero, como* ***garantía de una deuda****, confiere al acreedor hipotecario los derechos de persecución y preferencia*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), entonces resulta más apropiado referirse sobre quién garantiza con un bien específico el cumplimento de una obligación como **garante hipotecario**.

Por ello mismo, si bien el artículo 491°, numeral 2, del Código Civil, determina su carácter contractual, la hipoteca, al resultar dependiente de la existencia de una deuda, es un contrato accesorio que de cederse, se encontraría sujeto a lo dispuesto por el artículo 388º (accesorios del crédito cedido) del Código Civil; no obstante, tal norma resulta inaplicable por cuanto no se trata lo señalado por la recurrente, de la cesión del crédito, entonces tampoco existe una consiguiente "cesión de garantía" hipotecaria.

El uso de la expresión "cesión" en la trascendencia jurídica señalada por Ossorio en su Diccionario, importa el "*acto entre vivos por el cual una persona traspasa a otra bienes, derechos, acciones o créditos*", situación que no se da en el caso presente, por cuanto, no es que los propietarios de la garantía hipotecaria estén cediendo la hipoteca (la que además, en los términos de Ossorio, no es ningún *bien, derecho, acción* o *crédito*), sino que están constituyendo un bien de su propiedad especifico, en garantía del cumplimento de la obligación del prestatario (a quien con ello garantizan), entonces se están constituyendo en garantes hipotecarios de la obligación, y de ninguna manera en "cedentes hipotecarios".

En definitiva y al caso concreto, es pertinente dejar establecido que la "Relación de garantía" está plenamente confirmada en el caso, al resultar los señores Simón Churata Peñaranda y Catalina Basilia Colque Castro de Churata garantes hipotecarios del señor Rubert Churata Colque, conforme sale de la cláusula novena de la Escritura Pública Nº 611/2010, otorgada por ante Notaria de Fe Pública Nº15 del Distrito Judicial de Tarija en fecha 19 de julio de 2010, determinando que entre los tres **se encuentren relacionados por esa garantía**, y sin que para ello importe que les corresponda una común calidad de prestatarios.

2. SOBRE SI LAS RELACIONES DE LOS PRESTATARIOS REPRESENTAN O NO UN MISMO RIESGO CREDITICIO.-

En su acápite IV "*Fundamentación de hechos*", el Recurso Jerárquico que se analiza, señala de los créditos que hacen a la controversia, que:

> "…*en ningún momento han sido considerados como créditos que conforman un grupo económico, ya que son Socios que tienen su familia y actividades por separado, si bien trabajan en el mismo rubro, pero,* ***lo que tiene que demostrarse es que dicha relación determine que tales créditos representen un mismo riesgo crediticio (art. 50 inc c) de la LEY 1488)****, además los instrumentos de trabajo son propios a cada uno*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La recurrente también acusa -inapropiadamente- una "*falta de tipificación para grupo económico*" al señalar que "*los créditos otorgados no representan un mismo riesgo crediticio*", por tanto, lo que en realidad refiere es que los prestatarios Catalina Basilia Colque Castro de Churata, Simón Churata Peñaranda y Rubert Churata Colque no constituyen al grupo económico señalado por la norma; a los efectos aclaratorios, se debe señalar que la figura del riesgo crediticio en el caso de grupo económico, se halla previsto (tipificado) por el artículo 50º, inciso c), de la Ley Nº1488 (de Bancos y Entidades Financieras), el que establece que:

> "…*Artículo 50.- Con relación a las operaciones de crédito, deberá cumplirse lo siguiente:* (…)
>
> *c) Serán considerados créditos concedidos a un grupo prestatario, los otorgados a personas naturales y/o jurídicas, que mantengan entre sí alguna relación de propiedad, administración, garantías, actividad o destino del crédito,* ***cuando dicha relación determine que tales créditos representen un mismo riesgo crediticio***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo complementa con el artículo 79º de la misma Ley Nº1488:

> "…*Artículo 79.- Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones:* (…)
>
> *f) Conceder o mantener créditos con un prestatario o grupo prestatario por más de tres por ciento (3%) de su patrimonio neto*…"

Las consideraciones anteriores determinan la necesaria existencia de una pluralidad de créditos como ocurre en el caso de autos:

- Préstamo Nº10033917, otorgado a los señores Catalina Basilia Colque Castro de Churata y Simón Churata Peñaranda en fecha 14 de julio de 2010 contra la línea de crédito Nº148, desembolsado en fecha 30 de julio de 2010.

- Préstamo Nº10033962, otorgado al señor Rubert Churata Colque en fecha 30 de julio de 2010 contra la línea de crédito Nº149, desembolsado en fecha 30 de julio de 2010.

Corresponde aclarar que en términos de la norma, no es la relación de tales créditos la que deba determinar la existencia de un grupo prestatario entre sus titulares, sino la relación de los propios prestatarios, que debe expresarse en relación de propiedad, relación de administración, relación de garantías, relación de actividad o relación de destino del crédito.

La recurrente pone énfasis en que "*lo que tiene que demostrarse es que dicha relación determine que tales créditos representen un mismo riesgo crediticio*", es decir, que dicha relación debe representar el mismo riesgo de que se incumpla con uno o con ambos contratos de préstamo resultando en una pérdida evidente para la entidad financiera; el

memorial del Recurso Jerárquico señala también que:

> "…*Para la ley, además de la relación que pueda existir de propiedad, administración, garantía, actividad o destino del crédito, debe necesariamente tales créditos representar un mismo riesgo crediticio. En nuestro caso los créditos concedidos tienen una relación muy efímera y tales créditos no representan un mismo riesgo crediticio, por lo menos en este supuesto riesgo crediticio*…"

Contrariamente a lo señalado por la recurrente, en sentido que la Resolución Administrativa ASFI N°340/2011 no mencionaría "*donde está el riesgo de estos créditos, como se presenta el supuesto riesgo y si estos riesgos son lo mismo, que agravantes se tiene para aplicar esta sanción*", tal Resolución señala que:

> "…*al ser propietario Simón Churata (padre), de la maquinaria que es utilizada por ambos deudores en un rubro común, existe el riesgo de que un incumplimiento en el repago de sus obligaciones financieras, implique la posibilidad de que sus bienes también sean objeto de cobro como parte de pago, por tanto se afecta de forma directa a la actividad económica de su hijo, Rubert Churata, quien genera ingresos utilizando maquinaria de propiedad –que hasta el año 2010– pertenecía a su padre. En consecuencia, el hecho de que dicha maquinaria o trabajo pueda verse afectado por el impago de los créditos de Rubert Churata, por lo que la mencionada vinculación implica un mismo riesgo crediticio.*"

En definitiva y en conclusión, se ha demostrado la existencia de relaciones de propiedad, actividad y garantía entre los prestatarios Catalina Basilia Colque Castro de Churata, Simón Churata Peñaranda y Rubert Churata Colque, constituyendo por ello un grupo económico, y determinando que sus créditos representen un mismo riesgo crediticio para la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA**.

3. SOBRE LA TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA.-

El Recurso Jerárquico, al referir que no existe proporcionalidad en la sanción que le ha sido impuesta, señala también que:

> "…*para la aplicación de toda sanción la ASFI debe considerar LAS AGRAVANTES Y ATENUANTES que encontraron en el supuesto posible exceso. En el caso que nos ocupa a todas luces se tiene que no existe intencionalidad, dolo, no hay perjuicio a terceros ni a la Cooperativa, tampoco hay reincidencia; es decir, existen atenuantes; sin embargo, la ASFI sin considerar estas atenuantes aplica como sanción el MAXIMO DEL 3% DEL CAPITAL MINIMO de la Cooperativa*…"

A efectos de su consideración, es pertinente pasar a definir el principio señalado como conculcado. Así, la Ley N°2341 establece:

> "…***ARTÍCULO 75° (Principio de Proporcionalidad).-*** *el establecimiento de sanciones*

pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la normas infringidas…"

Coincidente con lo anterior, señala Juan José Díaz Guevara en *El Principio de Razonabilidad en la Ley Administrativa Peruana* (que no obstante el título, lo toca en su aspecto universal), que el principio de razonabilidad es aquel por mediante el cual:

"*…las autoridades deben prever que la comisión de la* ***conducta*** *sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las* ***normas*** *infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción…*".

En la misma línea de razonamiento jurídico se acomodan perfectamente los precedentes sentados mediante las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/018 de 30 de noviembre de 2009 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009, las que coinciden al rescatar lo señalado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), cuando expresa que:

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

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

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión…"

Ahora bien; dentro del proceso que se analiza, la acusada falta de proporcionalidad es repetida de la formulada a tiempo del Recurso de Revocatoria, cuando la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LIMITADA** la hizo presente con similares expresiones; lo anterior permite rescatar lo señalado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en oportunidad de la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI

Nº340/2011 de 13 de abril de 2011 y que en lo pertinente refiere:

> "…*la Resolución Sancionatoria ha aplicado el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas de la Recopilación de Políticas* (sic) *para Bancos y Entidades Financieras,* ***se prevé la imposición de una sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte*** *ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo* (…)
>
> *Que, en efecto, en el caso que nos ocupa, el veinte por ciento del límite transgredido ascendía al monto de Bs.68,893.26 (Sesenta y ocho mil ochocientos noventa y tres 26/100 Bolivianos), mientras que la entidad fue sancionada con el monto de Bs.32,274.00 (Treinta y dos mil doscientos setenta y cuatro 00/100 bolivianos) que* ***corresponde al 3% del capital mínimo de la Cooperativa, y que es el mínimo de la sanción que se puede imponer*** *de acuerdo las norma* (sic) *precitada de la Recopilación de Políticas para Bancos y Entidades Financieras*…".

A este respecto, la recurrente alega que la sanción impuesta debió observar la inexistencia de intencionalidad o dolo, la naturaleza de los perjuicios causados y el carácter de no reincidente por parte de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LTDA.**, conforme ha establecido la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de Septiembre de 2005, debiendo además tenerse en cuenta que la propia Resolución Administrativa ASFI N° 157/2011 -sancionadora dentro del presente proceso recursivo- ha expresado que "*la Cooperativa actualmente ha regularizado el exceso incurrido*", la "*ausencia de reincidencia*" y la "*inexistencia de perjuicios a terceros*", atenuantes que sin embargo, en el entender de la recurrente, no han sido consideradas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuando la sanciona con "*el máximo del 3% del capital mínimo de la Cooperativa*", por cuanto y siempre a su decir:

> "…*Debe comprenderse que cuando las sanciones son por* ***MONTOS MENORES*** *debe aplicarse entre el 20% al 50% del exceso incurrido* (…)
>
> *Para el caso de* ***MONTOS MAYORES AL 3% DEL CAPITAL*** *mínimo, la norma establece que la sanción* ***no debe exceder al 3% de dicho capital mínimo****; es decir, puede ser el 1%, el 2%, el 2,5% o el 2,9%. En nuestro caso, nos sancionan con el máximo, (…) donde está ¿la proporcionalidad, las atenuantes y agravantes?...*"

Se impone la transcripción segmentada del artículo 10º del Reglamento de Sanciones Administrativas (Título XIII, Capítulo II, Sección 2: Disposiciones específicas) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, a efectos de su análisis, conforme sigue a continuación:

> "…*Artículo 10º -* ***Las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal*** *del veinte por ciento (20%)* ***con respecto a su patrimonio neto*** ***(límite del 3%*** *para Fondos Financieros Privados y* ***Cooperativas de Ahorro y Crédito****), serán pasibles de sanción*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Dado que se encuentra determinado el que, evidentemente la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LTDA.** otorgó créditos relacionados al grupo económico conformado por los señores Catalina Basilia Colque Castro de Churata, Simón Churata Peñaranda y Rubert Churata Colque, cabe saber ahora si el monto de tales créditos supera el límite legal del 3% con respecto a su patrimonio neto; para ello es pertinente remitirse al informe ASFI/DSR I/R-108849/2010 de 19 de octubre de 2010, el que establece:

> "…*Al 30 de junio de 2010, el patrimonio neto de la entidad alcanzaba a Bs12,676.0 mil, por lo que* ***el límite legal en moneda extranjera alcanzaba a $us54,5mil*** *en el momento del desembolso de las líneas de crédito. A la fecha del presente informe* (19 de octubre de 2010)*, el límite legal se mantiene en $us54,5mil, de acuerdo al patrimonio neto de la entidad al 30/09/2010.*
>
> *Por lo expuesto, el endeudamiento del grupo económico Churata excede el límite legal del 3% del patrimonio neto de la entidad, extremo que contraviene la mencionada ley*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Este extremo, como se ha podido revisar de la compulsa realizada, no ha sido desvirtuado a lo largo del proceso impugnativo, de manera tal que confirma el hecho de que los créditos otorgados al grupo económico conformado por los señores Catalina Basilia Colque Castro de Churata, Simón Churata Peñaranda y Rubert Churata Colque, superan el límite legal del 3%, siendo por ello pasible de sanción conforme lo ha dispuesto el mencionado artículo 10º del Reglamento de Sanciones Administrativas (Título XIII, Capítulo II, Sección 2: Disposiciones específicas) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, cuya redacción continúa de la siguiente manera:

> "…*serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto* ***no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo****, y conminadas a regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Superintendente*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Para el caso, el mencionado informe ASFI/DSR I/R-108849/2010 de 19 de octubre de 2010 ha determinado que el grupo económico de los señores Catalina Basilia Colque Castro de Churata, Simón Churata Peñaranda y Rubert Churata Colque presenta a esa fecha un **endeudamiento consolidado de $us. 104.000.-**; reducido del mismo el límite legal en moneda extranjera de $us. 54.500.-, determina que **el monto del exceso incurrido es de $us. 49.500.-**, por tanto, en principio la sanción a imponerse a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "CATEDRAL DE TARIJA" LTDA.** por las infracciones cometidas, no debió ser menor a $us. 9.900.- (20%) equivalentes a Bs 69.993.-, ni mayor a $us. 24.750.- (50%) equivalentes a Bs 174.982,50.-.

No obstante y toda vez que la sanción impuesta de Bs 32.274.- es evidentemente inferior al

veinte por ciento (Bs 69.993.-) del exceso incurrido -lo que determinaría no haberse aplicado correctamente la disposición del artículo 10º del Reglamento de Sanciones Administrativas (Título XIII, Capítulo II, Sección 2: Disposiciones específicas) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras-, es pertinente rescatar lo mencionado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su nota ASFI/DAJ/R-87408/2011, cuando señala que "*se impuso la multa equivalente al tres por ciento (3%) sobre el Capital Mínimo para Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas* (no así en un monto situado entre el veinte y el cincuenta por ciento del exceso incurrido)*, en consideración a que* (…) *en este caso dicho exceso calculado al 20% era mayor al 3% del capital mínimo*…"

De donde se tiene que, no obstante que la norma del artículo 10º del Reglamento de Sanciones Administrativas impone una sanción concreta basada en determinados parámetros, el Ente Regulador ha debido prescindir de parte de los mismos, por cuanto para el caso concreto resultaban entre sí contradictorios: no se puede aplicar una multa entre el veinte por ciento y el cincuenta por ciento -como se lo exige la norma- porque el monto resultante sobrepasa el tres por ciento del capital mínimo -lo que al mismo tiempo prohíbe la norma-, habiendo optado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero por la aplicación de tal procedimiento, en estricto cumplimiento a la misma.

En efecto, conforme lo establece el artículo 73º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) "***solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Amén de ello, esta Autoridad Jerárquica se remite a lo establecido por los artículos 76º y 78º, parágrafo I, de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, los que a la letra señalan:

> "*Artículo 76.- (Principio de Procedimiento Punitivo)*.
>
> *No se podrá imponer sanción administrativa alguna a las personas, sin la previa aplicación de procedimiento punitivo establecido en la presente Ley o en las disposiciones sectoriales aplicables.* (…)
>
> *Artículo 78.- (Responsabilidad)*.
>
> *I. Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas individuales o colectivas que resulten responsables.*"

De lo que queda, claro que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha aplicado correctamente los principios y procedimientos, establecidos para el procedimiento administrativo.

Asimismo y congruentemente con lo señalado precedentemente, es importante recalcar **que no corresponde** lo manifestado por la recurrente, en sentido que "*la sanción impuesta será repetida contra el o los funcionarios de la Cooperativa, lo cual es un agravio y perjuicio*

también para los funcionarios" que sale del memorial del Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMATORIA TOTAL de la Resolución recurrida.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº340/2011 de fecha 13 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº157/2011 de fecha 21 de febrero de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 392/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 045/2011 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FALLO

REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2011

La Paz, 16 de septiembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 285/2011 de 16 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 22 de 16 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 102 de 02 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 18 de mayo de 2011, la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"** legalmente representada por la Lic. Janeth Velarde de Medina y Dra. Carmen Aurora Rodas Ruiz; tal como lo acredita el Testimonio Poder N°149/2011 de 29 de marzo de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública N°083 del distrito

judicial La Paz, a cargo del Dra. Carla Chávez Valencia, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°285/2011 de16 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 31 de mayo de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz."**

Que, el 1 de julio de 2011, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz."**

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSR I/R-8408/2011 de 24 de enero de 2011 notificó con los cargos a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" conforme el siguiente texto:

"De la inspección especial realizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como efecto del reclamo presentado por los adjudicatarios del Edificio Los Ceibos, cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe ASFI/DSR I/R-98GS1/2010 de 27 de septiembre de 2010, remitido a esa entidad financiera mediante carta ASFI/DSR I/R-105581/2010 de 13 de octubre de 2010, se han evidenciado las siguientes presuntas infracciones.

***1)** Al artículo 50 inciso b), numeral 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), disposición contenida en el artículo 32 de la Ley N°1870 del Banco Central de Bolivia de 31 de octubre de 1995, al haber otorgado en fecha 21 de enero de 1997, la operación crediticia N°1005317 al señor Mario Fermín Zenteno Benítez para el Proyecto Habitacional "Los Ceibos", el cual no contaba con objeto comercial, o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo de resultados suficiente para respaldarlo.*

***2)** Al artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley, al haber indicios de incumplimiento a lo establecido por el Título V, Anexo I, Sección 8, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el castigo de la operación crediticia N°1005317 otorgada al señor Mario Fermín Zenteno, en fecha 21 de enero de 1997, no obstante que esta operación contaba con la garantía de un bien inmueble.*

3) *Al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" presentado en sus estados financieros desde la gestión 2004, hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, concordante con el artículo 38 del Código de Comercio, infracción que se considera de efecto continuado."*

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 285/2011 DE 16 DE MARZO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"PRIMERO.- *Declarar la prescripción de la infracción contenida en los incisos 1) y 2) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R-8408/2011 de 24 de enero de 2011, referida a la inobservancia de los artículos 50 inciso b) numeral 4 y artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

SEGUNDO.- *Declarar la prescripción parcial del inciso 3) de la citada Nota de Cargo referente a las infracciones correspondientes a las gestiones del 2004 – 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Título II.*

TERCERO.- *Sancionar a la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz con multa de 3,000 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 1% del capital mínimo previsto por ley para entidades y mutuales, por el incumplimiento al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio al haber expuesto en sus Estados Financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a éste Órgano de Supervisión.*

CUARTO.- *La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N°4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución y a partir del 1 de abril de 2011 en la cuenta N°1-4678352 del Banco Unión S.A., debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

QUINTO.- *Instruir al Directorio de la entidad la conformación de una comisión para el seguimiento y solución de cada uno de los puntos objeto de reclamo de los*

copropietarios del edificio "Los Ceibos", debiendo remitir a esta Autoridad informes mensuales sobre su grado de avance.

***SEXTO.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Mutual La Paz y de la Asamblea de Asociados, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copias de las correspondientes Actas."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 29 de marzo de 2011, la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°308/2011 de 23 de marzo de 2011, con los mismos fundamentos presentados en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°392/2011 DE 6 DE MAYO DE 2011

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°392/2011 de 6 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar totalmente la Resolución ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011 conforme los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, prescribe en el artículo 332, que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N°05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) tiene atribución a imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el artículo 99 de la mencionada Ley faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para imponer sanciones cuando las Entidades Financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y Empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley.

Que, el artículo 4 de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N°27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) dispone que las entidades financieras presentarán al Órgano de Supervisión, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas, de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Autoridad de Supervisión y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

Que, el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que la administración de las entidades financieras bancarias, se sujetará a las disposiciones de la citada Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es responsabilidad de la entidad supervisada asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la que permanece en la entidad.

Que, el artículo 36 del Código de Comercio establece que todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación

de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalde.

Que, el artículo 82 del Estatuto de la Mutual La Paz, señala que el Gerente General es la máxima autoridad ejecutiva, a quien se le confían las funciones administrativas y operativas de la Mutual La Paz, mediante poderes otorgados por el Directorio, asimismo, el inciso a) del artículo 87 establece que es atribución del Gerente General, ejecutar y hacer cumplir las disposiciones legales relativas a la entidad, resoluciones de las Asambleas de Asociados, del Directorio y reglamentaciones internas.

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, se ha establecido lo siguiente:

Con relación a la Resolución contraria

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició un proceso administrativo en contra de la Mutual La Paz, emitiéndose la Resolución ASFI N°341/2010, posteriormente en recurso de revocatoria a través de la Resolución ASFI N°603/2010, se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.*

  Bajo este entendido, se emitió un nuevo informe de inspección ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010 y se procedió a notificar cargos a la entidad mediante carta ASFI/DSR I/R-8408/2011 de 24 de enero de 2011.

Una vez evaluados los descargos de la Mutual La Paz, dentro del plazo previsto por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N°285/2011, disponiendo sancionar a la entidad con multa de 3,000 Derechos Especiales de Giro.

La entidad habiendo sido notificada con la Resolución ASFI N°341/2010, efectuó la cancelación de la multa según consta en el memorial presentado en fecha 28 de mayo de 2010 y papeleta de depósito N°155325, sin embargo, una vez que la Mutual La Paz conoció dicha anulación del proceso, no procedió a solicitar la devolución de la sanción impuesta.

Asimismo, la entidad una vez que se notificó con la Resolución ASFI N°285/2011, efectuó la cancelación de la multa, sin considerar que en la parte considerativa página 16 de dicha Resolución establecía que "La aplicación de la multa impuesta correspondiente al 1% del capital mínimo, debe considerarse para fines solamente expositivos, ya que Mutual La Paz con la finalidad de interponer Recurso de Revocatoria a la citada Resolución ASFI

N°341/2010, procedió al pago total de la multa equivalente al 1.5% del capital mínimo, correspondiendo la devolución del saldo restante a la citada Mutual, al representar la multa impuesta menor a la depositada por la referida entidad", en este entendido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impuesto doble sanción, por lo que no existe violación al principio non bis in ídem, el cual doctrinalmente implica la "prohibición de imponer una doble sanción, cuando exista identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad". (SC506/2005 de 10 de mayo).

Sin embargo, de lo anterior, al existir dos papeletas de depósito por el mismo concepto y considerando que la Resolución ASFI N°341/2010, ha sido anulada, corresponde la devolución del monto depositado en la gestión 2010.

Con relación al Objeto Contradictorio

- *En relación a que la Resolución ASFI N° 285/2011 de 16 de marzo de 2011, como acto administrativo tendría un objeto contradictorio, cabe señalar que doctrinalmente se entiende por objeto del acto administrativo "Aquello que el acto decide, certifica u opina" (Gordillo -Tratado de Derecho Administrativo, VIIII-6), concordante con lo señalado el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 de 23 de abril de 2002, señala que se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, asimismo, el artículo 28 de la citada Ley establece los elementos esenciales del acto administrativo, siendo uno de ellos el objeto el cual debe ser cierto, lícito y materialmente posible.*
  Siguiendo el lineamiento del citado precedente, la Resolución ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011, tiene un objeto claro, cierto, lícito y materialmente posible disposiciones establecidas en los Resuelves Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, cuyas decisiones reflejan las fundamentaciones tacitas y jurídicas, a través de las cuales se sostiene la legitimidad y oportunidad de la declaración de prescripción y la sanción de multa impuesta a la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz.

- *Respecto al argumento de que la entidad no tendría responsabilidad por el cargo N°2, es importante aclarar que el artículo primero de la Resolución impugnada, declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 2) de la citada nota de cargos, referida a la inobservancia de los artículos 50 inciso b) numeral 4 y artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por lo que consecuentemente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no impuso sanción por el incumplimiento a este cargo, por cuanto, prima facie declaró la prescripción del mismo.*

- *Por otra parte, el cargo N°3 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8404/2011 de 24 de enero de 2011, no se encuentra vinculado ni condicionado al cargo N° 2, por cuanto, el citado cargo N°2 se refiere al incumplimiento de los artículos*

108 y 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ***relativo al castigo de la operación*** *crediticia N°1005317 otorgada al señor Mario Fermín Zenteno, dicha operación fue castigada el 22 de diciembre de 2004 por la suma $us.894,498.00.*

En cambio, el cargo N°3, se refiere al incumplimiento del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dicha infracción corresponde por ***presentar estados financieros con exposición errónea,*** *información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2004 al 2009, por lo que el cargo N°3 es una infracción independiente que no se encuentra vinculada ni condicionada al cargo N° 2.*

En este marco, los estados financieros de la Mutual estuvieron expuestos en forma errónea por el castigo indebido, mismo que tuvo efecto en la disminución del índice de pesadez de la cartera durante las gestiones (2008 a 2009), lo cual reflejó en promedio una mora menor a la pesadez real, consecuentemente la Mutual expuso en sus balances una mejor posición financiera, ocasionando que el reporte de cartera y previsiones remitido a este Órgano de Supervisión y presentado a los Asociados y público en general no sea veraz.

En virtud a lo antedicho, se tiene que la exposición errónea de los Estados Financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009, se consideran como una infracción continua por cuanto, el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida que la entidad exponía sus Estados Financieros con información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general.

Consecuentemente, la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto, son infracciones continuas ya que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo como producto del mal castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno al exponer la entidad en sus Estados Financieros información inexacta e imprecisa, así lo ratifica la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, al decir que: "Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, determina que la interrupción no es un efecto único, instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (infracción continuado)".

En absoluta consonancia respecto a la facultad que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de proteger, supervisar la información respecto a los destinatarios en general, la Resolución Jerárquica SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, ha establecido (...) "Donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplia y clara, puesto que

en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario".

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría violado el principio de congruencia, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/04/2004 de 12 de febrero expresó "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la administración, debe ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final", en el presente caso la Resolución ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011, se encuentra revestido de congruencia específica (petición-prueba-resolución).*

Con relación a la Contradicción en la Fundamentación

- *Respecto a la valoración emitida, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como Órgano Regulador del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, en el ejercicio de la mencionada competencia tiene la facultad para emitir apreciaciones de valor sobre los hechos acaecidos, en el presente caso, la Resolución ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011, en las páginas 11 y 12 señalan que existió una conducta contraria claramente determinada por la Ley de Bancos y Entidades Financieras Ley N°1488 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin embargo no se puede sancionar ya que las infracciones han sido declaras prescritas.*

- *En relación al principio de tipicidad, los incumplimientos establecidos en la carta de notificación de cargos ASFI/DSR I/R-8408/2011 de 24 de enero de 2011, son infracciones que de ninguna manera inciden o contrarían el deber que tiene la entidad de dar observancia a las disposiciones normativas señaladas en dicha carta, por lo que en el presente caso, la entidad no dio cumplimiento al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la entidad expuesto en sus estados financieros desde la gestión 2008 y 2009, información que errónea, conducta qué fue adecuadamente calificada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no se refieren al incumplimiento del artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II,

Capítulo II, Sección 10 del artículo 1, ni al artículo 36 del Código de Comercio, consecuentemente al no desvirtuar las consideraciones emitidas en la Resolución ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011, se tiene por ratificados los mismos.

Que, según Informe Legal ASFI/DAJ/R-473641/2011 de 6 de mayo de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuó las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011, al exponer de forma consecutiva los estados financieros con deficiencias de exposición manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2008 y 2009…."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 18 de mayo de 2011, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presento Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011, argumentando lo siguiente:

"I. ANTECEDENTES QUE CONSTITUYEN LA CAUSA DEL RECURSO.

En fecha 23 de marzo de 2011, la ASFI notificó a la Mutual La Paz, la Resolución ASFI N°285/2011, de fecha 16 de marzo de 2011. En los artículos Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de esta Resolución:

i) *Se declara la prescripción de la infracción contenida en los incisos 1) y 2) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/ R - 8408/2011, de 24 de enero de 2011 (El cargo 2 se refiere a indicios de incumplimiento de la normativa bancaria en el castigo de la operación crediticia N°1005317 otorgada al señor Mario Fermín Zenteno, en fecha 21 de enero de 1997).*

ii) *Se declara la prescripción parcial del inciso 3) de la citada Nota de Cargo referente a las infracciones correspondientes a las gestiones del 2004 – 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009.*

iii) *Se sanciona a Mutual La Paz con multa de 3.000 Derechos Especiales de Giro, "al haber expuesto en sus Estados Financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada al Órgano de Supervisión".*

iv) *Se le ordena el depósito de la misma en la Cuenta Fiscal N°4010695761 de la ASFI, dentro del plazo de 15 días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación.*

Mediante Resolución ASFI N°603/2010 de fecha 21 de julio de 2010, se anuló el proceso sancionatorio iniciado en contra de la Mutual La Paz, por el crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, (sic) hasta la emisión de un nuevo Informe de Inspección, inclusive, en el cual se consideren los lineamientos señalados en esta Resolución.

Entre los actos administrativos anulados, por la Resolución mencionada en el párrafo precedente, se encuentra la Resolución ASFI N°341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, cuyo Artículo Primero sancionaba a Mutual La Paz con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro "al haber expuesto en sus Estados Financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez".

En fecha 6 de abril de 2011, Mutual La Paz, presentó Recurso de Revocatoria Parcial (revocatoria parcial del artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008 y 2009, y la revocatoria total de los artículos TERCERO Y CUARTO) contra la Resolución ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011 (sic). Tomando en cuenta la fecha de presentación de este recurso, la ASFI debió resolver y notificar la resolución de este recurso a Mutual La Paz hasta el día 4 de mayo de 2011, dentro de los 20 días hábiles administrativos que establece el artículo 49 del D.S. 27175. En lugar de ello, la ASFI dicta la Resolución N°392/2011, sobre el Recurso de Revocatoria de Mutual La Paz, el 6 de mayo de 2011, 2 días después del vencimiento del plazo perentorio e improrrogable fijado por norma expresa al efecto; computando los 20 días hábiles a partir de la presentación del recurso, este plazo venció el 4 de mayo de 2011 y no el 6 de mayo de 2011. Además de este grave vicio, esta resolución extemporánea fue notificada a Mutual La Paz el 13 de mayo de 2011, fuera del término legal, cuando debió ser notificada hasta el día 4 de mayo de 2011, como día límite de notificación, por las características especiales que tiene la fase recursiva por silencio administrativo, tomando en cuenta que el artículo 53 del D.S. 27175 establece que el Recurso Jerárquico se lo presentará, en una de sus variables, "al vencimiento del plazo para resolver el recurso de revocatoria", en el presente caso a partir del 5 de mayo de 2011, puesto que el plazo para resolver este recurso venció el 4 de mayo. Aún cuando la ASFI pretenda aplicar el plazo de notificación de 5 días hábiles establecido en el artículo 22 del D.S. 27175 (que no aplica al recurso por silencio administrativo, por sus características especiales), este plazo vencía el lunes 11 de mayo de 2011 y no el miércoles 13.

Al tratarse de una resolución dictada y notificada extemporáneamente, en contravención al ordenamiento jurídico vigente, y por lo tanto nula de pleno derecho, Mutual La Paz, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 53 del D.S. 27175, presenta este Recurso Jerárquico, por silencio administrativo de la ASFI, dentro de los 10 días hábiles administrativos siguientes "al vencimiento del plazo que la autoridad regulatoria tenía para resolver el Recurso de Revocatoria de Mutual La Paz", plazo que venció el día 4 de mayo de 2011. Sobre este particular, categóricamente dispone el artículo 51 II del D.S. 27175 que: "Si al vencimiento del plazo para pronunciarse sobre el recurso de revocatoria, el Superintendente Sectorial (hoy en día Director Ejecutivo de la ASFI) no dicta la resolución correspondiente, este hecho producirá los efectos de resolución confirmatoria total, habilitando el recurso jerárquico. En todo caso opera el silencio administrativo negativo en recurso de revocatoria, bajo responsabilidad del Superintendente Sectorial".

II. OBSERVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ASFI N°392/2011 Y DE SU NOTIFICACIÓN POR HABERSE PRODUCIDO FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO.

En fecha 13 de mayo de 2011, la ASFI notificó a Mutual La Paz la Resolución ASFI N°392/2011, de fecha 06 de mayo de 2011, que en el artículo PRIMERO confirma totalmente la Resolución ASFI N°285/2011, de 16 de marzo de 2011.

La resolución ASFI N°392/2011 ha prescindido total y absolutamente del plazo establecido en la normativa vigente para su dictado y notificación, razón por la cual es un acto administrativo nulo de pleno derecho, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 35 I, inciso c), de la Ley 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo). El artículo 49 del D.S. 27175, establece que la ASFI tiene 20 días hábiles, a partir de la interposición del recurso de revocatoria, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

Este plazo de 20 días, se computa a "partir del 6 de abril", fecha de presentación del recurso de revocatoria por parte de Mutual La Paz; por tanto, venció este plazo el 4 de mayo de 2011; hasta este día, perentoria e improrrogablemente, tenía la ASFI que dictar legalmente la resolución sobre el recurso de revocatoria. No cumplió este plazo y, violando una norma expresa que lo señala, dicta la Resolución ASFI N°392/2011 el 06 de mayo de 2011. Este pronunciamiento extemporáneo, que vicia de nulidad absoluta a esta resolución, no enerva el derecho de Mutual La Paz a presentar el Recurso Jerárquico por silencio administrativo, derecho habilitado a partir del 5 de mayo de 2011 (después de vencidos los 20 días hábiles que tenía la ASFI para dictar la resolución sobre el recurso de revocatoria) y vigente hasta el 18 de mayo de 2011 (10 días hábiles administrativos siguientes al vencimiento del plazo para resolver el recurso de revocatoria, art. 53 del D.S. 27175).

Este caso especial de vías recursivas habilitadas por silencio administrativo, si la autoridad administrativa decide dictar su resolución el último día en el que vence el plazo establecido en el artículo 49 del D.S. 27175, en el presente caso el 4 de mayo de 2011, la notificación debió realizarse el mismo día, y no como se lo hizo 9 días después (que inclusive supera los 5 días de notificación que para los casos generales establece el artículo 22 del mismo decreto si se hubiese dictado la resolución el 4 de mayo, tomando en cuenta esta norma general de notificación que no aplica al caso de silencio administrativo, debió notificarse hasta el día 11 de mayo y no el 13 de mayo como se lo hizo) porque a partir del día siguiente, el 5 de mayo de 2011, el particular interesado, por imperio del artículo 53 del D.S. 27175 está habilitado para presentar su Recurso Jerárquico contra el acto de instancia que genera la violación de sus derechos.

Por las razones expuestas, la Resolución ASFI N°392/2011, es nula de pleno derecho, y corresponde que la autoridad jerárquica superior tome medidas efectivas para que no se vulneren los principios de seguridad jurídica y buena fe de los administrados en la tramitación de esta clase de recursos.

II. RESOLUCIONES IMPUGNADAS.

En base a los antecedentes de hecho y de derecho mencionados en el parágrafo precedente, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 20, 36, 37, 38, 51 II, 52 y 53 del Decreto Supremo N°27175, interponemos Recurso Jerárquico:

1. *Por silencio administrativo: contra el artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008 y 2009, y contra los artículos TERCERO Y CUARTO en su integridad, de la Resolución ASFI N°285/2011, de fecha 16 de marzo de 2011.*
2. *Por nulidad de pleno derecho: contra el artículo PRIMERO de la Resolución ASFI N°392/2011, de fecha 6 de mayo de 2011, al haber sido dictada y notificada fuera de los plazos normativos establecidos al efecto.*

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.

1. <u>Resolución contraria a la Constitución Política del Estado</u>

El artículo 35, parágrafo I, inciso d), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. La Constitución Política del Estado, en su artículo 117, parágrafo II, establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. Este principio se aplica a materia sancionatoria penal y administrativa. De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que Mutual La Paz ha sido doblemente condenada por el mismo hecho.

Mediante Resolución ASFI/N°341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, se condena a Mutual La Paz, con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2004-2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Fermín Zenteno Benítez); monto de dinero que ha sido efectivamente pagado por Mutual La Paz, como consta en el Comprobante de Pago "Depósito en Cuenta" emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 27 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 46.140.44, y que no ha sido devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta por la Resolución ASFI N°603/2010 de fecha 21 de julio de 2010.

En la Resolución ASFI N°285/2011, de fecha 16 de marzo de 2011, se condena a Mutual La Paz, con multa de 3.000 Derechos Especiales de Giro, por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2008 – 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Fermín Zenteno Benítez); monto de dinero que al ser depositado en cumplimiento de esta Resolución constituye en un doble pago a la ASFI porque a partir de ese momento tendrá en su propiedad dos sumas que responden a una misma causa prohibida por la Constitución en el artículo 117 parágrafo II: doble condena por el mismo hecho.

La ASFI al momento de determinar la nulidad de la primera Resolución que imponía la sanción de multa no debió limitarse a disponer la anulación del proceso sancionatorio sino, además, disponer la devolución de todo lo dado y entregado por Mutual La Paz, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución anulada. Al no haber dispuesto

esta devolución, en los hechos y en esencia, mantuvo la condena y sanción impuesta a Mutual La Paz, después de haber sido removida por obra de la nulidad la causa que legalmente justificaba esta adquisición. Mientras esta suma de dinero no sea efectivamente devuelta a la Mutual La Paz, toda otra suma de dinero que la ASFI decida imponerle a título de sanción por el mismo hecho, constituye la doble condena prohibida por la Constitución Política del Estado.

2. <u>Ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción de su parte resolutiva.</u>

El artículo 35, parágrafo I, inciso b), de la Ley N°2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo objeto sea ilícito. Es contrario a la Ley, todo objeto de un acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias. Esto es lo que ocurre con la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la Resolución impugnada en su relación con las decisiones contenidas en los artículos SEGUNDO, TERCERO y CUARTO. El artículo PRIMERO declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 2) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R - 8408/2011, de fecha 24 de enero de 2011. Esta infracción declarada prescrita corresponde al supuesto incumplimiento a la normativa bancaria sobre el castigo de la operación crediticia N° 1005317, otorgada al señor Mario Fermín Zenteno. Es decir, que al haberse declarado la prescripción de esta supuesta infracción, la ASFI ha determinado, jurídicamente, que Mutual La Paz no tiene ninguna responsabilidad por este hecho que se le atribuyó en la formulación de los cargos y, en consecuencia, no corresponde imponerle sanción alguna. Como claramente se desprende del artículo Primero de la Resolución ASFI/N°341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010 (resolución que fue anulada por la ASFI), la información supuestamente incorrecta expuesta por la Mutual La Paz en sus Estados Financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, ha sido ocasionada por el "indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez"; por tanto el Cargo N°3 por el que se sanciona a Mutual La Paz en los artículos SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO de la resolución impugnada (cargo referido a inexactitud de la información contable proporcionada), no es un Cargo autónomo e independiente con relación al Cargo N°2, cuya infracción se ha declarado prescrita, (cargo relativo al supuesto incumplimiento de la normativa bancaria referida a la forma de hacer efectivo el castigo contable de un crédito). Por el contrario, el Cargo N°3 está estrechamente vinculado con el Cargo N°2 y condicionado por éste. En la resolución impugnada no se sanciona a Mutual La Paz por el registro de cualquier tipo de información contable, supuestamente incorrecta, inexacta o no veraz, sino por el registro de una información contable específicamente referida a un "indebido o ilegal castigo contable de un crédito"; extremo que no ha sido determinado por la ASFI porque declaró la prescripción de esta última infracción.

Por tanto, si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que Mutual La Paz no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno, es jurídicamente contradictorio sancionarla por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación a derecho no se ha determinado.

Coherentemente, únicamente podría haberse sancionado a Mutual La Paz por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta entidad financiera por haber castigado ilegalmente este crédito hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

3. ***Contradicciones en la fundamentación de la Resolución.***

El artículo 36, parágrafo I, de la Ley N°2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. Un vicio grave del acto administrativo son los defectos de su fundamentación.

La resolución impugnada contiene contradicciones en su fundamentación, con relación a los Cargos N°1 y 2; por una parte fundamenta las razones tácticas y jurídicas, que justifican a criterio de la ASFI la declaración de la prescripción de estas infracciones, pero por otra parte, realiza valoraciones de reproche de la conducta de Mutual La Paz, con relación a los mismos cargos e infracciones, que únicamente se justificarían si la ASFI, no hubiera declarado su prescripción y, en consecuencia, hubiera impuesto una sanción a la Mutual La Paz por éstas infracciones.

Si la ASFI declara la prescripción de una infracción ya no debe realizar ninguna valoración sobre el mérito o el demérito de la conducta del administrado sujeto al procedimiento sancionatorio. Estas valoraciones sobre el fondo de los hechos y de la conducta atribuida al supuesto responsable de la infracción, únicamente resultan pertinentes si no se declara la prescripción de las infracciones atribuidas. La declaración de prescripción inhibe cualquier declaración sobre el mérito o el demérito de la conducta; si en el análisis jurídico la prescripción no corresponde, recién cobra sentido formular el reproche a una persona porque se la considera responsable de la comisión de una infracción cuya acción administrativa se encuentra todavía vigente y, en consecuencia, se le impone la responsabilidad y sanción que el orden jurídico vigente establece para ese caso.

4. ***Otras actuaciones ilegales de la ASFI: La Resolución N°392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011***

Por las razones expresadas en los parágrafos I y II de este memorial, la Resolución N°392/2011 es nula de pleno derecho. En cuanto a sus fundamentos, al reproducir en esencia y conceptualmente los fundamentos de la Resolución 285/2011 y ratificar los mismos, la impugno con los mismos fundamentos expuestos en los numerales precedentes de este memorial.

IV. PETITORIO.

Por las razones expuestas, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 43, parágrafo I, inciso b) y 44 del Decreto Supremo N°27175, solicito a la autoridad jerárquicamente superior de la Dirección Ejecutiva de la ASFI:

1. *La revocatoria parcial del artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008, 2009, y la revocatoria total de los artículos TERCERO y CUARTO de la Resolución ASFI N°285/2011, de fecha 16 de marzo de 2011; y*
2. *La revocatoria del artículo PRIMERO de la Resolución ASFI N°392/2011, de fecha 6 de mayo de 2011."*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Que, con carácter previo, se debe realizar un pronunciamiento administrativo sobre la presentación del Recurso Jerárquico.

Es así que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz, en su Recurso Jerárquico en el punto 1, acerca de personería señala:

> *"…el presente Recurso Jerárquico Parcial contra el artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008 y 2009, y contra los artículos TERCERO y CUARTO en su integridad de la Resolución ASFI N°285/2011 de fecha 16 de marzo de 2011 y contra el artículo PRIMERO de la Resolución ASFI N°392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011…"*

Asimismo en la parte del Petitorio señala:

"…*Solicito a la autoridad jerárquicamente superior de la Dirección Ejecutiva de la ASFI:*

1. *La revocatoria parcial del artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008, 2009, y la revocatoria total de los artículos TERCERO y CUARTO de la Resolución ASFI N°285/2011 de fecha 16 de marzo de 2011; y*

2. *La revocatoria del artículo PRIMERO de la Resolución ASFI N°392/2011, de fecha 6 de mayo de 2011."*

De lo transcrito, se evidencia la confusión que existe por parte del recurrente al momento de determinar contra que Resolución Administrativa se debe presentar el Recurso Jerárquico.

Al respecto la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 66 refiere:

"*Contra la resolución que* ***resuelva el recurso de revocatoria, el interesado o afectado únicamente podrá interponer el Recurso Jerárquico****…*"

De lo expuesto, queda claro que el Recurso Jerárquico se presenta **sólo contra la Resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria,** en este caso contra la **Resolución Administrativa ASFI N°392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011,** debido a que está, es la que confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011 (es decir la resolución primigenia sancionatoria).

No es procedimentalmente viable presentar Recurso Jerárquico contra las dos Resoluciones, debido a que como ya se mencionó, la primera al ser objeto de impugnación a través del Recurso de Revocatoria, misma que ha sido confirmada por la segunda (RA ASFI N°392/2011), es decir, que intrínsecamente la primera resolución emitida por el órgano regulador ha sido sujeta de consideración y es la que le otorga su validez, por lo tanto se constituye como parte de la segunda resolución, es decir, que no se está hablando de dos actos distintos, sino de un mismo acto, que es confirmado por la resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria. Hecha la aclaración, se procede con el análisis de fondo del presente recurso.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. De los antecedentes de imputación y sanción.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría imputado a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz, el incumplimiento del Artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras artículo 1 parágrafo segundo, Sección 10, Capítulo II, Título II, al haber la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" presentado en sus estados financieros por las gestiones 2008 y 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro de la operación crediticia que habría sido castigada en supuesto incumplimiento a la normativa.

Para un mejor análisis, se considera importante el detalle de cada uno de los artículos que llevan al cargo.

Ley de Bancos y Entidades Financieras en su **artículo 94** establece que:

> "*Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera. La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa. Las entidades de intermediación financiera publicarán sus estados financieros al 30 de junio y al 31 de diciembre de cada año, en un diario de circulación nacional. Las entidades financieras conservarán, debidamente, los libros y documentos*

referentes a sus operaciones, microfilmados o registrados en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable".

La Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras **artículo 1 parágrafo segundo**, Sección 10, Capítulo II, Título II, establece que:

"*Responsabilidad.- Es responsabilidad de la entidad supervisada:*

- *Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, integridad y legibilidad de la misma.*
- ***Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad.***
- *Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento.*
- *Mantener actualizada la información cargada en sistemas captura de información*".

Se debe establecer la situación del préstamo al Sr. Mario Fermín Zenteno Benítez, que tiene las siguientes características:

N° de préstamo	1005317
Fecha de otorgación	21/01/1997
Estado contable	Castigado
Fecha de castigo	22/12/2004
Fecha de reversión del castigo	18/01/2010
Saldo a capital	US$.894.498
Liquidación provisional al 31/10/2009	US$.1.978.210
Juzgado	7° Partido Civil

Asimismo, por la normativa antes detallada, se analizará desde el origen del castigo, como un medio de entender el cargo imputado.

En fecha 23 de septiembre de 2002, después de 397 días de incumplimiento (desde el 22 de agosto de 2001) se inició la demanda judicial en la vía ejecutiva, aspecto que estaba incumpliendo lo establecido en la Circular SB/291/99 del 21 de junio de 1999, con relación al Título V, Anexo I, Sección 5, que determina: "*Las acciones judiciales deben ser iniciadas a más tardar a los 91 días de la fecha que entró en mora un prestatario a menos que cuente con autorización para su postergación...*". Al respecto, no se tiene evidencia de una orden superior de suspensión de acciones judiciales.

En fecha 22 de diciembre de 2004, mediante comunicación interna de la Gerencia General de la Mutual La Paz (MLP/GG/0291/2004) presentó la documentación para la aprobación del castigo del crédito a consideración del Directorio, y mediante acta N°103/2004 autorizó que se proceda con el registro contable. En la misma acta, autorizó al Gerente General que este hecho sea puesto en conocimiento de la máxima autoridad de la Mutual (Asamblea

de Asociados) a través de un informe, y hacer conocer a cada uno de los miembros del Directorio la documentación, debido a que la presentada fue insuficiente.

Con el informe de la Gerencia General MLP/GG/010/2004 de fecha 23 de diciembre de 2004, recomienda al Directorio aprobar el castigo y poner en conocimiento de la Asamblea de Asociados por tratarse de un crédito superior al 1% del patrimonio de la Mutual. Asimismo, recomendó continuar con las acciones legales hasta la adjudicación y desapoderamiento del inmueble, sin considerar lo informado en el formulario NC/CRE/CAST/45/04 de fecha 9 diciembre de 2004, firmado por el abogado de la causa y Jefe del Departamento Legal, en el que indica de manera textual: "*Por la existencia de garantía hipotecaria el crédito es recuperable*".

Por lo anterior, es evidente que no se agotaron las instancias judiciales de recuperación, de acuerdo a lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 3, numeral 1 (**norma a esa fecha**), que determina: "….*no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito*".

Por otra parte, de acuerdo al acta de la Asamblea de Asociados Nº34 de 18 de mayo de 2005, el Directorio se limita a informar textual: "*Se efectúo el castigo contable de una significativa proporción de la cartera en mora por más de 360 días*", sin especificar que se procedió al castigo de créditos con saldos iguales o mayores al equivalente al 1% del patrimonio neto de la Mutual (el crédito representaba el 11.17% del patrimonio), incumpliendo lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 2 (**norma a esa fecha**). Este hecho tampoco fue revelado por el fiscalizador interno en la Asamblea de Asociados, para que la junta adopte decisiones de castigo, incumpliendo su obligación establecida en el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que establece: "….*advertir a los accionistas, socios y asociados, por escrito, sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, por parte de los directores y administradores de la entidad*….".

Si bien en el proceso de castigo de la operación crediticia se presentaron irregularidades, debido a que se estableció la existencia de un bien recuperable, incumpliendo con lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 3, numeral 1 (antes citado).

Por toda la normativa antes señalada y en concordancia con el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en el Título 3, Código 865.00, Grupo "Cuentas de Registro", Cuenta "**Cuentas Incobrables Castigadas**", es en la que, se hace el registro de los créditos castigados, es cuando se hayan clausurado las acciones tendentes a recuperar los créditos y haberse declarado y autorizado su castigo por su irrecuperabilidad, ni que existía un bien en garantía que hacia recuperable el crédito.

Por lo expuesto, la Mutual habría infringido, lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículos 1 y 3, (**norma a esa fecha**), que dice: **"*Artículo 1 – Efecto del castigo de créditos.-*** *El castigo de las*

obligaciones de los prestatarios no extingue ni afecta los derechos de las EIFs de ejercer las acciones legales para la recuperación de las acreencias. ***Artículo 3 – Procedimiento para el castigo de créditos.-*** *Los prestatarios cuyos saldos adeudados se encuentren en mora y previsionados en su totalidad por más de un año, necesariamente deberán ser castigados contra las previsiones constituidas y traspasados a cuentas de orden; no obstante, de acuerdo al criterio de las EIFs los prestatarios en mora y previsionados en su totalidad podrán ser castigados antes del año. En ambos deberán contar con la documentación siguiente:*

1. *Informe del abogado a cargo de la causa sobre la situación y estado del cobro judicial acompañando copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito.*

2. *Informe del área respectiva sobre la situación del deudor, conteniendo saldos de capital e intereses adeudados, previsión específica constituida, garantías y opinión sobre el grado de recuperabilidad.*

3. *Declaración jurada del síndico u órgano equivalente referente a que los créditos a castigar no son vinculados a la propiedad, dirección, gestión o control de la EIF.*

4. *Acta de sesión del Directorio donde conste haber tomado conocimiento del castigo del crédito y haberlo autorizado.*

Los informes y documentos mencionados deberán archivarse en las respectivas carpetas de crédito".

Esto debido a que el castigo no estaba adecuado a la normativa y la ausencia de claridad en la información que se puso en conocimiento de la Asamblea de Asociados.

Por otra parte, se procedió a la reversión del castigo, de acuerdo con la nota GGE/3/2010 NUT 25515 del 26 de enero de 2010, la Mutual puso en conocimiento de la ASFI que el Directorio en sesión 02/2010 de fecha 14 de enero de 2010, hecho que se efectuó el 18 de enero de 2010. Al respecto, la información reportada hasta esa fecha no estaría acorde al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, incumpliendo además el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (antes citado).

Finalmente, si bien se procedió a la reversión del castigo, este hecho no desvirtúa el incumplimiento determinado por la exposición de la información contable en los estados financieros por las gestiones 2008 y 2009.

1.2. Sobre la Resolución contraria a la Constitución Política del Estado.-

El recurrente acusa que se ha vulnerado el parágrafo primero del artículo trigésimo quinto de la Ley de Procedimiento Administrativo manifestando que la Autoridad Fiscalizadora habría sancionado doblemente al administrado por un mismo hecho invocando también la

disposición constitucional contenida en su artículo 117, parágrafo II en el que establece la prohibición de la dualidad de procesamiento y/o condena por una misma causa.

Al respecto, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz realizó dos depósitos bancarios como consecuencia de un proceso sancionatorio administrativo instaurado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el primero fue como consecuencia de la sanción impuesta en la Resolución Administrativa ASFI/N° 342/2010 de 07 de mayo de 2010; posteriormente dicho acto administrativo fue anulado por la citada autoridad fiscalizadora mediante Resolución Administrativa 606/2010 de 21 de julio de 2010; dejando en consecuencia sin efecto la sanción pecuniaria impuesta a la "Mutual La Paz"

Posteriormente, la ASFI nuevamente retoma el trámite procesal notificando de nuevo con cargos al administrado, presentando este sus descargos correspondientes emitiéndose finalmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 280/2011 de 16 de marzo de 2011, por la cual se dispone sancionar a la "Mutual La Paz" con un multa de un mil Derechos Espaciales de Giro por incumplimiento a la norma administrativa detallada en el tercer considerando de la presente Resolución Ministerial Jerárquica; sanción administrativa que también fue depositada a una cuenta bancaria por el recurrente.

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

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

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

Esta errada pretensión por parte de la entidad recurrente provocó incluso que el órgano de fiscalización emitiera un criterio sesgado, ya que en la Resolución Administrativa ASFI N° 280/2011de 16 de marzo de 2011 señala que el recurrente a tiempo de interponer Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 342/2010 de 07 de mayo de 2010 (misma que fue objeto anulación por la propia ASFI) habría procedido al pago de la multa pecuniaria impuesta, equivalente al 0.5% del capital mínimo por lo que la multa

correspondiente al 0.33% del capital mínimo (que se impuso en la Resolución ASFI 280/2011), debe considerarse para fines solamente expositivos correspondiendo la devolución del saldo.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede disponer de recursos que no son de su propiedad ya que al momento de anular la Resolución Administrativa ASFI N° 342/2010 hasta la emisión de un nuevo informe de inspección inclusive; todos los actos procesales llevados a cabo hasta el momento de la anulación quedaron sin efecto legal alguno y esta disposición incluye el empozo de la multa realizada por el administrado, no pudiendo el órgano de fiscalización disponer o presuponer que la sanción con multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI N° 280/2011, ya se encontraría oblada por efecto del depósito realizado anteriormente por un acto administrativo anulado; a no ser que de manera expresa el recurrente manifieste su voluntad y solicite que el monto depositado con anterioridad – como consecuencia de que el anterior acto administrativo haya sido anulado – pase a cubrir la sanción impuesta en el nuevo acto administrativo emitido; situación que no se evidencia en el expediente administrativo.

De acuerdo a lo esbozado, debe quedar claro al órgano de regulación excedió su competencia al pretender disponer de una multa que no gozaba con autoridad de cosa juzgada ni vigente por efecto de la anulación entonces, estos recursos económicos son de propiedad del administrado; debiendo ser este quien decida o solicite si dichos recursos podrían pasar a cubrir una nueva multa impuesta, o en su defecto ejercer su derecho a solicitar su devolución, confundiendo este derecho atributivo solo a ellos con una doble sanción administrativa tal cual se pasará a compulsar a continuación:

La Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" señala que al haber empozado un segundo depósito por un mismo procedimiento administrativo sancionatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estaría sancionando dos veces por una misma acción al regulado desconociendo el alcance de las anulabilidades procesales, que de manera expresa retrotraen sus efectos al momento en el que se anuló el acto, quedando sin efecto cualquier actuación procesal anterior, debiendo reponerse las cosas donde quedaron, como por ejemplo la multa depositada.

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

Finalmente, la Resolución Administrativa ASFI N° 394/2011 de 6 de mayo de 2011 de manera expresa dispuso en su artículo segundo la devolución de la multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI N° 342/2010 de 07 de mayo de 2010, como consecuencia de que el recurrente ya en instancia revocatoria acusó a la administración pública de haberse impuesto una doble sanción, siendo su deber realizar los trámites legales y administrativos que correspondan para proceder a su devolución, constituyendo también este otro aspecto

legal inequívoco de que no se impuso una doble sanción al administrado ni se contravino la disposición trigésima quinta de la Ley de Procedimiento Administrativo ni el artículo 117 de la Constitución Política del Estado.

Que, congruentemente con lo esgrimido, corresponde precisar que no corresponde la solicitud de anulación de un proceso, por la falta de devolución o restitución de una multa que corresponde a otro proceso anulado, (que ya carece de efectos), implicando que por dicha situación no puede viciar el presente proceso. Argumento que a su vez ya fue objeto de pronunciamiento por esta instancia Jerárquica en su Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011.

1.3. Sobre la Ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción en su parte resolutiva.-

El recurrente manifiesta que el acto administrativo impugnado conlleva dos decisiones contradictorias ya que en el artículo primero se declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1 y 2 de la nota de cargos correspondiente al castigo de la operación crediticia otorgada al señor Zenteno Benitez " y acto seguido, en las demás disposiciones resuelve multar a la "Mutual La Paz" como consecuencia de una incorrecta exposición de sus estados financieros por las gestiones 2008 y 2009 como resultado del indebido castigo realizado. Manifestando que las disposiciones segunda, tercera y cuarta de la citada Resolución Administrativa no son cargos autónomos a la disposición primera ya que si se declaró la prescripción del cargo principal no debería sancionarse con los efectos que produjo esta.

Contrario sensu a lo manifestado por el administrado, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala que no existe correlación entre los cargos imputados puesto que el primero señala la inobservancia a los artículos 50 inciso b) numeral 4 y articulo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras entre otros y el tercer cargo refiere al incumplimiento del articulo 94 parágrafo I) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras correspondiendo esta a la errónea exposición de los estados financieros.

Asimismo señala que la exposición errónea de los Estados Financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009 se consideran como una infracción continua por cuanto el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida de que la institución financiera exponía información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general; siendo las infracciones cometidas por las gestiones 2008 y 2009 de tracto sucesivo o continuo.

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

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

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

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

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

En este contexto, corresponde realizar una subsunción de los hechos al derecho, teniendo en cuenta que la autoridad supervisora manifestó que el cargo correspondiente al castigo de la operación no tendría vinculancia directa con el cargo referente a la errónea exposición de estados financieros, puesto que el primer cargo establece el incumplimiento de determinadas infracciones legales del ámbito jurídico administrativo y el segundo a otro tipo contravenciones también administrativas, por tanto estas serían distintas, acto seguido, la citada autoridad señala que el efecto de la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009 por cuanto son infracciones de "tracto sucesivo" contradiciendo lo manifestado precedentemente, ya que si los cargos en primera instancia corresponderían a infracciones distintas al ordenamiento jurídico administrativo no podemos vincular estos con un efecto continuado o tracto sucesivo porqué si fuese así, no debió declararse la prescripción de los cargos imputados, puesto que como resultado del efecto continuado de la infracción contenida en el tercer cargo, el instituto jurídico de la prescripción debió ser interrumpido al momento de que la Mutual La paz exponía sus estados financieros erróneos como consecuencia de un mal castigo.

Asimismo es evidente que la aparente exposición de los Estados Financieros de la Mutual La Paz de manera anual conllevaron diferentes consecuencias ante el mercado, sus ahorristas, sujetos de crédito y público en general, creando expectativas ficticias a estos mostrando una situación financiera que no se ajustaba a la realidad material de la Mutual, debiendo la

autoridad supervisora haber establecido un grado de culpa en base a dicho criterio bajo una fundamentación adecuada de acuerdo al ordenamiento jurídico administrativo que no vincule de manera directa una infracción con otra que haya sido declarada prescrita; fundamentación que debió estar conforme lo establece el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo constituyendo esta un elemento esencial del acto administrativo a efecto que no comprometa la validez y eficacia del acto.

La interrelación otorgada a los cargos entre sí por efecto del "Tracto Sucesivo" otorgado; sumado esto a la declaración de prescripción que otorgó el órgano de fiscalización a los dos primeros cargos, compromete de manera directa la suerte del tercer cargo con el efecto de la prescripción, puesto que no es posible que instancia ad quem actué en detrimento del administrado empeorando su situación cuando este precisamente acude ante instancia jerárquica a solicitar el amparo de sus derechos subjetivos e intereses legítimos que fueron agraviados con el pronunciamiento de un acto administrativo emitido por instancia inferior principio procesal denominado como "Reformatio in peius" recogido por nuestra economía jurídica administrativa.

En este contexto, el aludido principio procesal inhibe a esta instancia administrativa a emitir un pronunciamiento que como consecuencia genere una situación procesal peor a la que se encuentra el regulado como consecuencia de una inadecuada fundamentación realizada por autoridad administrativa fiscalizadora.

Por lo expuesto, se debe hacer notar a la Entidad Reguladora que al haber declarado la prescripción en cuanto al cargo uno y dos ha hecho justamente que el cargo carezca de validez en razón a que como ya dijimos el cargo tres no es un cargo autónomo e independiente situación jurídica que la propia Autoridad Fiscalizadora le otorgó al manifestar que son infracciones continuadas y/o de "tracto Sucesivo" no habiendo – en todo caso – realizado una correcta aplicación de tal vocablo si posteriormente pretendió señalar dicho tercer cargo consistía a una infracción diferente a la de los cargos anteriores, como sugiere la ASFI, sino que el mismo estaba íntimamente relacionado al castigo del crédito del Sr. Mario Fermín Zenteno Benítez , por lo que mal se le puede sancionar por haber expuesto en sus Estados Financieros 2008 y 2009 información incorrecta si este justamente es el resultado del indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez.

1.4. Sobre los demás argumentos presentados por la recurrente.-

1.4.1. Silencio Administrativo.-

La Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", señala que la Resolución Administrativa ASFI N°285/2011 de 16 de marzo de 2011, y la Resolución Administrativa ASFI N°392/2011 de 6 de mayo de 2011, se encontrarían fuera de plazo para su emisión así como su notificación por lo que hubiera operado el silencio administrativo siendo estas nulas de pleno derecho.

Por lo referido, es importante revisar los actuados administrativos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha realizado:

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI Nº285/2011 en fecha 16 de marzo de 2011, misma que es notificada a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz el 23 de marzo de 2011.

El 6 de abril de 2011, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz presenta el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº285/2011.

Recurso que fue resuelto por el órgano regulador a través de la Resolución Administrativa ASFI Nº392/2011 el 6 de mayo de de 2011, notificada a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz el 13 de mayo de 2011.

Que el Decreto Supremo Nº27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera en su artículo 48 establece que:

"*El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos* ***siguientes a la notificación*** *o publicación de la resolución impugnada*".

Que a su vez el artículo 49 de la misma disposición señala que:

"La Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de ***veinte (20) días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución".***

Del mismo modo el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera en su artículo 22 dice:

"*Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su* ***notificación*** *en su caso, a partir de su publicación****. Las notificaciones en ningún caso se efectuarán después de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de emisión de la resolución***".

Que contrastados los hechos y revisada la normativa regulatoria, se puede establecer, que tanto la Resolución Administrativa ASFI Nº285/2011 de fecha 16 de marzo de 2011 como la Resolución Administrativa ASFI Nº392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011, se encontrarían dentro del plazo para su emisión, así como para su notificación, no existiendo por ende el silencio administrativo alegado por parte del recurrente y menos causal de nulidad.

1.4.2. Vulneración al principio de *non bis in idem*.-

La Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", señala que habría sido doblemente castigada primero a través de Resolución Administrativa ASFI Nº341/2010 de fecha 7 de mayo de 2010, con una **multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro,**

equivalente al 1.5% del capital mínimo, previsto por ley para entidades financieras, y a su vez se hubiera vuelto a sancionar a la Mutual a través de la Resolución Administrativa ASFI N°285/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, **con multa de 3,000 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 1% del capital mínimo,** previsto por ley para entidades financieras, misma que fue confirmada en Recurso de Revocatoria por la Resolución Administrativa ASFI N°392/2011.

A efectos de ingresar a compulsar los argumentos presentados por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", previamente nos remitiremos a algunos antecedentes que dieron lugar al presente proceso

Que en fecha 7 de mayo de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 341/2010 mediante la que resuelve

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 1.5% del capital mínimo previsto por ley para entidades mutuales, por incumplimiento al Artículo 94° parágrafo primero de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al haber expuesto en sus Estados Financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez.*
>
> *La multa impuesta deberá depositarse en bolivianos al tipo de cambio oficial establecido por el Banco Central de Bolivia al día de la cancelación de la multa, en el plazo de 10 días posteriores a la notificación con la presente Resolución, en la cuenta N°4010695761 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -Multas, del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Sancionar al Auditor interno, Lic. Julio Pinto Lascano, con sanción de amonestación por el incumplimiento a los Artículos 98° y 100° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, contaba con garantía que hacía posible la recuperación del crédito.*
>
> ***TERCERO.-*** *En cumplimiento del Artículo 110° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Mutual La Paz y de la Asamblea de Asociados de la Mutua! La Paz, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copias de las correspondientes Actas."*

Que en fecha 21 de julio de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la **Resolución Administrativa ASFI N° 603/2010** misma que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 341/2010 de 7 de mayo de 2010 misma que determina **anular el proceso administrativo** hasta la emisión de un nuevo informe de Inspección, inclusive, en el cual se consideren lineamientos señalados en la presente Resolución.

Acto administrativo que es notificado a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz en fecha 23 de julio de 2010 a Fs. 148 cual se evidencia en el expediente administrativo.

Que al haber anulado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el proceso hasta la emisión de un nuevo informe de Inspección, inclusive hace que el proceso sancionador no exista ya que una de las consecuencias y efectos de la nulidad es que se retrotrae la tramitación del proceso hasta el vicio más antiguo, no existiendo por lo tanto la sanción alegada por el recurrente.

Para mayor abundamiento nos referiremos a lo establecido en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas.

> *"Nulidad Carencia de valor, Falta de eficacia, incapacidad, Ineptitud, persona inútil, Inexistencia Ilegalidad Absoluta de un acto 1.-Apreciación técnica. Dentro de la técnica jurídica,* ***nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido*** *como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto (…)"*

Quedando claro entonces que los actos administrativos anulados, sus efectos se retrotraen al momento de vigencia del acto invalidado, es decir hasta antes de la emisión del informe de inspección

En cuanto a la vulneración al principio de *non bis in idem,* cabe precisar que según Guillermo Cabanellas, se define como un aforismo latino que significa *no dos veces sobre lo mismo*.

Rafael Márquez Piñero, señala que con la citada expresión se quiere indicar que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior.

Que ya la Resolución Administrativa ASFI N°603/2010 de fecha 21 de julio de 2010, anula el primer proceso por el cual se sanciona a Mutual con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 1.5% del capital, correspondiente a la Resolución Administrativa ASFI N°341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010.

No existiendo así dos procesos, por los cuales se habría sancionado a la Mutual por los mismos, sino uno sólo que corresponde al proceso de autos ya que el primero a la fecha, no tiene validez ya que el mismo fue declarado nulo quedando claro entonces la no existencia de una vulneración al principio de **Non bis in idem**.

1.4.3. Sobre la congruencia y debida fundamentación.-

Finalmente corresponde emitir pronunciamiento sobre lo expuesto por la entidad recurrente en el presente acápite, ya que esta señala que si la ASFI declaró la prescripción de uno de los cargo no le corresponde realizar valoraciones de reproche sobre la conducta del infractor.

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

Si bien es cierto que la prescripción libera al actor de responsabilidad legal a ser susceptible a una determinada sanción, este aspecto no inhibe al regulado del reproche moral en el que la autoridad administrativa deba realizar respecto a su conducta, debiendo también tomar en cuenta el regulado dichas observaciones para no recaer en futuras observaciones por los mismos incumplimientos

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho un incorrecto análisis de la norma al haber declarado la prescripción, por lo que, el presente caso se debe revocar totalmente la presente Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **REVOCAR** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI N°285/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, que fue confirmada por la Resolución Administrativa ASFI N°392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011, en sujeción a los

fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, manteniéndose subsistente los demás artículos, al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 394/2011 DE 06 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 046/2011 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FALLO

REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2011

La Paz, 16 de septiembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para La Vivienda "La Paz"** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 394/2011de 06 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 280/2011 de 16 de marzo de 2011; ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 21/2011 de 16 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 103/2011 de 05 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 18 de mayo de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ",** representada legalmente por su Gerente General, la señora Janeth Velarde de Medina y su Gerente Legal a.i. Dra. Rose Mery Castillo

Guerra, tal como acreditan los Testimonios de Poder Nos. 001/2011 de 04 de enero de 2011 y 219/2011 de 06 de julio de 2011 otorgados ante Notarías de Fe Pública de Primera Clase Nos. 003 y 083, del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Carla Chávez Valencia – la primera – y Dra. Rosario Koya Cuenca – la segunda – interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 394/2011de 06 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 280/2011 de 16 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-52630/2011 con fecha de recepción de 23 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 394/2011de 06 de mayo de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 26 de mayo de 2011, notificado el 27 del mismo mes y año.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

Mediante nota ASFI/DSR I/R- 8492/2011 de 24 de enero de 2011 recepcionada por el recurrente en fecha 07 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero imputó cargos por las supuestas infracciones que se detallan a continuación:

1) *"Al artículo 50 inciso b), numeral 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), disposición contenida en el artículo 32 de la Ley N° 1670 del Banco Central de Bolivia de 31 de octubre de 1995, al haber otorgado en fecha 14 de octubre de 1997, la operación crediticia N°1001909 al señor Mario Daza Castellón y Once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el "Proyecto Habitacional "Verónica", el cual no contaba con objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo de resultados suficiente para respaldarlo.*

2) *Al artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley, al haber indicios de incumplimiento a lo establecido por el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el castigo de la operación crediticia N° 1001909 otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social, en fecha 14 de octubre de 1997, no obstante que esta operación contaba con la garantía de un bien inmueble.*

3) *Al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II,*

Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007, hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro inadecuado del castigo de la operación crediticia concedida al señor Mario Daza Castellón, concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, infracción que se considera de efecto continuado."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En principio corresponde manifestar que la entidad recurrente en la presentación de sus descargos hace alusión a la disposición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección inclusive; posterior a ello se refirió expresamente a los cargos imputados en la nota ASFI/DSR I/R- 8492/2011 de 24 de enero de 2011 de acuerdo a lo siguiente:

a) " Prescripción

- *Invoca la prescripción de la acción administrativa en virtud del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiendo tomarse en cuenta dos aspectos: 1) el cargo señalado en la carta ASFI/DSR I/R-8492/2011 de 24 de enero de 2011 y 2) el tiempo transcurrido desde la supuesta infracción cometida hasta la emisión del Informe ASFI/DSR I/R-97650 de 24 de septiembre de 2010.*

- *Hace mención a precedentes administrativos expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, que señala que la prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos o para la extinción de obligaciones, la misma que no opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo, desprendiéndose su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella.*

- *Asimismo, hace referencia a la Resolución SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre de 2006, que en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo, establecido en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que los procesos administrativos sancionatorios podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada.*

- *Señala que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cumplimiento de sus funciones y atribuciones realizó procesos de inspección a la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, sin haber advertido presuntas infracciones o iniciar procesos sancionatorios que hayan permitido la interrupción del término de prescripción pese a que los detalles técnicos, legales y contables fueron de conocimiento de la SBEF.*

b) Cargo N° 1

Con referencia al cargo N° 1, Mutual La Paz, no presenta justificaciones ni explicaciones relacionados a la inobservancia al numeral 4 del inciso b) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), únicamente trascribe in extenso el cargo de la carta ASFI/DSR I/R-8492/2011 de 24 de enero de 2011, que señala: "De acuerdo con la notificación de cargos ASFI/DSR I/R-8492/2011 de 24 de enero de 2011, Mutual La Paz habría incurrido en la presunta infracción al artículo 50º inciso b), numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), disposición contenida en el artículo 32º de la Ley N° 1670 del Banco Central de Bolivia de 31 de octubre de 1995, al haber otorgado en fecha 21 de enero de 1997, la operación crediticia N° 1001909 al señor Mario Daza Castellón y Once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el Proyecto Habitacional Verónica, el cual no contaba con objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo de resultados suficiente para respaldarlo".

c) Cargo N° 2

Manifiesta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no considera ni diferencia la prelación y ámbito de aplicación entre normas contables para el registro de operaciones (Manual de Cuentas) y normas para el castigo de operaciones (Recopilación de Normas) siendo importante precisar el alcance de cada una de ellas.

Respecto al Castigo de la operación, señala que el Proyecto Habitacional Verónica se encontraba en una situación de insolvencia con más de 2.600 días de mora, lo que determinó la constitución de una previsión específica de incobrabilidad del 100%, que en cumplimiento al Título V, Anexo 1, Sección 6, artículo 3, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras obligatoriamente debía castigarse, que existía informe del abogado Dr. Raúl Nemtala Caballero sobre la situación y estado del cobro judicial, que la operación contaba con copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidenciaba que el embargo del inmueble era insuficiente para la recuperación del crédito, que contaba con la declaración jurada del Fiscalizador Interno de la Mutual, Javier Delgadillo Varea, quien después de revisar los informes declaró que el castigo no estaba vinculado a la propiedad, dirección, gestión o control de la Mutual La Paz.

Asimismo, manifiesta que el Directorio al momento de la aprobación del crédito tomó conocimiento del informe legal en el que se establecían debilidades legales por las cuales existían contingencias negativas que limitaban o perjudicaban la recuperabilidad de la garantía por la vía judicial y por tanto el proceso y aprobación del crédito otorgado al Proyecto Verónica se encontraba adecuado a la normativa de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Con relación al registro contable de la operación castigada, expone el Título 1, literal A, numeral 3 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, señalando que la Mutual procedió al castigo en aplicación a las normas legales y reglamentarias en vigencia en

el momento del castigo, específicamente la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y el Reglamento de Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos.

De la misma manera manifiesta que el Manual de Cuentas no reviste carácter legal de por sí, sino que en aplicación al Título 1, literal B, numeral 3 del citado Manual, constituye una guía contable para el registro uniforme de las operaciones y transacciones que efectúan las entidades de intermediación financiera bajo subordinación de leyes y reglamentos.

Señala que la cuenta 865.00, "Cuentas Incobrables Castigadas y Condonadas", no es una cuenta para imputación y registro contable; es una cuenta a título genérico, que para la imputación y registro contable presenta seis sub cuentas cada una con su descripción contable específica, lo cual reviste una importante significancia considerando que la cuenta 865.00 hace referencia a cuentas incobrables como condonadas, habiendo la Mutual, una vez aprobado el castigo, registrado la operación en la sub cuenta de orden 865.01 Créditos Castigados por Insolvencia.

d) Cargo N° 3

Con relación al presunto incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Mutual, manifiesta, en el memorial de 28 de febrero de 2011, que la entidad cumplió con la presentación de sus Estados Financieros anuales, con los correspondientes dictámenes de auditoría externa, sin existir error de registro porque se expuso el valor total del saldo impago por el Proyecto Verónica conforme a disposiciones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

Asimismo, manifiesta que la política de castigos establecida por la Mutual coincide con disposiciones de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por lo que, se ratifica el cumplimiento de sus Políticas Internas y Reglamentación emitida por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en lo referente a castigos de créditos.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°280/2011 DE 16 DE MARZO DE 2011.-

Evaluados los descargos presentados por MUTUAL LA PAZ la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N°280/2011 de 16 de marzo de 2011, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO *Declarar la prescripción de la infracción contenida en los incisos 1) y 2) de la Nota de Cargos ASFI/DSR 1/8492/2011 de 24 de enero de 2011, referidos a la inobservancia de los artículos 50 inciso b) numeral 4 y el artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

SEGUNDO *Declarar la prescripción parcial del inciso 2) de la citada Nota de Cargos, en lo referente a la gestión 2007, manteniéndose firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1.*

TERCERO *Sancionar con multa pecuniaria de 1.000 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 0,33% del capital mínimo previsto por la Ley para entidades mutuales por incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en los Estados Financieros de la Mutual por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a este Órgano de Supervisión…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 06 de abril de 2011, La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N°280/2011 de 16 de marzo de 2011, con los siguientes argumentos:

"III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVOCATORIA.

1. Resolución contraria a la Constitución Política del Estado.

El artículo 35, parágrafo I, inciso d), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. La Constitución Política del Estado, en su artículo 117, parágrafo II, establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. Este principio se aplica a materia sancionatoria penal y administrativa.

De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que Mutual La Paz ha sido doblemente condenada por el mismo hecho:

Mediante Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, se condena a Mutual La Paz, con multa de 1.500 Derechos Especiales de Giro por supuesta incorrecta Información contable de las gestiones 2007 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que ha sido efectivamente pagado por la Mutual La Paz, como consta en el comprobante de 'Depósito en Cuenta' emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 27 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 15.380.14, cuya fotocopia se adjunta y que no ha sido

devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta por la Resolución ASFI/ Nº 606/2010 de fecha 21 de julio de 2010.

En la Resolución ASFI Nº 280/2011, de fecha 16 de marzo de 2011, se condena a Mutual La Paz, con multa de 1.000 Derechos Especiales de Giro, por supuesta incorrecta información contable de las gestiones 2008 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que al ser depositado en cumplimiento de esta Resolución constituirá una doble sanción impuesta por la ASFI que responde a una misma causa y al mismo hecho injustos a los intereses de Mutual La Paz.

La ASFI al momento de determinar la nulidad de la primera Resolución que imponía la sanción de multa no debió limitarse a disponer la anulación del proceso sancionatorio sino, además, disponer la devolución del pago efectuado por Mutual La Paz, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución anulada. Al no haber dispuesto esta devolución, en los hechos mantuvo la condena y sanción impuesta a Mutual La Paz después de haber sido declarada la nulidad que legalmente justificaba este pago. En tanto la multa no sea efectivamente devuelta a Mutual La Paz, toda otra suma de dinero que la ASFI decida imponerle a título de sanción por el mismo hecho, constituye una doble condena prohibida por la Constitución Política del Estado. Consecuentemente, su autoridad velando por el cumplimiento de los principios fundamentales de la actividad administrativa la que se rige por principios del Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al Orden Público Administrativo, no puede dejar de lado que uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho respecto a la sanción que fue impuesta en la Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, aspecto que no ha merecido el pronunciamiento expreso de su autoridad dejando en el caso particular que nos refiere, en la indeterminación por la imposición de una sanción que debió quedar sin efecto al haberse anulado el proceso sancionatorio del cual se origino dicha sanción.

En atención a los fundamentos antes expuestos, la actividad reguladora debe circunscribirse a los Principios Generales de la Actividad Administrativa debiendo regirse entre otros, por el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley asegurando a los administrados el debido proceso.

Asimismo, la Autoridad Reguladora no ha velado en el presente caso, por el cumplimiento de los Principios Sancionadores que establecen que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a los regulados estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

2. Ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción de su parte resolutiva.

El artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala: 'Se considera acto administrativo, toda declaración disposición o decisión de la Administración Pública de alcance general o particular, emitido en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional cumpliendo con los requisitos o formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre los administrados. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legitimo'.

En la doctrina del Derecho Administrativo, el objeto del acto administrativo consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto pero materializado fuera de él. El artículo 35, parágrafo I, inciso b), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo objeto sea ilícito. Es contrario a la Ley, todo objeto de un acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias. Esto es lo que ocurre con la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la Resolución impugnada en su relación con las decisiones contenidas en los artículos SEGUNDO, TERCERO y CUARTO.

El artículo PRIMERO declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 2) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R - 8492/2011, de fecha 24 de enero de 2011. (Esta infracción declarada prescrita corresponde al supuesto incumplimiento a la normativa bancaria sobre el castigo de la operación crediticia N° 1001909, otorgada al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'). Es decir, que al haberse declarado la prescripción de esta supuesta infracción, la ASFI ha determinado, jurídicamente, que Mutual La Paz no tiene ninguna responsabilidad por este hecho que se le atribuyó en la formulación de los cargos y, en consecuencia, no corresponde imponerle sanción alguna.

Como claramente se desprende del artículo Primero de la Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010 (Resolución que fue anulada por la ASFI), la información supuestamente incorrecta expuesta por la Mutual La Paz en sus Estados Financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009 ha sido ocasionada por el 'indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'; por tanto el Cargo N° 3 por el que se sanciona a Mutual La Paz en los artículos SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO de la Resolución impugnada (cargo referido a inexactitud de la información contable proporcionada), no es un Cargo autónomo e independiente con relación al Cargo N° 2, cuya infracción se ha declarado prescripta, (cargo relativo al supuesto incumplimiento de la normativa bancaria referida a la forma de hacer efectivo el castigo contable de un crédito). Por el contrario, el Cargo N° 3 está estrechamente vinculado con el Cargo N° 2 y condicionado por éste. En la Resolución impugnada no se sanciona a Mutual La Paz por el registro de cualquier tipo de información contable, supuestamente incorrecta, inexacta o no veraz, sino por el registro de una información contable específicamente referida a un 'indebido o ilegal castigo contable de un crédito'; extremo que no ha sido determinado por la ASFI porque declaró la prescripción de esta última infracción.

Por tanto, si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que Mutual La Paz no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica', es jurídicamente contradictorio sancionarla por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación a derecho no se ha determinado.

Coherentemente, únicamente podría haberse sancionado a Mutual La Paz por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta entidad financiera por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

Por consiguiente, y en mérito a los argumentos antes descritos nos encontramos frente a la violación del principio de congruencia que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final.

3. Contradicciones en la fundamentación de la Resolución

El artículo 36, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. Un vicio grave del acto administrativo son los defectos de su fundamentación. La Resolución impugnada contiene contradicciones en su fundamentación, con relación a los Cargos N° 1 y N° 2; por una parte fundamenta las razones fácticas y jurídicas, que justifican a criterio de la ASFI la declaración de la prescripción de estas infracciones, pero por otra parte, realiza valoraciones de reproche de la conducta de Mutual La Paz, con relación a los mismos cargos e infracciones, que únicamente se justificarían si la ASFI, no hubiera declarado su prescripción y, en consecuencia, hubiera impuesto una sanción a la Mutual La Paz por éstas infracciones.

Si la ASFI declara la prescripción de una infracción ya no debe realizar ninguna valoración sobre el mérito o el demérito de la conducta del administrado sujeto al procedimiento sancionatorio. Estas valoraciones sobre el fondo de los hechos y de la conducta atribuida al supuesto responsable de la infracción, únicamente resultan pertinentes si no se declara la prescripción de las infracciones atribuidas. La declaración de prescripción inhibe cualquier declaración sobre el mérito o el demérito de la conducta; si en el análisis jurídico la prescripción no corresponde, recién cobra sentido formular el reproche a una persona porque se la considera responsable de la comisión de una infracción cuya acción administrativa se encuentra todavía vigente y, en consecuencia, se le impone la responsabilidad y sanción que el orden jurídico vigente establece para ese caso.

Complementariamente a lo expuesto precedentemente, la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es el orden de observar un determinado comportamiento, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.

Finalmente, la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica de respeto al debido proceso y sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables…"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°101/2011 DE 10 DE FEBRERO DE 2011.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N°394/2011 de 06 de mayo de 2011 resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N°280/2011 de 16 de marzo de 2011 con los siguientes argumentos:

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 94 de la citada Ley dispone que las entidades financieras presentarán al Organismo de Supervisión, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas, de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Autoridad de Supervisión y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

Que, el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que la administración de las entidades financieras bancarias, se sujetará a las disposiciones de la citada Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 1, Sección 10, Capitulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es responsabilidad de la entidad supervisada asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la que permanece en la entidad.
Que, el artículo 36 del Código de Comercio establece que todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalde.

Que, el artículo 82 del Estatuto de Mutual La Paz, señala que el Gerente General es la máxima autoridad ejecutiva, a quien se le confían las funciones administrativas y

operativas de Mutual La Paz, mediante poderes otorgados por el Directorio, asimismo; el inciso a) del artículo 87 establece que es atribución del Gerente General, ejecutar y hacer cumplir las disposiciones legales relativas a la entidad, resoluciones de las Asambleas de Asociados, del Directorio y reglamentaciones internas.

CONSIDERANDO:

Que, efectuado la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, se ha establecido lo siguiente:

Respecto a la Resolución contraria a la Constitución Política del Estado

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició un proceso administrativo en contra de la Mutual La Paz, emitiéndose la Resolución ASFI N° 342/2010, posteriormente en recurso de revocatoria a través de la Resolución ASFI/N° 606/2010 de 21 de julio de 2010, se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.*

- *Bajo este entendido, se emitió un nuevo informe de inspección ASFI/DSR I/R-97650/2010 de 24 de septiembre de 2010 y se procedió a notificar cargos a la entidad mediante carta ASFI/DSR I/R-8492/2011 de 24 de enero de 2011.*

- *Una vez evaluados los descargos de la Mutual La Paz, dentro del plazo previsto por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N° 280/2011, disponiendo sancionar a la entidad con multa de 1,000 Derechos Especiales de Giro.*

- *La entidad habiendo sido notificada con la Resolución ASFI N° 340/2010, efectuó la cancelación de la multa según consta en memorial presentado en fecha 28 de mayo de 2010, papeleta de depósito N° 155625, sin embargo, una vez que la Mutual La Paz conoció dicha anulación del proceso, no procedió a solicitar la devolución de la sanción impuesta.*

- *Asimismo, la entidad una vez que se notificó con la Resolución ASFI N° 280/2011, efectuó la cancelación de la multa, sin considerar que en la parte considerativa página 16 de dicha Resolución establecía que la aplicación de la multa impuesta correspondiente al 1% del capital mínimo, debe considerarse para fines solamente expositivos, ya que Mutual La Paz con la finalidad de interponer Recurso de Revocatoria a la citada Resolución ASFI N° 341/2010, procedió al pago total de la multa equivalente al 1.5% del capital mínimo, correspondiendo la devolución del saldo restante a la citada Mutual, al representar la multa impuesta menor a la depositada por la referida entidad', en este entendido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impuesto doble sanción, por lo que no existe violación al*

principio non bis in idem, el cual doctrinalmente implica la 'prohibición de imponer una doble sanción, cuando exista identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad'. (SC506/2005 de 10 de mayo).

Sin embargo, de lo anterior, al existir dos papeletas de depósito por el mismo concepto y considerando que la Resolución ASFI N° 340/2010, ha sido anulada, corresponde la devolución del monto depositado en la gestión 2010.

Respecto a la ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción de su parte resolutiva

- *En relación a que la Resolución ASFI/N0 280/2011 de 16 de marzo de 2011, como acto administrativo tendría un objeto contradictorio, cabe señalar que doctrinalmente se entiende por objeto del acto administrativo 'Aquello que el acto decide, certifica u opina' (Gordillo - Tratado de Derecho Administrativo, VIIII-6), concordante con lo señalado el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, asimismo, el artículo 28 de la citada Ley establece los elementos esenciales del acto administrativo, siendo uno de ellos el objeto el cual debe ser cierto, lícito y materialmente posible.*

- *Siguiendo el lineamiento del citado precedente, la Resolución ASFI/N0 280/2011 de 16 de marzo de 2011, tiene un objeto claro, cierto, lícito y materialmente posible disposiciones establecidas en los Resuelves Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, cuyas decisiones reflejan las fundamentaciones fácticas y jurídicas, a través de las cuales se sostiene la legitimidad y oportunidad de la declaración de prescripción y la sanción de multa impuesta a la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz.*

- *Respecto al argumento de que la entidad no tendría responsabilidad por el cargo N° 2, es importante aclarar que el artículo primero de la Resolución impugnada, declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 2) de la citada nota de cargos, referida a la inobservancia de los artículos 50 inciso b) numeral 4 y artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por lo que consecuentemente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no impuso sanción por el incumplimiento a este cargo, por cuanto prima facie (sic) declaró la prescripción del mismo.*

- *Por otra parte, el cargo N° 3 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8492/2011 de 24 de enero de 2011, no se encuentra vinculado ni condicionado al cargo N° 2, por cuanto, el citado cargo N° 2 se refiere al incumplimiento de los artículos 108 y 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la*

Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, relativo al castigo de la operación crediticia N° 1001909 otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la (CSTSSS).

- *En cambio, el cargo N° 3, se refiere al incumplimiento del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dicha infracción corresponde por presentar estados financieros con exposición errónea, manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2007 al 2009, por lo que el cargo N° 3 es una infracción independiente que no se encuentra vinculada ni condicionada al cargo N° 2.*

- *En este marco, los estados financieros de la Mutual estuvieron expuestos en forma errónea por el castigo indebido, mismo que tuvo efecto en la disminución del índice de pesadez de la cartera durante las gestiones 2008 a 2009, lo cual reflejó en promedio una mora menor a la pesadez real, consecuentemente la Mutual expuso en sus balances una mejor posición financiera, ocasionando que el reporte de cartera y previsiones remitido a este Órgano de Supervisión y presentado a los Asociados y público en general no sea veraz.*

- *En virtud a lo antedicho, se tiene que la exposición errónea de los Estados Financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009, se consideran como una infracción continua por cuanto, el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida que la entidad exponía sus Estados Financieros con información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general.*

- *Consecuentemente, la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto, son infracciones de tracto sucesivo o continuo ya que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo como producto del mal castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y otros, al exponer la entidad en sus Estados Financieros información inexacta e imprecisa, así lo ratifica la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, al decir que: 'Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, determina que la interrupción no es un efecto único, instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perduraren el tiempo (infracción continuada)'.*

- *En absoluta consonancia respecto a la facultad que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de proteger, supervisar la información respecto a los destinatarios en general, la Resolución Jerárquica SIREFI -RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, ha establecido (...) 'Donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplia y clara, puesto que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera*

incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario'.

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría violado el principio de congruencia, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/04/2004 de 12 de febrero expresó 'El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, debe ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final', en el presente caso la Resolución ASFI N° 280/2011 de 16 de marzo de 2011, se encuentra revestida de congruencia específica (petición-prueba-resolución).*

Con relación a la las contradicciones en la fundamentación de la resolución

- *Respecto a la valoración emitida, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como Organismo Regulador del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, en el ejercicio de la mencionada competencia tiene la facultad para emitir apreciaciones de valor sobre los hechos acaecidos, en el presente caso, la Resolución ASFI N° 280/2011 de 16 de marzo de 2011, en las páginas 11 y 12 señalan que existió una conducta contraria claramente determinada por la Ley de Bancos y Entidades Financieras Ley N° 1488 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin embargo no se puede sancionar ya que las infracciones han sido declaradas prescritas*

- *En relación al principio de tipicidad, los incumplimientos establecidos en la carta de notificación de cargos ASFI/DSR I/R-8492/2011 de 24 de enero de 2011, son infracciones que de ninguna manera inciden o contrarían el deber que tiene la entidad de dar observancia a las disposiciones normativas señaladas en dicha carta, por lo que en el presenta caso, la entidad no dio cumplimiento al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para bancos y Entidades Financieras, al haber la entidad expuesto en sus estados financieros desde la gestión 2008 y 2009, información que errónea, conducta que fue adecuadamente calificada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no se refieren al incumplimiento del artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto

Ordenado), a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1, ni al artículo 36 del Código de Comercio, consecuentemente al no desvirtuar las consideraciones emitidas en la Resolución ASFI N° 280/2011 de 16 de marzo de 2011, se tiene por ratificados los mismos.

Que, según Informe ASFI/DAJ/R-47379/2011 de 6 de mayo de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuó las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 280/2011 de 16 de marzo de 2011, al exponer de forma consecutiva los estados financieros con deficiencias de exposición manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2008 y 2009.

Que, de acuerdo a lo expuesto en el Informe ASFI/DAJ/R-47379/2011, se advierte que habiendo prescrito la sanción correspondiente a la gestión 2007, del cargo 3) del Informe ASFI/DSR I/R-8492/2011 de 24 de enero de 2011, corresponde precisar en la resolución que la sanción impuesta corresponde a las infracciones cometidas en las gestiones 2008 y 2009, respecto al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Título II…"

(…)" RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE *la Resolución Administrativa ASFI N° 280/2011 de 16 de marzo de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de la siguiente manera:*

Se confirma el Resuelve PRIMERO, TERCERO, CUARTO, QUINTO Y SEXTO y se modifica parcialmente el Resuelve SEGUNDO, debiendo quedar redactado como sigue:

'SEGUNDO Declarar la prescripción del Inciso 3) de la citada Nota de Cargos, sólo en lo referente a la sanción correspondiente a la gestión 2007, manteniendo firme el cargo por las infracciones correspondientes a las gestiones 2008 y 2009, respecto al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, artículo 1, Sección 10, Capitulo II, Titulo II.'

SEGUNDO.- *Disponer que por la Jefatura de Finanzas, se proceda con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI/N° 342/2010 de 7 de mayo de 2010, anulada mediante Resolución ASFI/N° 606/2010 de 21 de julio de 2010, previo cumplimiento de las formalidades correspondientes al trámite…"*

6. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 18 de mayo de 2011, la **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** presenta el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 280/2011 de 16 de marzo de 2011, expresando lo siguiente:

"IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.

1. <u>Resolución contraria a la Constitución Política del Estado.</u>

El artículo 35, parágrafo I, inciso d), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. La Constitución Política del Estado, en su artículo 117, parágrafo II, establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. Este principio se aplica a materia sancionatoria penal y administrativa. De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que Mutual La Paz ha sido doblemente condenada por el mismo hecho: Mediante Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, se condena a Mutual La Paz, con multa de 1.500 Derechos Especiales de Giro por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2007 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que ha sido efectivamente pagado por Mutual La Paz, como consta en el comprobante de 'Depósito en Cuenta' emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 27 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 15.380.14) y que no ha sido devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta por la Resolución ASFI/ N° 606/2010 de fecha 21 de julio de 2010.

En la Resolución ASFI N° 280/2011, de fecha 16 de marzo de 2011, se condena a Mutual La Paz, con multa de 1.000 Derechos Especiales de Giro, por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2008 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que al ser depositado en cumplimiento de esta Resolución constituye en un doble pago a la ASFI porque a partir de ese momento tendrá en su propiedad dos sumas de dinero que responden a una misma causa prohibida por la Constitución en el artículo 117, parágrafo II: doble condena por el mismo hecho.

La ASFI al momento de determinar la nulidad de la primera Resolución que imponía la sanción de multa no debió limitarse a disponer la anulación del proceso sancionatorio sino, además, disponer la devolución de todo lo dado y entregado por Mutual La Paz, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución anulada. Al no haber dispuesto esta devolución, en los hechos y en esencia, mantuvo la condena y sanción impuesta a Mutual La Paz, después de haber sido removida por obra de la nulidad la causa que legalmente justificaba esta adquisición. Mientras esta suma de dinero no sea efectivamente devuelta a la Mutual La Paz, toda otra suma de dinero que la ASFI decida imponerle a título de sanción por el mismo hecho, constituye la doble condena prohibida por la Constitución Política del Estado.

2. *Ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción de su parte resolutiva.*

El artículo 35, parágrafo I, inciso b), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo objeto sea ilícito. Es contrario a la Ley, todo objeto de un acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias. Esto es lo que ocurre con la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la Resolución impugnada en su relación con las decisiones contenidas en los artículos SEGUNDO, TERCERO y CUARTO. El artículo PRIMERO declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 2) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R - 8492/2011, de fecha 24 de enero de 2011. Esta infracción declarada prescrita corresponde al supuesto incumplimiento a la normativa bancaria sobre el castigo de la operación crediticia N° 1001909, otorgada al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'). Es decir, que al haberse declarado la prescripción de esta supuesta infracción, la ASFI ha determinado, jurídicamente, que Mutual La Paz no tiene ninguna responsabilidad por este hecho que se le atribuyó en la formulación de los cargos y, en consecuencia, no corresponde imponerle sanción alguna. Como claramente se desprende del artículo Primero de la Resolución ASFI/N^{0} 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010 (resolución que fue anulada por la ASFI), la información supuestamente incorrecta expuesta por la Mutual La Paz en sus Estados Financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009, ha sido ocasionada por el "indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'; por tanto el Cargo N° 3 por el que se sanciona a Mutual La Paz en los artículos SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO de la resolución impugnada (cargo referido a inexactitud de la información contable proporcionada), no es un Cargo autónomo e independiente con relación al Cargo N° 2, cuya infracción se ha declarado prescrita, (cargo relativo al supuesto incumplimiento de la normativa bancaria referida a la forma de hacer efectivo el castigo contable de un crédito). Por el contrario, el Cargo N° 3 está estrechamente vinculado con el Cargo N° 2 y condicionado por éste. En la resolución impugnada no se sanciona a Mutual La Paz por el registro de cualquier tipo de información contable, supuestamente incorrecta, inexacta o no veraz, sino por el registro de una información contable específicamente referida a un 'indebido o ilegal castigo contable de un crédito'; extremo que no ha sido determinado por la ASFI porque declaró la prescripción de esta última infracción.

Por tanto, si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que Mutual La Paz no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica', es jurídicamente contradictorio sancionarla por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación a derecho no se ha determinado.

Coherentemente, únicamente podría haberse sancionado a Mutual La Paz por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta entidad financiera por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

3. <u>Contradicciones en la fundamentación de la Resolución.</u>

El artículo 36, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. Un vicio grave del acto administrativo son los defectos de su fundamentación.

La resolución impugnada contiene contradicciones en su fundamentación, con relación a los Cargos N° 1 y 2; por una parte fundamenta las razones fácticas y jurídicas, que justifican a criterio de la ASFI la declaración de la prescripción de estas infracciones, pero por otra parte, realiza valoraciones de reproche de la conducta de Mutual La Paz, con relación a los mismos cargos e infracciones, que únicamente se justificarían si la ASFI, no hubiera declarado su prescripción y, en consecuencia, hubiera impuesto una sanción a la Mutual La Paz por éstas infracciones.

Si la ASFI declara la prescripción de una infracción ya no debe realizar ninguna valoración sobre el mérito o el demérito de la conducta del administrado sujeto al procedimiento sancionatorio. Estas valoraciones sobre el fondo de los hechos y de la conducta atribuida al supuesto responsable de la infracción, únicamente resultan pertinentes si no se declara la prescripción de las infracciones atribuidas. La declaración de prescripción inhibe cualquier declaración sobre el mérito o el demérito de la conducta; si en el análisis jurídico la prescripción no corresponde, recién cobra sentido formular el reproche a una persona porque se la considera responsable de la comisión de una infracción cuya acción administrativa se encuentra todavía vigente y, en consecuencia, se le impone la responsabilidad y sanción que el orden jurídico vigente establece para ese caso.

4. <u>Otras actuaciones ilegales de la ASFI: La Resolución N° 394/2011. de fecha 6 de mayo de 2011.</u>

Por las razones expresadas en los parágrafos I y II de este memorial, la Resolución N° 394/2011 es nula de pleno derecho. En cuanto a sus fundamentos, al reproducir en esencia y conceptualmente los fundamentos de la Resolución 280/2011 y ratificar los mismos, la impugnó con los mismos fundamentos expuestos en los numerales precedentes de este memorial.

V. PETITORIO

Por las razones expuestas, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 43, parágrafo I, inciso b) y 44 del Decreto Supremo N° 27175, solicito a la autoridad jerárquicamente superior de la Dirección Ejecutiva de la ASFI:

1. *La Revocatoria Parcial del Artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008 y 2009, y la revocatoria total de los Artículos TERCERO y CUARTO de la Resolución ASFI N° 280/2011, de fecha 16 de marzo de 2011; y*

2. *La Revocatoria del artículo PRIMERO, únicamente con relación a los cargos y sanciones de las gestiones 2008 y 2009, de la Resolución ASFI N° 394/2011, de fecha 6 de mayo de 2011…"*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

Que, con carácter previo, se debe realizar un pronunciamiento administrativo sobre la presentación del Recurso Jerárquico.

Es así que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz, en su Recurso Jerárquico en el punto 1, acerca de personería señala:

> *"…el presente Recurso Jerárquico Parcial contra el artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008 y 2009, y contra los artículos TERCERO y CUARTO en su integridad de la Resolución ASFI N°280/2011 de fecha 16 de marzo de 2011 y contra el artículo PRIMERO de la Resolución ASFI N°394/2011 de fecha 6 de mayo de 2011…"*

Asimismo en la parte del Petitorio señala:

"…*Solicito a la autoridad jerárquicamente superior de la Dirección Ejecutiva de la ASFI:*

1. *La revocatoria parcial del artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008, 2009, y la revocatoria total de los artículos TERCERO y CUARTO de la Resolución ASFI N°280/2011 de fecha 16 de marzo de 2011; y*

2. *La revocatoria del artículo PRIMERO de la Resolución ASFI N°394/2011, de fecha 6 de mayo de 2011."*

De lo transcrito, se evidencia la confusión que existe por parte del recurrente al momento de determinar contra qué Resolución Administrativa se debe presentar el Recurso Jerárquico.

Al respecto la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 66 refiere:

> "*Contra la resolución que* ***resuelva el recurso de revocatoria, el interesado o afectado únicamente podrá interponer el Recurso Jerárquico***…"

De lo expuesto, queda claro que el Recurso Jerárquico se presenta **sólo contra la Resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria,** en este caso contra la **Resolución Administrativa ASFI N°394/2011 de fecha 6 de mayo de 2011,** debido a que este acto procesal administrativo, es el que confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°280/2011 de 16 de marzo de 2011 (es decir la resolución primigenia sancionatoria).

No es procedimentalmente viable presentar Recurso Jerárquico contra las dos Resoluciones Administrativas, debido a que – como ya se mencionó – la primera al ser objeto de impugnación a través del Recurso de Revocatoria, misma que ha sido confirmada por la segunda (RA ASFI N°394/2011), es decir, que intrínsecamente la primera resolución emitida por el órgano regulador ha sido sujeta de consideración y es la que le otorga su validez, por lo tanto se constituye como parte de la segunda resolución, es decir, que no se está hablando de dos actos distintos, sino de un mismo acto, que es confirmado por la resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria. Hecha la aclaración, se procede con el análisis de fondo del presente recurso.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

El Recurso Jerárquico interpuesto se circunscribe principalmente a dos aspectos fundamentales; el primero refiere y acusa al acto administrativo impugnado de ser contrario a la Constitución Política del Estado y el segundo aspecto fundamenta la ilegalidad del objeto de la resolución recurrida siendo esta contradictoria en el decisum; aspectos fáctico jurídicos que deben ser objetivamente valorados de acuerdo a las manifestaciones legales esgrimidas por la recurrente.

1.1. De los antecedentes de imputación y sanción.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría imputado a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz, el incumplimiento del Artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras artículo 1 parágrafo segundo, Sección 10, Capítulo II, Título II, al haber la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" presentado en sus estados financieros por las gestiones 2008 y 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro de la operación crediticia que habría sido castigada en supuesto incumplimiento a la normativa.

Para un mejor análisis, se considera importante el detalle de cada uno de los artículos que llevan al cargo.

Ley de Bancos y Entidades Financieras en su **artículo 94** establece que: "*Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera. La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa. Las entidades de intermediación financiera publicarán sus estados financieros al 30 de junio y al 31 de diciembre de cada año, en un diario de circulación nacional. Las entidades financieras conservarán, debidamente, los libros y documentos referentes a sus operaciones, microfilmados o registrados en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable*".

Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras **artículo 1 parágrafo segundo**, Sección 10, Capítulo II, Título II, establece que: "*Responsabilidad.- Es responsabilidad de la entidad supervisada:*

- *Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, integridad y legibilidad de la misma.*

- ***Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad.***

- *Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento.*

- *Mantener actualizada la información cargada en sistemas captura de información*".

Asimismo, por la normativa antes detallada, se analizará desde el origen del castigo, como un medio de entender el cargo imputado.

En fecha 19 de noviembre de 2002, después de 1.146 días considerando la primera fecha de pago el 30 de septiembre de 1999, inició la demanda judicial, la misma que quedó anulada debido a errores en el proceso, los cuales no fueron sujetos de seguimiento y control previo por el Área Legal, aspecto que estaba incumpliendo lo establecido en la Circular SB/291/99 del 21 de junio de 1999, con relación al Título V, Anexo I, Sección 5, que determina: "*Las acciones judiciales deben ser iniciadas a más tardar a los 91 días de la fecha que entró en mora un prestatario a menos que cuente con autorización para su postergación……..*". Al respecto, no se tiene evidencia de una orden superior de suspensión de acciones judiciales.

En fecha 2 de agosto de 2005, después de 2.036 días la Mutual inició el proceso ejecutivo ante el Juzgado 6º de Partido en lo Civil y Comercial. Asimismo, de manera verbal la Dra. Alarcón miembro del Directorio instruyó al abogado patrocinante suspender el juicio por un tiempo de cinco (5) meses aproximadamente, y el 7 noviembre de 2006 el Directorio solicito reiniciar las acciones judiciales mediante nota de la Subgerencia Legal.

En fecha 12 de diciembre de 2007, mediante comunicación interna de la Gerencia General de la Mutual La Paz (C.I./GG/NC/837/2007) presentó la documentación para la aprobación del castigo del crédito a consideración del Directorio, y mediante acta Nº045/2007 autorizó que se proceda con el registro contable.

En el proceso de castigo, no se consideró lo informado por el Subgerente Legal, Jefe de Normalización y Oficial de Normalización, que establece textual: "…*en caso de no existir ningún punto de solución, las acciones judiciales continuarían hasta la adjudicación del lote de terreno*". Al respecto, de acuerdo a la Resolución Nº11/2006 de 27 de enero de 2006 del Juzgado 6º de Partido en lo Civil y Comercial el bien inmueble estaba embargado, lo que demuestra, la existencia de una fuente de recuperación del crédito.

Por lo anterior, es evidente que no se agotaron las instancias judiciales de recuperación, de acuerdo a lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 3, numeral 1 (**norma a esa fecha**), que determina: "….*no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito*". Este hecho, que no fue observado en el informe de Auditoría Interna Nº AI-044/2009 de 31 de agosto de 2009, estableciendo que se procedió de acuerdo a norma, sin considerar la existencia de un bien inmueble en garantía y que no se agotaron los recursos para lograr su recuperación. Por lo anterior, se puede establecer el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Con el informe de la Gerencia General MLP/GG/010/2004 de fecha 23 de diciembre de 2004, recomienda al Directorio aprobar el castigo y poner en conocimiento de la Asamblea de Asociados por tratarse de un crédito superior al 1% del patrimonio de la Mutual. Asimismo, recomendó continuar con las acciones legales hasta la adjudicación y desapoderamiento del inmueble, sin considerar lo informado en el formulario NC/CRE/CAST/45/04 de fecha 9 diciembre de 2004, firmado por el abogado de la causa y Jefe del Departamento Legal, en el que indica de manera textual: "*Por la existencia de garantía hipotecaria el crédito es recuperable*".

La mutual no habría adecuado el castigo a la norma y a la falta de claridad en la información proporcionada a la Asamblea de Asociados, que habrían incumplido lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 2 (**norma a esa fecha**).

Por otra parte, de acuerdo al acta de la Asamblea de Asociados Nº37 de 23 de mayo de 2008, aproximadamente un año después, el Directorio informó textual: "*En la Gestión 2007 se castigaron 28 operaciones, de las cuales una sobrepasa el 1% del patrimonio neto de la institución, cuyo monto asciende a $us.21.898,29*", siendo el correcto $us.210.898,29.

Por toda la normativa antes señalada y en concordancia con el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en el Título 3, Código 865.00, Grupo "Cuentas de Registro", Cuenta "**Cuentas Incobrables Castigadas**", es en la que, se hace el registro de los créditos castigados, es cuando se hayan clausurado las acciones tendentes a recuperar los créditos

y haberse declarado y autorizado su castigo por su irrecuperabilidad, ni que existía un bien en garantía que hacia recuperable el crédito.

Por lo expuesto, la Mutual habría infringido, lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículos 2 y 3, (**norma a esa fecha**), que dice: **"*Artículo 2 – Autorización.-*** *El castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1% del patrimonio neto de la EIF, debe contar con la autorización previa del Directorio u órgano equivalente y ser puesto en conocimiento de la Junta General Ordinaria de Accionistas u órgano equivalente como parte del informe de la gestión.* ***Artículo 3 – Procedimiento para el castigo de créditos.-*** *Los prestatarios cuyos saldos adeudados se encuentren en mora y previsionados en su totalidad por más de un año, necesariamente deberán ser castigados contra las previsiones constituidas y traspasados a cuentas de orden; no obstante, de acuerdo al criterio de las EIFs los prestatarios en mora y previsionados en su totalidad podrán ser castigados antes del año. En ambos deberán contar con la documentación siguiente:*

1. *Informe del abogado a cargo de la causa sobre la situación y estado del cobro judicial acompañando copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito.*

2. *Informe del área respectiva sobre la situación del deudor, conteniendo saldos de capital e intereses adeudados, previsión específica constituida, garantías y opinión sobre el grado de recuperabilidad.*

3. *Declaración jurada del síndico u órgano equivalente referente a que los créditos a castigar no son vinculados a la propiedad, dirección, gestión o control de la EIF.*

4. *Acta de sesión del Directorio donde conste haber tomado conocimiento del castigo del crédito y haberlo autorizado.*

Los informes y documentos mencionados deberán archivarse en las respectivas carpetas de crédito".

Esto debido a que el castigo no estaba adecuado a la normativa y la ausencia de claridad en la información que se puso en conocimiento de la Asamblea de Asociados.

Por otra parte, se procedió a la reversión del castigo, de acuerdo con la comunicación interna GL/I/1828/2009 NUT-28992 de 31 de diciembre de 2009, de la Gerencia Legal que establece textual: "…*en sentido de no haberse agotado las instancias judiciales para la recuperación y con la finalidad de que estos castigos se reflejen a los estados financieros para su mejor exposición de éstos préstamos dentro de la cartera de la Mutual se recomienda proceder a la reversión de los castigos realizados y sea con autorización del Directorio de la entidad a través de la Gerencia General*".

De acuerdo la comunicación interna del Directorio DI/I/3/2010 NUT 28992 de fecha 15 de enero de 2010, instruye se proceda con lo establecido en el acta de sesión de Directorio N°002/10 de 14 de enero de 2010, que dice textual: "…*con el objeto de levantar la observación de la ASFI y habiendo analizado el informe de la Gerencia Legal GL/I/1828/2009 remitido por la Gerencia General a.i. mediante comunicación interna GO/I/2/2010, determinó revertir el castigo del citado proyecto*…".

Para concluir el proceso, a través de la comunicación interna de la Gerencia General GG/I/20/2010 NUT 28992 de 16 de enero de 2010, instruye a la Subgerencia de Operaciones, que sé de cumplimiento a lo establecido por el Directorio de la Mutual.

Por lo anterior, es evidente que no se agotaron las instancias judiciales de recuperación, de acuerdo a lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 3, numeral 1 (**norma a esa fecha**), que determina: "….*no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito*".

En el proceso de castigo de la operación crediticia se presentaron irregularidades, debido a que se estableció la existencia de un bien recuperable, incumpliendo con lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 3, numeral 1 (antes citado).

Por toda la normativa antes señalada y en concordancia con el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en el Título 3, Código 865.00, Grupo "Cuentas de Registro", Cuenta "**Cuentas Incobrables Castigadas**", es en la que, se hace el registro de los créditos castigados, es cuando se hayan clausurado las acciones tendentes a recuperar los créditos y haberse declarado y autorizado su castigo por su irrecuperabilidad, ni que existía un bien en garantía que hacia recuperable el crédito.

Finalmente, si bien se procedió a la reversión del castigo, este hecho no desvirtúa el incumplimiento determinado por la exposición de la información contable en los estados financieros por las gestiones 2008 y 2009.

1.2. Sobre la Resolución contraria a la Constitución Política del Estado.-

El recurrente acusa que se ha vulnerado el parágrafo primero del artículo trigésimo quinto de la Ley de Procedimiento Administrativo manifestando que la Autoridad Fiscalizadora habría sancionado doblemente al administrado por un mismo hecho invocando también la disposición constitucional contenida en su artículo 117, parágrafo II en el que establece la prohibición de la dualidad de procesamiento y/o condena por una misma causa.

Al respecto, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz realizó dos depósitos bancarios como consecuencia de un proceso sancionatorio administrativo instaurado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el primero fue como consecuencia de la sanción impuesta en la Resolución Administrativa ASFI/N° 342/2010 de 07

de mayo de 2010; posteriormente dicho acto administrativo fue anulado por la citada autoridad fiscalizadora mediante Resolución Administrativa 606/2010 de 21 de julio de 2010; dejando en consecuencia sin efecto la sanción pecuniaria impuesta a la "Mutual La Paz".

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

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

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

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

Esta errada pretensión por parte de la entidad recurrente provocó incluso que el órgano de fiscalización emitiera un criterio sesgado, ya que en la Resolución Administrativa ASFI Nº 280/2011de 16 de marzo de 2011 señala que el recurrente a tiempo de interponer Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 342/2010 de 07 de mayo de 2010 (misma que fue objeto anulación por la propia ASFI) habría procedido al pago de la multa pecuniaria impuesta, equivalente al 0.5% del capital mínimo por lo que la multa correspondiente al 0.33% del capital mínimo (que se impuso en la Resolución ASFI 280/2011), debe considerarse para fines solamente expositivos correspondiendo la devolución del saldo.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede disponer de recursos que no son de su propiedad ya que al momento de anular la Resolución Administrativa ASFI Nº 342/2010 hasta la emisión de un nuevo informe de inspección inclusive; todos los actos procesales llevados a cabo hasta el momento de la anulación quedaron sin efecto legal

alguno y esta disposición incluye el empozo de la multa realizada por el administrado, no pudiendo el órgano de fiscalización disponer o presuponer que la sanción con multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI N° 280/2011, ya se encontraría oblada por efecto del depósito realizado anteriormente por un acto administrativo anulado; a no ser que de manera expresa el recurrente manifieste su voluntad y solicite que el monto depositado con anterioridad – como consecuencia de que el anterior acto administrativo haya sido anulado – pase a cubrir la sanción impuesta en el nuevo acto administrativo emitido; situación que no se evidencia en el expediente administrativo.

De acuerdo a lo esbozado, debe quedar claro al órgano de regulación que excedió su competencia al pretender disponer de una multa que no gozaba con autoridad de cosa juzgada ni vigente por efecto de la anulación entonces, estos recursos económicos son de propiedad del administrado; debiendo ser este quien decida o solicite si dichos recursos podrían pasar a cubrir una nueva multa impuesta, o en su defecto ejercer su derecho a solicitar su devolución, confundiendo este derecho atributivo solo a ellos con una doble sanción administrativa tal cual se pasara a compulsar a continuación:

La Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" señala que al haber empozado un segundo depósito por un mismo procedimiento administrativo sancionatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estaría sancionando dos veces por una misma acción al regulado desconociendo el alcance de las anulabilidades procesales, que de manera expresa retrotraen sus efectos al momento en el que se anuló el acto, quedando sin efecto cualquier actuación procesal anterior, debiendo reponerse las cosas donde quedaron, como por ejemplo la multa depositada.

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

Finalmente, la Resolución Administrativa ASFI N° 394/2011 de 6 de mayo de 2011 de manera expresa dispuso en su artículo segundo la devolución de la multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI N° 342/2010 de 07 de mayo de 2010, como consecuencia de que el recurrente ya en instancia revocatoria acusó a la administración pública de haberse impuesto una doble sanción, siendo su deber realizar los trámites legales y administrativos que correspondan para proceder a su devolución, constituyendo también este otro aspecto legal inequívoco de que no se impuso una doble sanción al administrado ni se contravino la disposición trigésima quinta de la Ley de Procedimiento Administrativo ni el artículo 117 de la Constitución Política del Estado.

Que, congruentemente con lo esgrimido, corresponde precisar que no corresponde la solicitud de anulación de un proceso, por la falta de devolución o restitución de una multa que corresponde a otro proceso anulado, (que ya carece de efectos), implicando que por dicha situación no puede viciar el presente proceso. Argumento que a su vez ya fue objeto

de pronunciamiento por esta instancia Jerárquica en su Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011.

1.3. Sobre la Ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción en su parte resolutiva.-

El recurrente manifiesta que el acto administrativo impugnado conlleva dos decisiones contradictorias ya que en el artículo primero se declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 2 de la nota de cargos correspondiente al castigo de la operación crediticia otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el "Proyecto Habitacional Verónica" y acto seguido, en las demás disposiciones resuelve multar a la "Mutual La Paz" como consecuencia del una incorrecta exposición de sus estados financieros por las gestiones 2008 y 2009 como resultado del indebido castigo realizado. Manifestando que las disposiciones segunda, tercera y cuarta de la citada Resolución Administrativa no son cargos autónomos a la disposición primera ya que si se declaró la prescripción del cargo principal no debería sancionarse con los efectos que produjo esta.

Contrario sensu a lo manifestado por el administrado, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala que no existe correlación entre los cargos imputados puesto que el primero señala la inobservancia a los artículos 50 inciso b) numeral 4 y artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras entre otros y el tercer cargo refiere al incumplimiento del articulo 94 parágrafo I) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras correspondiendo esta a la errónea exposición de los estados financieros.

Asimismo, señala que la exposición errónea de los Estados Financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009 se consideran como una infracción continua por cuanto el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida de que la institución financiera exponía información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general; siendo las infracciones cometidas por las gestiones 2008 y 2009 de tracto sucesivo o continuo.

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

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

> *"La prescripción de la acción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el*

derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que tos procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción".

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

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

En este contexto, corresponde realizar una subsunción de los hechos al derecho, teniendo en cuenta que la autoridad supervisora manifestó que el cargo correspondiente al castigo de la operación no tendría vinculancia directa con el cargo referente a la errónea exposición de estados financieros, puesto que el primer cargo establece el incumplimiento de determinadas infracciones legales del ámbito jurídico administrativo y el segundo a otro tipo contravenciones también administrativas, por tanto estas serían distintas, acto seguido, la citada autoridad señala que el efecto de la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009 por cuanto son infracciones de "tracto sucesivo" contradiciendo lo manifestado precedentemente, ya que si los cargos en primera instancia corresponderían a infracciones distintas al ordenamiento jurídico administrativo no podemos vincular estos con un efecto continuado o tracto sucesivo porqué si fuese así, no debió declararse la prescripción de los cargos imputados, puesto que como resultado del efecto continuado de la infracción contenida en el tercer cargo, el instituto jurídico de la prescripción debió ser interrumpido al momento de que la Mutual La paz exponía sus estados financieros erróneos como consecuencia de un mal castigo.

Asimismo es evidente que la aparente exposición de los Estados Financieros de la Mutual La Paz de manera anual conllevaron diferentes consecuencias ante el mercado, sus ahorristas, sujetos de crédito y público en general, creando expectativas ficticias a estos mostrando una situación financiera que no se ajustaba a la realidad material de la Mutual, debiendo la autoridad supervisora haber establecido un grado de culpa en base a dicho criterio bajo una fundamentación adecuada de acuerdo al ordenamiento jurídico administrativo que no vincule de manera directa una infracción con otra que haya sido declarada prescrita; fundamentación que debió estar conforme lo establece el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo constituyendo esta un elemento esencial del acto

administrativo a efecto que no comprometa la validez y eficacia del acto.

La interrelación otorgada a los cargos entre sí por efecto del "Tracto Sucesivo" otorgado; sumado esto a la declaración de prescripción que otorgó el órgano de fiscalización a los dos primeros cargos, compromete de manera directa la suerte del tercer cargo con el efecto de la prescripción, puesto que no es posible que instancia ad quem actué en detrimento del administrado empeorando su situación cuando este precisamente acude ante instancia jerárquica a solicitar el amparo de sus derechos subjetivos e intereses legítimos que fueron agraviados con el pronunciamiento de un acto administrativo emitido por instancia inferior principio procesal denominado como "Reformatio in peius" recogido por nuestra economía jurídica administrativa.

En este contexto, el aludido principio procesal inhibe a esta instancia administrativa a emitir un pronunciamiento que como consecuencia genere una situación procesal peor a la que se encuentra el regulado como consecuencia de una inadecuada fundamentación realizada por autoridad administrativa fiscalizadora.

Por lo expuesto, se debe hacer notar a la Entidad Reguladora que al haber declarado la prescripción en cuanto al cargo uno y dos ha hecho justamente que el cargo carezca de validez en razón a que como ya dijimos el cargo tres no es un cargo autónomo e independiente, situación jurídica que la propia Autoridad Fiscalizadora le otorgó al manifestar que son infracciones continuadas y/o de "tracto Sucesivo" no habiendo – en todo caso – realizado una correcta aplicación de tal vocablo si posteriormente pretendió señalar dicho tercer cargo consistía a una infracción diferente a la de los cargos anteriores, como sugiere la ASFI, sino que el mismo estaba íntimamente relacionado al castigo del crédito del Sr. Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema Social para el proyecto habitacional "Verónica" , por lo que mal se le puede sancionar por haber expuesto en sus Estados Financieros 2008 y 2009 información incorrecta si este justamente es el resultado del indebido castigo de la operación concedida al citado y once representantes de la CSTSS.

1.4. Sobre las contradicciones en la fundamentación de la resolución impugnada.-

Finalmente corresponde emitir pronunciamiento sobre lo expuesto por la entidad recurrente en el presente acápite, ya que ésta señala que si la ASFI declaró la prescripción de uno de los cargo no le corresponde realizar valoraciones de reproche sobre la conducta del infractor.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a lo compulsado es evidente que la autoridad administrativa no realizó una valoración adecuada haciendo una incorrecta vinculación de los cargos imputados con la prescripción declarada comprometiendo su pronunciamiento en beneficio del regulado en la contradictoria fundamentación esgrimida debiendo emitir pronunciamiento en apego a lo manifestado ut supra

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **REVOCAR** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI N°280/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, que fue confirmada por la Resolución Administrativa ASFI N°394/2011 de fecha 6 de mayo de 2011, en sujeción a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, manteniéndose subsistentes los demás artículos, al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 365/2011 DE 21 DE ABRIL DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 047/2011 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 047/2011

La Paz, 16 de septiembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 365/2011 de 21 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 20/2011 de fecha 15 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 101/2011 de fecha 2 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 12 de mayo de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** representada por su apoderado, Dr. Armando Herrera Huarachi, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 365/2011 de 21 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-55452/2011 con fecha de recepción 1º de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 365/2011 de 21 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011.

Que, habiéndose dispuesto por providencia de fecha 6 de junio de 2011 que con carácter previo la recurrente acredite la personería de su representante legal, ésta por memorial presentado en fecha 14 de junio de 2011 adjuntó el Testimonio de Poder Nº 73/2011 otorgado en fecha 22 de marzo de 2011 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 5 del Distrito Judicial de Oruro, a cargo del Dr. Pedro Checa Díaz.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 16 de junio de 2011, notificado en fecha 22 de junio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 365/2011 de fecha 21 de abril de 2011, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; se dispone además que la misma Autoridad acredite el cumplimiento del artículo 40º, parágrafo I. del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, en relación a la sanción impuesta en el resuelve segundo de la Resolución Administrativa ASFI Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-64133/2011 de 27 de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero responde a la disposición señalando que adjunta copia legalizada "*del comprobante de pago… que fue cancelado por la Mutual "El Progreso", en cumplimiento al artículo segundo de la Resolución Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011*".

Que, mediante Auto de fecha 16 de junio de 2011, notificado en fecha 22 de junio de 2011, se dispone la notificación de los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela

Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo con el Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 365/2011 de fecha 21 de abril de 2011, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; asimismo, se otorga el plazo no mayor a diez (10) días a efectos de que los terceros legítimos interesados puedan apersonarse y presentar alegatos.

Que, en fecha 6 de julio de 2011 se apersonan los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo, mediante escrito en el que hacen presente sus alegatos y solicitan el rechazo del Recurso Jerárquico.

Que, en fecha 1º de agosto de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo; asimismo, en fecha 19 de agosto de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Lic. Roberto Sillerico, Dr. Luis Carlos Paz Rojas y Dr. Armando Herrera Huarachi, en representación de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota ASFI/DSR II/R-13773/2011 de fecha 4 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó con cargos al señor Félix Sangüeza Oros, Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, en los términos transcritos a continuación:

> "…*se notifica a la Mutual de Ahorro y Préstamo "EL PROGESO"* (sic) *en la persona de su Gerente General, como representante legal de la entidad, con los siguientes presuntos incumplimientos:*
>
> 1. *A lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N' 1488 (Texto Ordenado), concordante con los artículos 786 y 803 del Código de Comercio y 519 y 520 del Código Civil, por haber modificado unilateralmente los alcances del contrato de préstamo suscrito con los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya y Marcelo Bayá Pradel.*

2. *A las disposiciones del artículo 50 de la Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, disposición legal vigente al momento de la suscripción del contrato de préstamo protocolizado mediante escritura pública N° 162/2001 de 22 de junio de 2001 y el contrato privado de ampliación de crédito de 6 de septiembre de 2006, al no haber activado el seguro de desgravamen obligatorio de la señora Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya.*

En consecuencia, se le otorga un plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 supra citado, para que remita los descargos o explicaciones correspondientes debidamente documentados…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota E.P. 13/2011 de fecha 18 de febrero de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** presenta los siguientes fundamentos de descargo:

> *"… 1. Nunca la Mutual, el Directorio, mi persona o algún empleado ha modificado los alcances de los contratos de prestatarios, mucho menos de los esposos Baya Liendo, en actual acción coactiva, afirmación que está comprobada con los contratos originales que cursan en los Estrados Judiciales (fotocopias adjuntas).*
>
> *2. El Seguro de Desgravamen Hipotecario de los prestatarios, cuyas primas no son pagadas por los prestatarios sino por la Mutual con sus propios peculios* (sic)*, como servicio adicional de protección, este seguro se activa y se desactiva automáticamente, cuando los deudores mantienen sus cuotas mensuales al día y cuando dejan de pagar intereses y/o capital (A la fecha de fallecimiento de la codeudora la cuota mensual ya estaba en mora).*
>
> *Los prestatarios se acogen a este beneficio complementario, cuando los causahabientes presentan al fallecimiento de alguno de ellos el certificado de defunción y la declaratoria de herederos, para que la Mutual tramite la cobertura ante la Compañía de Seguros, que la familia Baya nunca presentó en la primera notificación verbal de pago de cuota, escrita de mora y la cobranza extrajudicial ni antes de la cobranza Judicial…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 262/2011 DE 9 DE MARZO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 262/2011 de fecha 9 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sanciona a la **ASOCIACIÓN**

MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO" bajo los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:*** *(…)*

INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN.

En lo que respecta al incidente de prescripción opuesto por la ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",*** *la Entidad funda dicho petitorio en sentido de que los cargos formulados se basan en hechos cometidos el 22 de junio de 2001 con la protocolización de la Escritura Pública N° 162/2001 y posteriormente con la suscripción del contrato privado de ampliación de crédito de 6 de septiembre de 2006, sin considerar que la infracción cometida por la Mutual no se circunscribe a un momento o un hecho específico sino, por el contrario, obedece a un accionar continuo o de tracto sucesivo, por cuanto, para su cómputo se debería considerar el último momento efectivo de su comisión, debiendo considerar para tal efecto que la Mutual habría procedido, de forma permanente y continua, con el cobro de una cuota distinta a la contractualmente pactada, por cuanto se evidencia la inobservancia constante a las disposiciones del artículo 42 de la Ley N° 1488.*

En este punto cabe considerar que la Mutual al haber procedido con el cobro de una cuota de $us210.00, sin tener en cuenta que la cuota pactada según Escritura Pública N° 162/2001 estaba fijada en $us140.00, a partir de la suscripción de los referidos contratos, habría inobservado las cláusulas y condiciones contractuales, situación que es advertida por la Sra. Ninoschka Liendo de Bayá, mediante nota de 5 de enero de 2007, en la que hace constar que, a pesar de cancelar periódicamente la cuota contractual durante 5 años y 5 meses, habría advertido que el saldo deudor apenas habría reducido, teniendo pendiente un saldo de $us8,963.21, error expresamente reconocido por la entidad de intermediación financiera, conforme se tiene en la carta E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007, en la cual manifiesta que el cálculo de la cuota mensual del primer crédito ($us11,000.00), contiene un error atribuido al Sr. Freddy Solíz - ex funcionario, cuya cuota especificada en el contrato de $us140.00 se encontraba mal calculada y que correspondía el pago de una cuota mensual de $us210.00.

Se debe tener en cuenta que dicho error no ha sido debidamente regularizado por cuanto, la entidad debía, en todo momento, mantener las condiciones pactadas originalmente con los prestatarios. En tal sentido se reafirma la comisión de una infracción de tracto sucesivo, siendo que la Mutual no habría rectificado el error operativo reconocido.

En lo que respecta al seguro de desgravamen hipotecario, que conforme el contrato privado de ampliación de préstamo suscrito el 6 de septiembre de 2006, se debe tener en cuenta que el mismo, al considerarse en un elemento accesorio, se encuentra reatado al objeto principal (contrato de crédito), por cuanto, al observarse que era obligación contractual de la Mutual constituir dicho seguro y el mismo se encontraba supeditado al cumplimiento de las cláusulas regulares del contrato (pago de una cuota total de $us180), al establecerse la inobservancia contractual del objeto principal del contrato antes referido, la obligación accesoria (seguro de desgravamen) se sujeta al mismo ámbito de temporalidad del incumplimiento, más aún si se considera que, bajo los términos arriba señalados y el principio de verdad material, los prestatarios no habrían entrado en mora al constatarse el cumplimiento del pago de las cuotas contractualmente pactadas. En tal sentido, corresponde establecer que la acción administrativa por la inobservancia e incumplimiento señalado no prescribió.

Adicionalmente, se debe considerar que la denuncia de irregularidades fue planteada ante esta Autoridad de Supervisión por la familia Bayá el 30 de marzo de 2009, situación que habría interrumpido todo plazo de prescripción, conforme lo establece la ratio dicidendi contenida en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, se debe considerar que los plazos de prescripción se interrumpen, cuando se trata de denuncias a instancia de parte, a partir de la formulación de la denuncia y no así desde la notificación de cargos, considerando el siguiente análisis:

"(...) Por ello efectuando una interpretación sistemática y teleológica tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo así como del Derecho Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 -Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI-, y aplicando el ***principio de inexcusabilidad*** *expresado en el Artículo 52, parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:*

El Artículo 11, parágrafo II, de la Ley Adjetiva Administrativa determina que "cualquier persona podrá intervenir como denunciante, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención". En el mismo sentido, el Artículo 16 literal b) de la citada Ley manifiesta que toda persona tiene derecho "A iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos", de igual manera, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que "Los procedimientos Administrativos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada" precepto concordante con el Artículo 41 de la mencionada Ley y aplicables a

los procedimientos sancionatorios por previsión del Artículo 80 de la supra citada norma jurídica.

Por su parte, el Artículo 15 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 dice que "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por Ley (...)". Así, el artículo 65 del referido Decreto Supremo expresa que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, ***de oficio o a denuncia,*** *investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos* ***susceptibles de iniciación del procedimiento.*** *Finalmente según el artículo 66, parágrafo I, del ya citado Decreto Supremo nos señala que* ***"Establecida la existencia de infracciones,*** *el Superintendente respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos imputados (...)"*

De las normas antes desarrolladas, y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las personas naturales o jurídicas de poder presentar solicitudes y eventualmente denuncias respecto a las posibles conductas ilegales de los sujetos regulados por el Sistema de Regulación Financiero y la obligación de la Administración Pública -en lo particular a las Superintendencias del SIREFI- de atender dichas solicitudes o denuncias y, en éste último caso, investigar la comisión de las posibles infracciones acusadas.

En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria ***quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador respectivo,*** *y no así con la notificación de cargos, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de la denuncia -si es a instancia de parte- siendo la mencionada notificación de cargos un acto dentro del procedimiento que origina a consecuencia de la acusación formulada (Artículo 65 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003)".*

Por lo señalado, al mantenerse el cobro de un adeudo bajo condiciones que no se encuentran contractualmente pactadas, en contravención a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N° 1488, se establece que la falta

cometida por la Mutual no ha cesado en su accionar, manteniéndose tal situación en el tiempo.

Por lo precedentemente expuesto, el informe ASFI/DSR II/R-26806/2011 recomienda rechazar el incidente administrativo de prescripción opuesto por la ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO".***

2. INCIDENTE DE NULIDAD.

Con relación al incidente administrativo de nulidad, impetrado por el Gerente General de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso, en el que se alega la falta de fundamentación fáctica de la notificación de cargos, se debe considerar lo siguiente:

En el marco del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, se observa que el recurso incidental de nulidad planteado en contra de la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-13773/2011 de 4 de febrero de 2011, es legalmente inaplicable toda vez que el petitorio planteado no se circunscribe en ninguna de las causales de nulidad dispuestas por Ley.

Sin embargo de ello, se considera que la referida notificación de cargos, de forma sucinta, expone el derecho vulnerado y la relación con el accionar correspondiente del administrado, considerando el derecho a la legítima defensa del administrado.

En tal sentido, la entidad mediante nota E.P. 13/2011, con cargo de recepción al 21 de febrero de 2011, claramente responde a cada uno de los cargos notificados, por cuanto se establece una comprensión absoluta de los extremos manifestados en la referida Notificación así como la aplicación del derecho a la legítima defensa empleado por la misma entidad, la cual, al tenor del memorial presentado el 4 de marzo de 2011, reconoce y da valor legal al acto administrativo al mencionar textualmente lo siguiente:

"que la misma al ser una sindicación falsa y calumniosa del Sr. Marcelo Baya Pradel y Carmen Ninoschka Liendo Ocampo, que <u>he respondido con carta N° EP 13/2011 de fecha 18 de febrero de 2011</u> dentro del tiempo hábil concedido, <u>negando y demostrando documentalmente</u> el no, 'haber modificado unilateralmente los alcances del contrato de préstamo con los Sres. Carmen Ninoschka Liendo Ocampo y Marcelo Bayá Pradel'" (sic).

Consiguientemente, al evidenciarse que la entidad ha dado oportuna y clara respuesta a la notificación de cargos efectuada por esta Autoridad de

Supervisión, conforme lo antes mencionado, bajo términos que pretenden desvirtuar el proceso sancionatorio instaurado y al no existir elementos jurídicos que viabilicen el petitorio planteado por el Gerente General de la Asociación Mutual de Ahorro y Crédito "El Progreso", se recomienda rechazar el mismo bajo el análisis precedente.

CONSIDERANDO:

Que, los descargos presentados por la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO" no desvirtúan los cargos notificados por el incumplimiento a las disposiciones de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo a los siguientes extremos:

Al cargo 1.

"Nunca la Mutual (...) ha modificado los alcances de los contratos de prestatarios, mucho menos de los esposos Bayá Liendo..."

Al respecto, conforme se establece de la documentación aportada se tiene presente, de forma particular, lo siguiente:

- *La nota de 5 de enero de 2007, dirigida al Lic. Félix Sangüeza, Gerente de Mutual "El Progreso", por la que la señora Ninoschka Liendo de Baya expone a la entidad que dentro del crédito que se encontraba cancelado por 5 años y 5 meses: "...mi saldo deudor arrojaba el monto de $us. 8.963.21, lo que me hace evidenciar que a la fecha, del crédito original sólo habría cancelado $us. 2000 y que en el plazo original concedido, del que me restarían 2 años, no concluiré con el pago, tal como estaba previsto...".*

- *A tal efecto y en respuesta, mediante carta E.P. 21/2007, de fecha 24 de enero de 2007, la entidad financiera comunica a la prestataria, que existe un error en el cálculo de la cuota mensual del primer crédito ($us11.000), atribuido al Sr. Freddy Solíz -ex funcionario, cuya cuota especificada en el contrato de $us140 se encontraba mal calculada y que correspondía el pago de una cuota mensual de $us210.*

En tal sentido, considerando que el contrato suscrito con la Mutual establecía una cuota mensual de $us140, conforme se desprende de la

Escritura Pública N° 162/2001 de 22 de junio de 2001, la Mutual se encontraba en la obligación de mantener y respetar los términos contractuales correspondientes.

Sin embargo de ello, según los extractos de pago y amortización de cuotas, se establece que la Mutual, apartándose de los términos contractuales, computó el cobro, en mayor porcentaje, a los intereses, en desmedro del capital a ser pagado (Anexo 1), de donde se evidencia que la Mutual habría procedido con la modificación de la cuota mensual de pago en el marco de la carta E.P. 21/2007, es decir, incrementó unilateralmente el monto de la cuota fijada en $us140 a $us210.

Bajo estas condiciones, evidentemente los señores Bayá se encontrarían en mora en el pago de sus cuotas a capital debido a un error operativo cometido por la propia Mutual, lo que habría determinado a su vez la descobertura del seguro de desgravamen.

Al cargo 2.

"El Seguro de Desgravamen Hipotecario de los prestatarios, cuyas primas no son pagadas por los prestatarios sino por la Mutual con sus propios peculios, como servicio adicional de protección, este seguro se activa y se desactiva automáticamente, cuando los deudores mantienen sus cuotas mensuales al día y cuando dejan de pagar intereses y/o capital (A la fecha de fallecimiento de la codeudora la cuota mensual ya estaba en mora)".

A los efectos de considerar el Seguro de Desgravamen Hipotecario, se debe considerar que el artículo 1374 del Código de Comercio señala: "...Independientemente, la entidad de crédito, contratará por cuenta del ahorrista una póliza de seguro de desgravamen hipotecario para el caso de fallecimiento o invalidez...".

En tal sentido, y conforme la normativa señalada, se ha observado que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", no habría contratado el seguro de desgravamen hipotecario de vivienda, conforme se tiene dispuesto por la normativa vigente, aún cuando el mismo se encuentra expresamente pactado en el documento privado de 6 de septiembre de 2006, con reconocimiento de firmas del 7 de septiembre de 2006, más aún si se considera que el citado contrato tiene por objeto el de "Ampliación de Préstamo", estando el mismo

correlacionado a la Escritura Pública N° 162/2001 de 22 de junio de 2001, cuyo fin era el de "equipamiento de vivienda" con garantía hipotecaria de vivienda.

Por otra parte, si se considera el análisis al primer descargo, la familia Bayá no se encontraba en mora, tal y como se afirma en la carta E.P. 13/2011 de 18 de febrero de 2011, toda vez que, según el extracto de pagos remitido por la propia entidad, a la fecha de fallecimiento de la codeudora, señora Ninoschka Liendo de Bayá, la familia habría cancelado la suma de $us180, correspondientes a:

- *$us140 correspondientes a la cuota pactada en el contrato suscrito mediante Escritura Pública N° 162/2001 de 22 de junio de 2001.*

- *$us40 correspondientes a la cuota pactada mediante contrato privado de 6 de septiembre de 2006*

"Los prestatarios se acogen a este beneficio complementado, cuando los causahabientes presentan al fallecimiento de alguno de ellos el certificado de defunción y la declaratoria de herederos, para que la Mutual tramite la cobertura ante la Compañía de Seguros, que la familia Bayá nunca presentó en la primera notificación verbal de pago de cuota, escrita de mora y la cobranza extrajudicial ni antes de la cobranza Judicial (...)".

De la evaluación de esta afirmación, considerando que el seguro de desgravamen hipotecario debía encontrarse endosado a nombre de la Mutual, ésta al tomar conocimiento del deceso de uno de los deudores, debió activar, por cuenta propia y no a denuncia, el mismo, más aún si se considera que dicho seguro tiene por objeto que la entidad cubra de forma total la deuda que se encuentra coberturada y que los deudores supervivientes se encuentren protegidos en caso del deceso de uno de los prestatarios.

Por cuanto, la falta de presentación de una declaración de herederos no es causal para que la entidad no hubiera activado dicho seguro, más aún si se considera que la beneficiada en primera instancia es la propia Mutual, conforme se desprende de la referida Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, vigente a la fecha de suscripción del contrato de ampliación de préstamo de 6 de septiembre de 2006…"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.-** Rechazar los incidentes administrativos de Prescripción y Nulidad planteados mediante memorial presentado el 4 de marzo de 2011, al establecerse que los mismos no se circunscriben a los antecedentes del proceso ni al ámbito de aplicación de los artículos 79 y 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la parte argumentativa.*

***SEGUNDO.-** Sancionar a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",** con una multa de DEG1,200.00 (UN MIL DOSCIENTOS 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO) por el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con los artículos 786 y 803 del Código de Comercio y 519 y 520 del Código Civil, por haber modificado unilateralmente los alcances del contrato de préstamo suscrito con los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá y Marcelo Bayá Pradel, así como al artículo 50 de la Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, disposición legal vigente al momento de la suscripción del contrato de préstamo protocolizado mediante escritura pública N° 162/2001 de 22 de junio de 2001 y el contrato privado de ampliación de crédito de 6 de septiembre de 2006, al no haber activado el seguro de desgravamen obligatorio.*

***TERCERO.-** La multa impuesta deberá depositarse dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, en la cuenta N°4010695761 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.*

***CUARTO.-** Disponer que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso" asuma por su cuenta la cobertura del Seguro de Desgravamen Hipotecario contractualmente pactado mediante contrato privado de ampliación de crédito de 6 de septiembre de 2006, ante el deceso de la codeudora, señora Ninoschka Liendo Ocampo de Baya.*

***QUINTO.-** Hacer conocer al Directorio de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",** de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia del Acta respectiva, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas a partir de su protocolización…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 24 de marzo de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 262/2011 de fecha 9 de marzo de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…***Fundamentos de orden normativo.-***

La Resolución motivo del presente recurso, sanciona a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso" con una multa DEG 1,200.00, por presuntamente haber modificado unilateralmente los alcances del contrato de préstamo suscrito con los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya y Marcelo Bayá Pradel, así como al art. 50 de la circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, al no hacer activar el seguro de desgravamen obligatorio.

*Cuando se presentó los descargos a esta presunta infracción formulado por la ASFI, posterior a la denuncia, se señaló que nunca la mutual ha modificado los alcances de los contratos de prestatarios mucho menos de los esposos Bayá Liendo, presentando para la misma los documentos que acreditan dicho extremo, aspecto éste que no fue valorado de manera objetiva, y es tergiversado en el análisis de la resolución ASFI/Nº 262/2011, al señalar lo siguiente: "Sin embargo de ello, según los extractos de pago y amortización de cuotas, se establece que la Mutual, apartándose de los términos contractuales, computó el cobro, **en mayor porcentaje,** a los intereses,….." sic, sin tomar en cuenta que el contrato en su cláusula segunda señala lo siguiente: ".....declara recibir a su entera satisfacción con la tasa de interés nominal convenida del catorce punto cincuenta por ciento anual (14.50%) sobre saldo deudor y el 0,20 % por una sola vez al momento del desembolso", consecuentemente en ningún momento se hizo el cómputo en mayor porcentaje al fijado de manera inicial en el contrato, aspecto que no fue tomado en cuenta y valorado de manera íntegra en la resolución.*

Hagamos una aplicación aritmética y veremos que no se ha superado este porcentaje, para que podamos ser pasibles a una sanción, además que conforme la carta de los esposos Bayá Liendo, estos sabían que no se les estaba cobrando porcentaje que no sea el estipulado en el 14,50% de interés anual, siendo que la Mutual una vez conocido ese aspecto le hizo saber lo que había pasado con el cálculo de los intereses a la señora Liendo de Baya quién no hace ningún reclamo y da su aceptación, así se tiene de la recepción a la carta de fecha 24 de enero del año 2007, porque estamos seguros que hizo el

razonamiento aritmético, y por ello no señaló ninguna disconformidad, además que conforme se tiene de los extractos de pago en ningún momento pagó una cuota mensual de $us. 210.

Si bien, el art. 99 de la Ley N° 1488 refiere "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:"

Cabe señalar que al haber determinado el interés del 14,50% anual, no se contravino ninguna disposición legal, ni se vulneró ninguna normativa en lo referente a la materia, mucho menos la Ley de Bancos y entidades financieras, ni ningún otro procedimiento administrativo.

Con referencia a que la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras señala que "cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el Superintendente, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse", se puede deducir que para imponer una sanción tiene que existir infracción a una normativa, para ello extractamos lo que quiere decir infracción: en el diccionario jurídico de Cabanellas, "transgresión, quebrantamiento, violación, incumplimiento de una ley". De ahí que para la imposición de una sanción, la conducta de MUTUAL EL PROGRESO, tendría que haber estado inmersa en la vulneración a una norma, el quebrantamiento de una ley, no olvidemos que la condición para la imposición de una sanción es que se haya actuado contrario al ordenamiento jurídico de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, lo que no aconteció dentro del presente caso, porque cumplimos a cabalidad con la normativa legal vigente, no se ajustó el interés anual por encima del 14,50%, ni tampoco se efectuó de manera unilateral, como se pretende señalar de manera falaz en la Resolución ASFI/N° 262/2011.

De otro lado se hace mención a la última parte del primer párrafo del art. 42 "las entidades de intermediación financiera, no podrán modificar unilateralmente los términos, tasas de interés y condiciones pactadas en los contratos", en esta parte es necesario referirnos a lo que establece el art. 510 del Código Civil, en lo referente a la interpretación de los contratos, y este artículo de la ley nos señala que se debe averiguar cuál ha sido la intención

común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras, ahora bien haciendo una revisión minuciosa del contrato cuestionado por la ASFI, no se encuentran cláusulas contrarias, no se encuentra ninguna modificación unilateral de ningún término del contrato, no se encuentra ninguna tasa de interés superior al que se ha pactado en el contrato.

Ahora vayamos al art. 519 del Código Civil, que también es parte del razonamiento de presunta responsabilidad y vulneración de procedimiento según la resolución ASFI/N° 262/2011, al tener la fuerza de ley el contrato entre partes contratantes, este contrato jamás fue disuelto ni por el deudor ni por el acreedor.

El contrato fue ejecutado de buena fe, porque de lo contrario hubiera existido resolución del contrato ya sea por los deudores o por la propia Mutual, consecuentemente el contrato de préstamo cumplió con todos los requisitos que establece la ley.

Así también lo refiere el art. 803 del Código de Comercio (Buena fe en los contratos). En todo contrato se presume la buen (sic) *fe y, en consecuencia obliga no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino también en lo correspondiente a la naturaleza de los mismos según la Ley, la costumbre o la equidad", de ahí que la buena fe se presume siempre, es una presunción iuris tantum, que desplaza la carga de la prueba a quien la contradice, y dentro de la causa tendría que haber demostrado el denunciante a través de la ASFI que hizo depósitos mensuales por encima de los $us. 210.*

Otra de las aseveraciones de la resolución es respecto al seguro de desgravamen hipotecario, señalando: "...considerando que el seguro de desgravamen hipotecario debía encontrarse endosado a nombre de la Mutual, ésta al tomar conocimiento del deceso de uno de los deudores, debió activar, por cuenta propia y no a denuncia, el mismo, más aún si se considera que dicho seguro tiene por objeto que la entidad cubra de forma total la deuda que se encuentra coberturada y que los deudores supervivientes se encuentren protegidos en caso de deceso de uno de los prestatarios", a este punto, no puede un acreedor como la Mutual El Progreso, estar pendiente si su deudor falleció o no, o preguntar cuándo va a dejar de existir; para acreditar éste extremo está precisamente el certificado de defunción y la declaratoria de herederos, que debe ser presentado por el otro co-deudor o por sus herederos, ahí comienza recién el actuar de la Mutual al enterarse de manera formal no por un presunto fallecimiento, sino de manera objetiva y para ello está la documental al cual se hace referencia - el certificado de defunción -. Al no existir dicha solicitud por parte del deudor, uno no podría ser adivino, y

activar el seguro por si acaso fallece como presumiendo que tiene que dejar de existir, un segundo aspecto es que el documento privado de fecha 6 de septiembre de 2006, en su cláusula primera, último párrafo señala de manera expresa lo siguiente: "Este préstamo está cubierto por el Seguro de Desgravamen Hipotecario a cargo de Mutual El Progreso ***siempre y cuando los Prestataria, tengan pagadas sus cuotas mensuales al día de la fecha de la contingencia*** *y cumplan con los requisitos exigidos por la Cía. de Seguros", más claro no pudo haber sido redactado, porque la condición es que el prestatario tenga pagada su cuota mensual al día, y en el presente caso se encontraba vencida y en mora, de ahí que los fundamentos de la resolución no son los que corresponden a una resolución para la imposición de una sanción.*

Es requisito indispensable la comunicación por parte de los deudores sobre el fallecimiento de un deudor, para activar el seguro, verificando que las cuotas estén al día. Ninguna aseguradora puede pagar un seguro cuando no se presenten documentos que acrediten el fallecimiento de cierta persona, hay que demostrarlo ***de manera documental, además de presentar un testimonio de la declaratoria de herederos****.*

Desde el inicio del contrato hasta la presentación de la denuncia de ***la familia Bayá Liendo, e incluso hasta el presente, Mutual El Progreso, no les cobró el interés del 14,50 % anual, dicho de otro modo, desde la suscripción del contrato hasta la fecha, los deudores no hicieron en ningún momento el pago de $us. 210 de cuota mensual, tan solo pagaron la suma de $us. 140.- por el préstamo de $us. 11000.- y $us.*** *40 por el préstamo de Sus. 2000.- de ahí que no guarda coherencia ni congruencia la resolución ASFI Nº 262/2011, y mucho más cuando se dice "los memoriales de denuncia de 30 de marzo de 2009 y 9 de julio de 2010, presentados por los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá y Marcelo Bayá Pradel..", como si la deudora Sra. Carmen Ninoschka Liendo Ocampo, estuviera en vida, cuando a través de la prensa nos enteramos casualmente que en fecha 8 de enero de 2008 había fallecido.*

Ahora bien, señala también la resolución ASFI/262/2010, que: "la familia Bayá no se encontraba en mora, tal y como se afirma en la carta E-P. 13/2011 de 18 de febrero de 2011, toda vez que según el extracto de pagos remitidos por la propia entidad a la fecha de fallecimiento de la codeudora señora Ninoschka Liendo de Bayá, la familia habría cancelado la suma de Sus. 180.... ", algo totalmente alejado de la verdad, la objetividad y de los antecedentes así como de la propia documentación cursante en obrados, porque Mutual El Progreso, nunca ha dicho que no estaba en mora, para el mismo revisemos el extracto de préstamos, donde se señala las fechas de pago (la fecha exacta que el deudor paga), fecha cálculo (fecha en que debe efectuar el pago), y

vayamos a la segunda hoja hagamos la revisión de la fecha de cálculo donde se tiene que es el 07 de enero de 2008, ***fecha en la que debió cumplir con el pago mensual a la mutual,*** *ahora revisemos la fecha de pago en la primera columna se tiene registrado 20080129, es decir que efectivizó el pago en fecha* ***29 de enero de 2008,*** *cuando el plazo era el 7 de enero de 2008, consecuentemente ya había ingresado en mora, de ahí que el razonamiento de la resolución no es cierta.*

No puede la Resolución ASFI/N° 262/2011, dejar un funesto precedente, apartándose de la misión que tienen como organismos de supervisión de velar por la legalidad de los actos, hacia la comunidad, sin embargo con esta resolución se tiene que estarían velando intereses de personas deudoras. Finalmente señalar que no se consignó en la resolución el avenimiento convocado por la ASFI, donde se hizo notar al señor Marcelo Baya, que su préstamo ya estaba en mora, donde el señor Baya, se comprometió a visitar la mutual para conciliar saldos, sin embargo hasta la fecha no cumplió con dicho compromiso.

PETITORIO

Por lo precedentemente expuesto, la conducta de Mutual El Progreso, no se encuentra calificado como falta ni infracción, ni mucho menos el incumplimiento a lo dispuesto en el art. 42 de la ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, porque como se expuso no se modificó unilateralmente ningún contrato, ni tampoco existe incumplimiento al art. 50 de la Circular SB1291/99 de 21 de junio de 1999, porque las cuotas de interés mensual no estaban cubiertas hasta el día del fallecimiento de la deudora (8 de enero del año 2008), por lo que en previsión al inciso b) del art. 121 del D.S. 27113 concordante con el apartado I inc. b) del art. 43 del D.S. N° 27175, solicito ***REVOCAR DE MANERA TOTAL LA RESOLUCION ASFI N/ 262/2011, DE FECHA 09 DE MARZO DE 2011****, en su lugar se disponga el archivo de obrados, por no existir falta ni mucho menos infracción, debiendo dejar sin efecto la multa impuesta, porque lo que quieren los deudores es no pagar el préstamo que se les concedió…*"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 365/2011 DE 21 DE ABRIL DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 365/2011 de fecha 21 de abril de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI/ N° 262/2011 de fecha 9 de marzo de 2011, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, una vez determinado el cumplimiento de los requisitos legales para la apertura del procedimiento recursivo corresponde considerar los argumentos de fondo del recurso de revocatoria.

La Pertinencia del Recurso y alcance de la Resolución de Revocatoria

Que, en el procedimiento administrativo, se distinguen dos etapas procedimentales: Una primera, de formación de la voluntad administrativa y otra de fiscalización o impugnación, siendo que en la segunda etapa los administrados participan a través de los recursos administrativos que tienen por objeto promover el control de legitimidad y oportunidad del acto cuando se ha vulnerado, desconocido o incumplido un derecho subjetivo del administrado.

Que, en ese entendido la Resolución de Revocatoria como forma de control de los actos administrativos, abarca la fiscalización progresiva de la competencia, motivación, comprobación, calificación y finalidad del acto administrativo, teniendo en cuenta los derechos subjetivos que dicho acto hubiese desconocido.

Que, tales conceptos han sido recogidos por nuestra legislación a través de las siguientes normas:

- *Los recursos administrativos proceden contra toda clase de Resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudiesen causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. (Art. 56 de la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002)*

- *Los recursos sólo podrán ser deducidos por quienes invoquen un derecho subjetivo o interés legítimo lesionados, de manera actual o inminente por el acto objeto de impugnación. Se fundamentará, en razones de ilegitimidad por vicios de nulidad o anulabilidad existentes al momento de su emisión (art. 117 del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de Julio de 2003).*

- *Que, de la revisión del recurso, se evidencia que no especificó el derecho subjetivo de protección legal que estuviese siendo infringido,*

aspecto que limita la contrastación de los agravios expresados con la normativa vigente.

- *Que, en ese entendido, en la presente Resolución se realizará un control del acto impugnado, teniendo en cuenta que el recurrente principalmente ha observado elementos inherentes a una incorrecta valoración de los hechos, por lo que para la emisión de los razonamientos a ser considerados, se tomará en cuenta el principio de verdad material que rige en procedimiento administrativo.*

CONSIDERANDO:

El reclamo presentado por la familia Bayá.

Que, con carácter previo al pronunciamiento sobre los argumentos esgrimidos en el recurso, debe tomarse en cuenta los lineamientos establecidos por la Resolución ASFI No. 545/2010 de 30 de junio de 2010, que anuló la primera Resolución Sancionatoria emitida en relación al reclamo presentado por los señores Bayá, conforme la siguiente consideración:

> *De la exposición de los documentos señalados precedentemente, se puede verificar que se incumple el Principio de Congruencia, toda vez que el reclamo de los señores Bayá solicita una liquidación correcta de la deuda, y la Resolución recurrida resuelve sobre la liberación de la garantía hipotecaria, por lo que no existe una adecuación entre lo pedido en la demanda y lo otorgado por la decisión, deduciéndose que el referido principio ha sido vulnerado al no otorgar la conformidad con la pretensiones solicitadas por el reclamante.*

Que, sobre este punto debe tenerse en cuenta que la Resolución Sancionatoria no ha dispuesto de manera concreta la elaboración de una nueva liquidación conforme lo peticionado por los consumidores financieros; sin embargo, debe tenerse presente que la Resolución Sancionatoria ASFI No. 262/2011 de 9 de marzo de 2011, establece que la Mutual ha incurrido en errores operativos contractuales, tanto en la aplicación de la cuota de crédito como en la falta de reporte para la cobertura del seguro de desgravamen hipotecario, disponiendo acciones restitutorias en el marco de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SIREFI RJ 02/2007 de 3 de enero de 2007 y la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 110/2007 de 10 de diciembre de 2007.

Que, en ese entendido y al haber dejado claramente establecido que la

modificación unilateral del contrato por parte de la Mutual es contrario a la normativa vigente, también se debe tener presente que la pretensión de la Mutual manifestada en un proceso coactivo civil, se encuentra fundamentado en un cálculo distorsionado de la cuota de amortización que debían cumplir los prestatarios.

CONSIDERANDO:

Antecedentes que motivan el primer cargo, inherente a la modificación unilateral del contrato.

Que, a los efectos de realizar un correcto control del acto administrativo impugnado, debe tomarse en cuenta que el hecho que motiva la sanción es la modificación unilateral de la cuota de pago realizada por la Mutual de Ahorro y Crédito el Progreso Ltda., situación que infringe el artículo 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado), norma que establece la prohibición de las entidades reguladas de modificar unilateralmente los términos de sus contratos.

Que, a tal fin corresponde nuevamente precisar los siguientes hechos:

- *Existe un contrato de préstamo de fecha 30 de mayo de 2001, suscrito entre la Mutual "El Progreso" y los Señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya y Marcelo Baya Pradel, por un crédito de $us11.000, con una tasa de interés del 14.5%, el mismo que fue otorgado a un plazo de 7 años (84 cuotas mensuales), con una cuota fija de $us140 (CIENTO CUARENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS), constituyéndose una garantía hipotecaria brindada por los prestatarios, consistente en un bien inmueble.*

- *Posteriormente, mediante Documento Privado de 6 de septiembre de 2006, con reconocimiento de firmas del 7 de septiembre de 2006 la entidad otorgó a los prestatarios un nuevo crédito por $us2.000 a 7 años plazo y a una tasa nominal del 10.8% anual, con una Tasa Efectiva al Cliente del 10.95% anual, reconociendo una cuota mensual fija de $us40 (CUARENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS).*

- *Mediante nota de 5 de enero de 2007 dirigida al Lic. Félix Sangueza, Gerente de Mutual El Progreso, la Sra. Ninoschka Liendo de Bayá expone que dentro del crédito que se encontraba cancelado por 5 años y 5 meses: "...mi saldo deudor arrojaba el monto de $us. 8.963.21,*

lo que me hace evidenciar que a la fecha, del crédito original sólo habría cancelado $us. 2000 y que en el plazo original concedido, del que me restaban 2 años, no concluiré con el pago, tal como estaba previsto...".

- *A tal efecto, mediante carta E.P. 21/2007, de fecha 24 de enero de 2007, la entidad financiera comunica a la prestataria, que existe un error en el cálculo de la cuota mensual del primer crédito ($us11.000), atribuido al Sr. Freddy Solíz — ex funcionario, cuya cuota especificada en el contrato de $us140 se encontraba mal calculada y que correspondía el pago de una cuota mensual de $us210.*

- *De la revisión del extracto de pagos del periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2001 al 7 de noviembre de 2006, emitido por la Mutual el 25 de enero de 2007, se evidencia un pago Mensual de $us140. Posteriormente, el incremento de $us40 por el segundo crédito, verificándose una cuota de $us180.*

Que, bajo esos antecedentes, dentro el presente proceso sancionatorio, se ha determinado que según los extractos de pago y amortización de cuotas, la Mutual computó el cobro, en mayor porcentaje, a los intereses, en desmedro del capital a ser pagado, evidenciándose que la mutual incrementó el monto de la cuota fijada de $us. 140 a $us. 210.

La expresión de agravios expuestos en el Recurso de Revocatoria sobre el primer cargo.

Que, en el recurso de revocatoria la Mutual de Ahorro y Crédito Ltda. expresa de manera repetitiva que no habría modificado los términos del contrato, en virtud a que nunca elevó las tasas de interés por encima del 14.5% del saldo deudor.

Que, dicha explicación no tiene relación con los hechos que motivan el cargo, en virtud a que en la Resolución Sancionatoria se ha dejado claramente establecido que la modificación al contrato consiste en la modificación unilateral de la cuota, de la siguiente manera:

> *En tal sentido, considerando que el contrato suscrito con la Mutual establecía una cuota mensual de Sus, 140.-, conforme se desprende de la Escritura Pública 162/201 de 22 de junio de 2001, la Mutual se encontraba* (sic) *y respetar los términos contractuales correspondientes*

Que, la modificación a la cuota mensual al contrato ha sido reconocida expresamente por la Mutual a través de la nota 21/2007 de 24 de enero de 2007, en la que además claramente deja establecido que la cuota inicial fijada en el contrato se debió a un error de la propia entidad financiera:

El Préstamo de $us. 11,000 concedido en fecha 5-7-2001 para 7 años debió tener una cuota mensual de $us.210.-. Sin embargo por error del funcionario de entonces Sr. Freddy Solís, se fijo solo $us. 140.- como cuota mensual, de manera que pagando esa cuota mensual....

Que, por otro lado, el recurrente alega que no existe ninguna infracción a la norma en virtud a que no se ha modificado las tasas de interés, sin tomar en cuenta que el artículo 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras prohíbe la modificación unilateral de los términos y condiciones del contrato.

Que, en ese contexto y al haberse modificado la cuota establecida previamente en un contrato, por errores operativos reconocidos por la entidad, se ha vulnerado la Ley de Bancos y Entidades Financieras, generando inseguridad sobre la forma en que la obligación debe ser cancelada, aspecto que, precisamente ha motivado el inicio de este proceso sancionatorio y que por lo tanto se constituye en la causa del acto administrativo sancionatorio.

Que, no debe perderse de vista que en el caso que nos ocupa, la familia Bayá ha solicitado se disponga una correcta liquidación de la deuda, por lo que a los efectos de dicha liquidación debe tenerse presente que no corresponde que los usuarios del sistema financiero respondan por errores operativos generados en la entidad financiera, debiendo la entidad financiera asumir las pérdidas de sus propios errores.

CONSIDERANDO

Los antecedentes que motivan el segundo cargo referente a la falta de activación del seguro de desgravamen.

Que, de igual manera y aplicando los principios de verdad material sobre el de verdad formal, corresponde tener presente los hechos que motivan el segundo cargo, teniendo presente que la infracción consiste en no haber activado el seguro de desgravamen, contraviniendo el artículo 50 del Reglamento sobre Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, puesto en vigencia mediante Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, que determina que las entidades financieras deben contar con:

Copia de las pólizas de seguros contratados vigentes y endosadas a favor de la entidad, sobre los bienes recibidos en garantía".

Que, al respecto, el recurrente manifiesta que en el presente caso no ha existido ningún comunicado sobre el deceso de la deudora y que en todo caso el Seguro de Desgravamen opera siempre y cuando la deuda se encuentre vigente y no en mora.

Que, la explicación realizada por el recurrente desvirtúa el cargo, en razón a que el comunicado del deceso de la deudora y la mora de la obligación no tienen relación con la activación del seguro de desgravamen que se lo realiza una vez que la obligación pasa a conformar la cartera de créditos, situación que se demuestra con la póliza de seguro endosada a favor de la entidad financiera.

Que, para mayor entendimiento debe tenerse en cuenta que lo que busca el artículo 1374 del Código de Comercio como el artículo 50 del Reglamento sobre Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, es que las entidades financieras gestionen un riesgo ante un posible fallecimiento de sus deudores a momento de contratar el crédito y no así a momento de que ocurra el siniestro.

Que, dentro el proceso sancionatorio, la entidad financiera no ha demostrado el endoso en su favor del seguro de desgravamen, por lo que corresponde ratificar el cargo en su contra.

Que, por otro lado y en función al reclamo de la familia Baya debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que esta Autoridad no ha dispuesto la emisión de una nueva liquidación, da cuenta de los errores operativos que debe considerar la misma, disponiendo que la entidad asuma las consecuencias de tales errores, al disponer que la entidad financiera, asuma por su cuenta la cobertura del Seguro de Desgravamen…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 12 de mayo de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 3651/2011 de fecha 21 de abril de 2011, expresando lo siguiente:

"…<u>Fundamentos de orden normativo</u>.-

La Resolución de Revocatoria, confirma en todas sus partes la Resolución Sancionatoria N° 262/2011 de fecha 9 de marzo de 2011, ratifica la sanción a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", pero en la fundamentación es incongruente, porque por una parte señala: "... Una vez determinado el cumplimiento de los requisitos legales para la apertura del procedimiento recursivo corresponde considerar los argumentos de fondo" pero extrañamente no se las (sic) *considera el fondo del recurso, bajo el argumento de que no se habría especificado el derecho vulnerado. Por el contrario es notorio el interés sobre el presente trámite por los que proyectaron la resolución o más propiamente por el abogado que tuvo a cargo este trámite, porque direcciona las notificaciones, haciendo que no me llegue la misma al domicilio señalado en el recurso de revocatoria, enviándose de manera directa a la ciudad de Oruro, para que se notifique a la familia Baya, y se notifique también a la Mutual. Es notorio porque en esta resolución de revocatoria, se hace énfasis sólo en el reclamo de la familia Baya, como si estos fueran los que habrían impugnado la resolución, hace también énfasis en una pretensión de Mutual el Progreso en un proceso coactivo civil cuando en ningún momento la Mutual presentó documentación alguna sobre algún proceso coactivo civil, asimismo señalan a un cálculo distorsionado, es decir que está tomando parte en el trámite, lejos de lo que establece la normativa que regula a la ASFI.*

Señala la resolución que Mutual el Progreso habría incrementado el monto de la cuota fijada de Sus. 140 a Sus. 210, aspecto este que no se la justifica con ninguna prueba, porque como se mencionó de manera precedente jamás se los cobró a los deudores ni tampoco éstos pagaron posterior a la suscripción del contrato ni por un solo mes la suma de $us. 210.

Lo cierto es que los descargos a la presunta infracción formulado por la ASFI, posterior a la denuncia, y constan de manera objetiva, que nunca jamás la mutual ha modificado los alcances de los contratos de prestatarios mucho menos de los esposos Baya Liendo, aspecto éste que fue tergiversado en el análisis de la resolución ASFI/N° 262/2011, y es ratificado por la Resolución ASFI N° 365/2011, porque según los extractos en ningún momento se le cobró por encima de lo pactado en contrato.

Si bien, el art. 99 de la Ley N° 1488 refiere "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:"

Cabe señalar que al haber determinado el interés del 14,50% anual, no se

contravino ninguna disposición legal, ni se vulneró ninguna normativa en lo referente a la materia, mucho menos la Ley de Bancos y entidades financieras, ni ningún otro procedimiento administrativo.

No existe la conducta contraventora a la normativa, por lo que la sanción confirmatoria vulnera las amplias garantías del debido proceso art. 115, 116 y 117 de la Constitución Política del Estado.

No se tomó en cuenta la intensión común de la partes que refiere el art. 510 del Código Civil, en lo referente a la interpretación de los contratos, uno no puede limitarse al sentido literal de las palabras, ahora bien haciendo una revisión minuciosa del contrato cuestionado por la ASFI, no se encuentran cláusulas contrarias, no se encuentra ninguna modificación unilateral de ningún término del contrato, no se encuentra ninguna tasa de interés superior al que se ha pactado en el contrato, ni mucho que se le haya cobrado o que el deudor haya pagado.

Tampoco se tomó en cuenta el art. 519 del Código Civil, que también es parte del razonamiento de presunta responsabilidad y vulneración de procedimiento según las resoluciones emitidas por la ASFI, al tener la fuerza de ley el contrato entre partes contratantes, este contrato jamás fue disuelto ni por el deudor ni por el acreedor.

El contrato fue ejecutado de buena fe, porque de lo contrario hubiera existido resolución del contrato ya sea por los deudores o por la propia Mutual, consecuentemente el contrato de préstamo cumplió con todos los requisitos que establece la ley.

Así también lo refiere el art. 803 del Código de Comercio (Buena fe en los contratos). En todo contrato se presume la buen fe (sic) *y, en consecuencia, obliga no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino también en lo correspondiente a la naturaleza de los mismos según la Ley, la costumbre o la equidad", de ahí que la buena fe siempre se presume, es una presunción iuris tantum, que desplaza la carga de la prueba a quien la contradice, y dentro de la causa tendría que haber demostrado el denunciante a través de la ASFI que hizo depósitos mensuales por encima de los $us. 210, o por lo menos de los $us. 210, pero hasta la fecha no pago ni siquiera ese monto.*

En cuanto al seguro de desgravamen hipotecario, no puede un acreedor como la Mutual El Progreso, estar pendiente si su deudor falleció o nó (sic), *o preguntar cuándo va a dejar de existir; para acreditar éste extremo está precisamente el certificado de defunción y la declaratoria de herederos, que*

debe ser presentado por el otro co-deudor o por sus herederos, ahí comienza recién el actuar de la Mutual al enterarse de manera formal no por un presunto fallecimiento, sino de manera objetiva y para ello está la documental al cual se hace referencia -el certificado de defunción-. Al no existir dicha solicitud por parte del deudor, uno no podría ser adivino, y activar el seguro por si acaso fallece como presumiendo que tiene que dejar de existir, un segundo aspecto es que el documento privado de fecha 6 de septiembre de 2006, en su cláusula primera, último párrafo señala de manera expresa lo siguiente: "Este préstamo está cubierto por el Seguro de Desgravamen Hipotecario a cargo de Mutual El Progreso ***siempre y cuando los prestatarios tengan pagadas sus cuotas mensuales al día de la fecha de contingencia y*** *cumplan con los requisitos exigidos por la Cía. de Seguros", más claro no pudo haber sido redactado, aspecto que tampoco se tomó en cuenta, porque la condición es que el prestatario tenga pagada su cuota mensual al día, y en el presente caso se encontraba vencida y en mora, de ahí que los fundamentos de la resolución no son los que corresponden a una resolución para la imposición de una sanción.*

Es requisito indispensable la comunicación por parte de los deudores sobre el fallecimiento de un deudor, para activar el seguro, verificando que las cuotas estén al día. Ninguna aseguradora puede pagar un seguro cuando no se presenten documentos que acrediten el fallecimiento de cierta persona, hay que demostrarlo de manera documental, además de presentar un testimonio de la declaratoria de herederos.

Desde el inicio del contrato hasta la presentación de la denuncia de la familia Baya Liendo, e incluso hasta el presente, Mutual El Progreso, no les cobró el interés del 14,50 % anual, dicho de otro modo, ***desde la suscripción del contrato hasta la fecha actual, los deudores no hicieron en ningún momento el pago de Sus. 210 de cuota mensual, tan solo pagaron la suma de $us. 140.- por el préstamo de Sus. 11000.- y $us. 40 por el préstamo de $us. 2000.-*** *de ahí que no guarda coherencia ni congruencia la resolución ASFI/N° 262/2011, el que al presente es confirmado por la Resolución ASFI N° 365/2011.*

Ahora bien, la Resolución ASFI N° 365/2011 al confirmar la resolución ASFI/262/2010, está lejos de la objetividad que corresponde a una instancia como la ASFI, porque es algo totalmente alejado de la verdad, la objetividad y de los antecedentes así como de la propia documentación cursante en obrados. Si revisamos el extracto de préstamos, donde se señala las fechas de pago (la fecha exacta que el deudor paga), fecha cálculo (fecha en que debe efectuar el pago), y vayamos a la segunda hoja hagamos la revisión de la fecha de cálculo donde se tiene que es el 07 de enero de 2008, ***fecha en la***

que debió cumplir con el pago mensual a la mutual, *ahora revisemos la fecha de pago en la primera columna se tiene registrado 20080129, es decir que efectivizó el pago en fecha* ***29 de enero de 2008,*** *cuando el plazo era el 7 de enero de 2008, consecuentemente ya había ingresado en mora, de ahí que el razonamiento de la resolución inicial no es cierta y al ser confirmada mediante Resolución ASFI N° 365/2011 se está convalidando ese acto que vulnera la seguridad jurídica.*

No se puede con las Resoluciones de la ASFI, dejar un funesto precedente, apartándose de la misión que tienen como organismos de supervisión de velar por la legalidad de los actos hacia la comunidad, sin embargo con esta resolución se tiene que estarían velando intereses de personas deudoras. Finalmente tampoco consta en la resolución de la ASFI el avenimiento convocado, donde se hizo notar al señor Marcelo Baya, que su préstamo ya estaba en mora, siendo que el señor Baya, se comprometió a visitar la mutual para conciliar saldos, sin embargo hasta la fecha no cumplió con dicho compromiso.

PETITORIO

Por lo precedentemente expuesto, la conducta de Mutual El Progreso, no se encuentra calificado como falta ni infracción, ni mucho menos el incumplimiento a lo dispuesto en el art. 42 de la ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, porque como se expuso no se modificó unilateralmente ningún contrato, ni tampoco existe incumplimiento al art. 50 de la Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, porque las cuotas de interés mensual no estaban cubiertas hasta el día del fallecimiento de la deudora (8 de enero del año 2008), por lo que en previsión al inciso b) del art. 124 del D.S. 27113 solicito emitir resolución ***REVOCANDO DE MANERA TOTAL LA RESOLUCIÓN ASFI N° 365/2011 DE FECHA 21 DE ABRIL DE 2011 Y RESOLUCIÓN ASFI N° 262/2011, DE FECHA 09 DE MARZO DE 2011****, por ser actos nulos al haberse emitido dichas resoluciones prescindiendo de manera total del procedimiento establecido y en su lugar se disponga el archivo de obrados, por no existir falta ni mucho menos infracción, debiendo dejar sin efecto la multa impuesta, porque lo que quieren los deudores es no pagar el préstamo que se les concedió…"*

7. MEMORIAL PRESENTADO EN FECHA 6 DE JULIO DE 2011 POR LOS SEÑORES MARCELO BAYÁ PRADEL, CLAUDIA ALEJANDRA BAYÁ LIENDO Y MARCELA XIMENA BAYÁ LIENDO.-

Por memorial de fecha 6 de julio de 2011, los señores Marcelo Bayá Pradel, Claudia Alejandra Bayá Liendo y Marcela Ximena Bayá Liendo expresan los alegatos

siguientes:

"…Tenemos a bien de apersonamos ante su despacho, solicitando que ulteriores actuados se nos hagan conocer para estar conforme a derecho. Y pedimos se considere los siguientes fundamentos de orden legal:

Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso" ha presentado recurso jerárquico contra la Resolución ASFI No. 365/2011 sin ninguna fundamentación legal ni real de los hechos fácticos, porque lamentablemente están tratando de hacer ver lo falso como verdadero, porque es completamente falso que en la denuncia presentada ante la ASFI por nuestra parte, hubiéramos solicitado que el interés se nivele de $us. 140 a $us. 210 o una reprogramación de la deuda que contrajeron con Mutual El Progreso.

No es correcto que se obre con tanta mala fe, porque jamás pediríamos pagar un interés de $us. 140 o $us. 210. Porque lo cierto y evidente es que en el contrato suscrito de préstamo, en fecha 30 de Mayo 2001 por el primero de los nombrados y quien en vida fue nuestra esposa y madre Ninoschka Liendo Ocampo de Baya con la Asociación Mutual de Ahorro y préstamo "El Progreso" estipula en su cláusula segunda en forma clara y contundente que para el pago del préstamo, se establece el sistema de cuotas mensuales fijas en la suma de $us. 140 (CIENTO CUARENTA 00/100 DOLARES AMERICANOS) QUE CUBRE EL INTERES NOMINAL CONVENIDO Y LA AMORTIZACION DEL CAPITAL.

Por consiguiente nunca se convino pagar un interés de $us. 140 o de $us. 210 como se aduce en forma maliciosa (sic)

Una cosa es hablar de cuotas y otra de intereses como malinterpreta la entidad financiera, sin ningún fundamento legal.

Lo que se debe considerar es la verdad de los hechos, pues Mutual El Progreso sin cumplir con esa cuota pactada en la escritura pública No. 162/ 2001, de Sus. 140.00 procedió a inobservar esa cláusula contractual en forma arbitraria, porque no obstante los depósitos de pago que se fueron realizando en forma periódicamente puntual durante 5 años y 5 meses, quien en vida fue nuestra esposa y madre se dio cuenta que el saldo deudor apenas habría reducido, porque el saldo deudor pendiente era de sus. 8.963.21, mediante una carta de fecha 5 de Enero 2007 hizo el reclamo, donde Mutual El Progreso admite el error de un funcionario que la cuota debió ser de $us. 210 DE MANERA QUE PAGANDO ESA CUOTA MENSUAL SE HA PAGADO DE MENOS AL CAPITAL CADA MES, PERMITIENDO QUE EL TIEMPO SE ALARGUE DEJANDO AÚN UN SALDO SIGNIFICATIVO… Resulta ser muy clara esta confesión porque ya en forma

unilateral, sin dar aviso alguno, la entidad financiera procedió a disponer los depósitos de pago a su antojo a cuenta de intereses la mayor parte, para dejar que el capital siga generando intereses mayores, sin comunicación ni aviso alguno a quienes tenían el derecho de saber.

Pues, resulta completamente deshonesto para una institución como Mutual El Progreso el tratar de negar hechos que caen por sus propias pruebas como es la carta de fecha 24 de Enero 2007 donde admiten implícitamente haber modificado el contrato.

Y que han cobrado una cuota de $us. 210.00 en forma mensual sin que ese monto conste en el contrato de préstamo suscrito.

Es más han dejado transcurrir muchos años y después iniciar un proceso coactivo para cobrar la cuota de $us. 210.00 por mes más intereses, y hasta sin importarles la denuncia a la ASFI intentan rematar el único bien inmueble que tenemos para cobrarse lo que según ellos se les adeuda donde siempre han contemplado el monto de $us. 210.00 como cuota de pago.

Pues esta, es la prueba contundente para demostrar estos hechos y que ha servido para demostrar la verdad ante la ASFI pidiendo pueda obrar en forma legal, por el principio de legalidad que implica el sometimiento a la ley, al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares.

Por lo que queda completamente desvirtuado las falsas aseveraciones de la Asociación Mutual El Progreso que no existe justificación alguna con ninguna prueba de haberse incrementado la cuota fija de $us. 140 a $us. 210 y que jamás se les cobró a los deudores ni tampoco éstos pagaron posterior a la suscripción del contrato ni por un solo mes la suma de $us. 210 como afirman en su recurso jerárquico falseando nuevamente la verdad.

De manera tal que no existe ningún análisis tergiversado en la Resolución No. ASFI 262/2011 que ha sido legalmente ratificado por Resolución ASFI No. 365/ 2011, menor (sic) *interés personal alguno, cuando se aplica únicamente la ley, garantizando que exista justicia y seguridad jurídica.*

Es más, nunca probaron que el préstamo entró en mora para que no proceda el seguro de desgravamen que era de su responsabilidad ni siquiera han presentado el certificado de haber adquirido el seguro cuando se solicitó judicial y administrativamente se haga la entrega. Y tenían pleno conocimiento del fallecimiento de quien en vida fue nuestra esposa y madre.

POR TODO LO EXPUESTO ES QUE SOLICITAMOS SE RECHACE EL RECURSO JERARQUICO (sic) *Y SEA CON COSTAS TODA VEZ QUE SE NOS ESTA* (sic) *CAUSANDO ENORMES PERJUICIOS Y DAÑOS QUE PUDIEREN SER IRREPARABLES…*"

8. EXPOSICIONES ORALES DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 1° de agosto de 2011 se llevó adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo; asimismo, en fecha 19 de agosto de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores Lic. Roberto Sillerico, Dr. Luis Carlos Paz Rojas y Dr. Armando Herrera Huarachi, en representación de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

9. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA.-

En el otrosí del memorial presentado por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en fecha 12 de mayo de 2011, consta la solicitud de la misma en sentido que:

"…***Otrosí.-*** *Mientras se resuelva el recurso jerárquico al tenor del art. 40 del D.S. 27175, solicito a su autoridad la suspensión de la ejecución de la Resolución ASFI/N° 262/2011 motivo de impugnación, referido principalmente a la multa impuesta, por los siguientes fundamentos: la resolución no está ejecutoriada, por lo que no merece su ejecución, no se puede tener por verdad, algo que todavía está con recursos que la propia ley establece, además que está causando perjuicio a la entidad financiera, porque se le está haciendo ver como infractora de normas por lo que en esta instancia corresponde al suspensión de la ejecución de la multa…*"

A tiempo de pronunciar el Auto de Admisión del Recurso Jerárquico de fecha 16 de junio de 2011, la Autoridad Administrativa se pronunció a la solicitud referida, expresando que:

"…*CUARTO.- En atención al otrosí 1° del memorial de fecha 12 de mayo de 2011, la AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO acredite el cumplimiento del artículo 40°, parágrafo I. del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, en relación a la sanción impuesta en el resuelve segundo de la Resolución Administrativa (sancionadora) ASFI N° 262/2011 de 9 de marzo de 2011, sea mediante la presentación del*

comprobante correspondiente o del Auto por el que se hubiera dispuesto la suspensión de la sanción,…"

Por su efecto, mediante nota ASFI/DAJ/R-64133/2011 de 27 de junio de 2011, el Ente Supervisor señala:

"*…En atención a su nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 138/2011 de fecha 22 de junio de 2011, sobre el tema de referencia, adjunto a la presente copia legalizada del comprobante de pago por Bs13.119,58 (TRECE MIL CIENTO DIECINUEVE 58/100 BOLIVIANOS) de fecha 5 de abril de 2011, equivalente a DEG´s 1.200,00, que fue cancelado por la Mutual "El Progreso", en cumplimiento al artículo segundo de la Resolución Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011…*"

Luego, mediante providencia de fecha 12 de julio de 2011, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, dispuso que:

"*La recurrente* ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO" aclare*** *su petición sobre "suspensión de la ejecución (…)" toda vez que conforme lo acreditado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011, ya fue hecha efectiva en fecha 5 de abril de 2011;…*"

Es así que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA "EL PROGRESO"**, en su memorial de fecha 19 de julio de 2011, señala:

"*…Otrosí.- Tengo a bien aclarar que en cuanto a la petición de la suspensión de la ejecución de la Resolución ASFI Nº 262/2011, se refiere a que en segunda instancia en recurso jerárquico se puede pedir la suspensión de la ejecución por sobre todo lo de la multa, que nos fue obligada a pagar por la ASFI, sin tomar en cuenta que cuando se tiene observación a recurso se otorga un plazo de 5 días para subsanarlo, lo que no sucedió en el presente caso, lo que se convierte en vulneración a la garantía del debido proceso y que conlleva incluso nulidad de obrados, además que dicha petición abarca sobre la generalidad de dicha resolución, que al presente no adquirió condición de cosa juzgada…*"

Finalmente, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI de fecha 26 de julio de 2011, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, dispuso que:

"*…2. Dados los extremos señalados en el memorial de fecha 19 de julio de 2011, la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución ASFI/Nº 262/2011 se considerará en oportunidad de la Resolución Ministerial Jerárquica*

que corresponda…"

10. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA.-

10.1. Documentación e información complementarias presentadas por el ente recurrido.-

Mediante notas ASFI/DAJ/R-73443/2011 de 20 de julio de 2011 y ASFI/DAJ/R-79745/2011 de 4 de agosto de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta la documentación que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 162/2011, y consistente en:

- Minuta de contrato de préstamo por el monto de $us. 11.000.-, suscrita en fecha 30 de mayo de 2001, entre la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en calidad de prestadora, y los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá y Marcelo Bayá Pradel en calidad de prestatarios.

- Documento privado sobre contrato de préstamo por el monto de $us. 2.000.-, suscrito en fecha 6 de septiembre de 2006, entre la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en calidad de prestadora, y los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá y Marcelo Bayá Pradel en calidad de prestatarios.

- Memorial con la suma "*Pide se tenga presente*" presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 12 de julio de 2010 por los señores Marcelo Bayá Pradel, Claudia Alejandra Bayá Liendo y Marcela Ximena Bayá Liendo, como emergencia de haber sido notificados con la Resolución ASFI Nº 545/2010.

- Nota con la referencia "*Solicitud Resolución*" presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 11 de enero de 2011 por los señores Marcelo Bayá Pradel, Claudia Alejandra Bayá Liendo y Marcela Ximena Bayá Liendo, referido a una denuncia interpuesta el mes de marzo de 2009.

- Memorial con la suma "*Aprobación de liquidación*" presentado al señor juez quinto de instrucción en lo civil de la ciudad de Oruro por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, fechado el 6 de enero de 2011.

- Auto interlocutorio de fecha 7 de enero de 2011, sobre señalamiento de

"*primera audiencia de remate*", pronunciado por el señor juez quinto de instrucción en lo civil de la ciudad de Oruro.

- Nota con la referencia "*Solicitud Audiencia*" presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 24 de enero de 2011 por los señores Marcelo Bayá Pradel, Claudia Alejandra Bayá Liendo y Marcela Ximena Bayá Liendo, referida a una denuncia interpuesta el mes de marzo de 2009 "*contra la "MUTUAL EL PROGRESO" de la ciudad de Oruro*".

- Nota E.P. 001/2011 presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 21 de febrero de 2011 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, referido a una petición de recomendación al personal subalterno.

- Memorial con la suma "*Se apersona e impugna Resolución*" (referido a la Resolución ASFI N° 340/2010) presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 31 de mayo de 2010 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Nota E.P. 13/2011 con la referencia "*TRAMITE No. T-463394 NOTIFICACIÓN DE CARGOS*" (referido a la respuesta a la notificación) presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 21 de febrero de 2011 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Memorial con la suma "*Opone incidente administrativo de prescripción e impetra previo y especial pronunciamiento en procedimiento administrativo sancionador correctivo*" presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 4 de marzo 2011 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Memorial con la suma "*Presenta recurso de revocatoria*" presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 24 de marzo 2011 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Nota E.P. 42/2009 con la referencia "*TRAMITE No. T-463394 RECLAMO DE LOS SRES. MARCELO BAYÁ PRADEL* (sic) *MARCELA XIMENA BAYA LIENDO Y CLAUDIA ALEJANDRA BAYA LIENDO*" (referido a envío de información solicitada) presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 7 de julio de 2009 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Nota (interna) con asunto "*Reclamo de la familia Bayá Liendo*" presentada

por el Asesor Jurídico al Gerente de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en fecha 6 de julio de 2009.

- Informe "*SOBRE EL PRÉSTAMO EN MORA Y EJECUCIÓN COACTIVA DE LA SRA. CARMEN NINOSCHKA LIENDO DE BAYA Y MARCELO BAYA PRADEL*", presentado por funcionarios de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en fecha 4 de julio de 2009.

- Nota E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007, presentada a la señora Dra. Ninoschka Liendo de Bayá por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, y que a la letra señala:

  > "*…A continuación tenemos el agrado de dar respuesta a la consulta sobre sus estados de cuentas, señalando que su preocupación es atinada, la misma que será totalmente aclarad con la siguiente explicación:*
  >
  > *El Préstamo de $us. 11.000 concedido en fecha 5-7-2011 para 7 años debió tener una cuota mensual de $us. 210.-, sin embargo por error del funcionario de entonces Sr. Freddy Solíz se fijó solo $us. 140.- como cuota mensual, de manera que pagando esa cuota mensual se ha pagado de menos al capital cada mes, permitiendo que el tiempo se alargue dejando aún un saldo significativo, lo que se puede corregir mejorando las amortizaciones a capital de $us. 70.- no pagadas de menos mensualmente, según afirmación del Auditor Interno, quién* (sic) *tuvo también la oportunidad de darle una información verbal…*"

- Plan de pagos a nombre de "*BAYÁ CARMEN NINOSCHKA LIENDO DE*" correspondiente al préstamo por el monto de $us. 11.000.-

- Auto de fecha 30 de marzo de 2011 pronunciado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero "*Al trámite 493394 Solicitud de suspensión de ejecución de la Resolución ASFI No. 262/2011 de 9 de marzo de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*".

- Auto de fecha 5 de abril de 2011 pronunciado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero "*Al trámite 493394 Solicitud de nulidad del Auto de fecha 30 de marzo de 2011 emitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*".

- Nota E.P. 23/2011 con la referencia "*RESOLUCIÓN ASFI No. 262/2011*" (referido a envío de la copia de un Acta) presentada a la Autoridad de Supervisión del

Sistema Financiero en fecha 24 de marzo de 2011 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Testimonio de la Escritura Nº 219/2011, otorgado por ante Notario de Fe Pública Nº 5 del Distrito Judicial de Oruro, Dr. Pedro Checa Díaz, sobre "*protocolización de acta de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de Mutual "El Progreso" de fecha 18 de marzo de 2011 No. 12/2011*".

- Memorial con la suma "*Solicita aclaración, complementación y regularización de procedimiento*" (referido al "*Auto por el que se dispone cumplir con el pago de la multa impuesta*") presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 4 de abril 2011 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Memorial con la suma "*Adjunta copia de depósito bancario*" (referido a la Resolución ASFI Nº 262/2011) presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 5 de abril de 2011 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Fotocopia ilegible con sello "…*ABR 2011*" del Banco Unión S.A. Oficina Oruro.

- Memorial con la suma "*Adjunta boleta de depósito bancario*" (referido al concepto de multas) presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 8 de abril 2011 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Comprobante de "*depósito a cuenta*" Nro. 50973760, por el monto de Bs 13.113,50.-, de fecha 5 de abril de 2011.

- Nota E.P. 69/2011 de fecha 20 de julio de 2011 y presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** señala:

  > "…*en conocimiento del requerimiento del Ministerio de Economía en el caso del prestatario Bayá Liendo, nos permitimos informar al inciso b) de dicho requerimiento, señalando que sobre el Contrato de ampliación del monto del préstamo por $us. 2.000.- de fecha 6-9-2006, esta Mutual no puede activar la cobertura de seguro de desgravamen, porque dicho monto de préstamo estaba en mora y uno de los codeudores actualmente vive. Por lo que está* (sic) *Mutual no puede asumir dicha deuda en mora…*"

- Memorial con la suma "*Elevan Queja*" presentado a la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en fecha 2 de abril de 2009 por los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo.

- Nota E.P. 60/2010 con la referencia "*TRAMITE No. T-496350 REQUERIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN RECLAMO SEÑORES BAYÁ*" (sobre atención a "*su solicitud de referencia*") presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 23 de agosto de 2010 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

- Extracto de un préstamo en moneda extranjera a nombre de "*BAYA CARMEN NINOSCHKA LIENDO DE – BAYA PRADEL MARCELO*" a fecha 12 de febrero de 2010, por el que al margen de los pagos realizados contra el mismo, constan dos desembolsos, uno por $us. 11.000.- de fecha 5 de julio de 2001, y el otro por $us. 2.000.- de fecha 7 de septiembre de 2006.

- Extracto de un préstamo en moneda extranjera a nombre de "*BAYA CARMEN NINOSCHKA LIENDO DE – BAYA PRADEL MARCELO*" a fecha 21 de agosto de 2010, por el que consta el desembolso de $us. 4.500.- en fecha 14 de julio de 2006 (al margen de los pagos realizados contra el mismo).

Asimismo y en cuanto a la información complementaria, mediante nota ASFI/DAJ/R-73443/2011 de 20 de julio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta la que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 162/2011, en los siguientes términos:

> "*a) Las notificaciones con la Resolución ASFI Nº 365/2011 de 21 de abril de 2011 realizadas a las personas: Claudia Alejandra Bayá, Armando Herrera Huarachi (Representación de la Mutual "El Progreso"), Marcelo Bayá Pradel y Marcela Ximena Baya Liendo, fueron realizadas en su oportunidad, no existiendo otras personas interesadas en el proceso.*
>
> *b) De acuerdo a nota E.P. 69/2011, emitida por la Mutual "El Progreso" (fotocopia adjunta), ésta institución no habría activado la cobertura de seguro de desgravamen, porque dicho monto de préstamo estaba en mora…*"

10.2. Documentación complementaria presentada por la entidad recurrente.-

La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en oportunidad de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos de fecha 19 de agosto de 2011, y después, mediante nota E.P. 217/2011 de 27 de agosto de 2011, hizo presente la

documentación siguiente:

- Nota ASFI/DAJ/R-135312/2010 de fecha 22 de diciembre de 2010 con referencia *"TRÁMITE Nº 923 SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN DE CAPITAL E INTERESES"*, presentada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al señor juez quinto de instrucción en lo civil de la ciudad de Oruro.

- Diversos actuados sucedidos por ante el Juzgado Quinto de Instrucción en lo Civil de la ciudad de Oruro, dentro del proceso coactivo seguido por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** contra los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo, conforme a la relación siguiente:

    - Sentencia Nº 20/2009 de fecha 8 de junio de 2009, que se refiere al préstamo suscrito en el documento público Nº 162/2001 de 22 de junio de 2001 por la suma de $us. 11.000,00, y que en su mérito declara probada la demanda coactiva.

    - Formulario de citaciones y notificaciones Nº 7675706, que contiene acta de fecha 22 de junio de 2009, sobre notificación con la sentencia al Gerente General de la entidad coactivante.

    - Representación de fecha 26 de junio de 2009, sobre imposibilidad de notificación con la sentencia al señor Marcelo Bayá Pradel por no haber sido habido, y consiguiente disposición judicial para la citación y emplazamiento del mismo mediante cédula.

    - Informe de fecha 27 de junio de 2009, sobre imposibilidad de notificación con la sentencia a las señoras Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo, por no vivir en el domicilio en el que fueron buscadas.

    - Formulario de citaciones y notificaciones Nº 7680245, que contiene: acta de fecha 22 de julio de 2009, sobre notificación con un auto de obrados al Gerente General de la entidad coactivante; y acta de la misma fecha, sobre citación y emplazamiento del señor Marcelo Bayá Pradel con la sentencia y notificación con otros actuados.

    - Edicto de fecha 25 de agosto de 2009, sobre citación y emplazamiento para conocimiento de las señoras Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo, sobre la existencia de la sentencia coactiva contra las mismas.

- Memorial con la suma "*Adjunta publicaciones de edicto*" presentado al señor juez quinto de instrucción en lo civil de la ciudad de Oruro en fecha 15 de septiembre de 2009, por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, y consiguiente disposición judicial de fecha 15 de septiembre de 2009 a efecto se tenga presente y se acumule a los antecedentes.

10.3. Documentación complementaria presentada por los terceros legítimos interesados.-

Asimismo, los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo presentaron los siguientes documentos en oportunidad de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos de fechas 1º de agosto de 2011:

- Nota E.P. 249/2008 de fecha 25 de julio de 2008 presentada al señor Marcelo Bayá Pradel por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, con el tenor siguiente:

  "…*Expresándole en primer término nuestra más sentida condolencia por el fallecimiento de su esposa la distinguida Dra. Ninoska Liendo de Bayá, refiriéndonos a su solicitud de cancelación del gravamen hipotecario que pesa sobre su inmueble, dejamos en su conocimiento el informe de los responsables pertinentes*…"

- "*Informe sobre la solicitud del Sr. Marcelo Bayá Pradel*" emitido por funcionarios de La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en fecha 24 de julio de 2008.

- Memorial de fecha 6 de diciembre de 2010 con la suma "*Presenta Exhorto Diligenciado*", presentado al señor juez quinto de instrucción en lo civil de la ciudad de Oruro, por los señores Marcelo Bayá Pradel y Marcela Ximena Bayá Liendo.

- Nota E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007, presentada a la señora Dra. Ninoschka Liendo de Bayá por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, sobre respuesta a una consulta y mencionada líneas arriba por haber sido también presentada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- Certificado de defunción Nº 059171 de fecha 6 de enero de 2009, que en lo trascendental refiere:

"*…se halla inscrita la defunción de CARMEN NINOSCHKA LIENDO OCAMPO - NOMBRES Y APELLIDOS - Edad 62 - Fallecido (a) el Día 8 Mes enero Año 2008…*"

- Testimonio de la Escritura Pública Nº 162/2001, otorgada en fecha 22 de junio de 2001, por ante Notario de Fe Pública Nº 5 de la ciudad de Oruro, "*de préstamo de dinero con garantía hipotecaria por la suma de once mil 00/100 dólares americanos ($us. 11.000,oo), que otorga la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "El Progreso"… a favor de los esposos: Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá y Marcelo Bayá Pradel*"; la minuta inserta es de fecha 30 de mayo de 2001.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Revisado el expediente administrativo, tenemos los siguientes antecedentes:

- Mediante Escritura Pública Nº 162/2001, otorgada en fecha 22 de junio de 2001 por ante Notario de Fe Pública de Primera Clase Nº 5 del Distrito Judicial de Oruro, Dr. Pedro Checa Díaz, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, otorgó un préstamo de dinero por $us. 11.000.- a favor de sus asociados **Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá** y **Marcelo Bayá Pradel**. El contrato correspondiente refiere una tasa de interés nominal convenida de 14.50% anual sobre saldo deudor, y una Tasa Efectiva Activa al Cliente (TEAC) de 14.78% anual; el pago de la obligación se conviene en cuotas mensuales, cada una de $us. 140.-, sin que exista mención a seguro de desgravamen alguno.

  En fecha 6 de septiembre de 2006, mediante documento privado suscrito entre las mismas partes detalladas en el párrafo anterior, se concede otro

préstamo, ahora por el monto de $us. 2.000.-, a una Tasa Efectiva Activa al Cliente (TEAC) de 10.95% anual y pago en cuotas mensuales, cada una de $us. 40.-; su cláusula octava establece que el destino del crédito es el de "ampliación de préstamo" y, en lo que hace al Seguro de Desgravamen Hipotecario, su cláusula primera establece expresamente que:

> "*Este préstamo está cubierto por el Seguro de Desgravamen Hipotecario a cargo de Mutual El Progreso, siempre y cuando los prestatarios tengan pagadas sus cuotas mensuales al día de la fecha de la contingencia (Cartera vigente) y cumplan con los requisitos exigidos por la Cía. de Seguros. La beneficiaria de la cobertura del Seguro es Mutual El Progreso…*"

Los desembolsos de ambos créditos se encuentran reflejados en el común extracto de fecha 12 de febrero de 2010, de la siguiente manera:

- En fecha 5 de julio de 2010 se desembolsó a los señores Carmen Liendo de Bayá y Marcelo Bayá Pradel, la suma de $us. 11.000.-, entonces corresponde al primer préstamo precitado.

- En fecha 7 de septiembre de 2006 se desembolsó a los prestatarios, el monto de $us. 2.000.-, el que, tratándose de un extracto común, sugiere su acumulación al saldo a capital del primer préstamo, que en ese momento era de $us. 8.963,21.-, determinando que el nuevo saldo a capital sea de $us. 10.963.-.

2. ANALISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. CARGO Nº 1: Modificación unilateral del Contrato.-

Conforme ha determinado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su nota ASFI/DSR II/R-13773/2011 (Notificación de cargos), la entidad -ahora recurrente- habría incumplido lo dispuesto en el artículo 42º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado), norma que en lo pertinente señala que: "***las entidades financieras, no podrán modificar unilateralmente los términos, tasas de interés y condiciones pactadas en los contratos de crédito***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En base a dicha imputación y tomando los antecedentes del proceso que cursan en el expediente administrativo, debe analizarse tres temas a considerar, conforme se procede a continuación:

2.1.1. De la cuota fija pactada.-

La Autoridad de Supervisión, refiriéndose al préstamo por $us. 11.000.-, ha fundamentado en la Resolución Administrativa recurrida, lo siguiente:

> "*según los extractos de pago y amortización de cuotas,… **la mutual incrementó el monto de la cuota fijada de $us. 140 a $us. 210***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Sobre este extremo, cabe precisar que la Escritura Pública Nº 162/2001 otorgado ante Notario Dr. Pedro Checa Díaz, sobre el contrato de préstamo estipula los siguientes acuerdos:

a) Un plazo de **siete años** (Cláusula primera).
b) Cuota **mensual** de **$us. 140**.- (Cláusula segunda).
c) Tasa de interés del **14.50**. (Cláusula primera).

Asimismo el contrato de referencia estipula en la Cláusula primera la existencia de un cronograma de pagos *adjunto*, determinado en razón del plazo (siete años), en función del servicio del préstamo (mensual) y de la fecha de desembolso (**5 de julio de 2001**); por lo tanto, la obligación debía honrarse en **84 cuotas** es decir hasta fecha **5 de julio de 2008**.

No obstante, del testimonio de la Escritura Pública Nº 162/2001 otorgado en fecha 22 de junio de 2001 por ante Notario Pedro Checa Díaz y por el que se protocoliza el contrato de préstamo, no consta se hubiera protocolizado (también) cronograma de pagos alguno.

A tiempo de la nota ASFI/DAJ/R-73443/2011, se ha acreditado un plan de pagos separado que habría sido entregado por la recurrente al Ente Supervisor, y del que se evidencia la existencia de cronograma de pagos que en su encabezamiento, ratifica los siguientes extremos (*monto del préstamo: 11.000.-, tasa de interés: 14.50, fecha del préstamo 2001/07/05, plazo en meses: 84, valor de la cuota: 140*), pero en la parte de detalle del mismo entra en contradicción, cuando establece **272 cuotas** mensuales consecutivas, refiriendo el pago de la última para fecha **5 de marzo de 2024**, es decir en un **plazo de 22 años y 8 meses**.

Asimismo, se tiene evidencia de la explicación que realiza la ahora recurrente, mediante nota E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007, que expresamente reconoce lo siguiente:

> "…*El Préstamo de $us. 11.000 concedido en fecha 5-7-2001 para 7 años*

debió tener una cuota mensual de $us. 210.-, sin embargo por error del funcionario de entonces Sr. Freddy Solíz se fijó solo $us. 140.- como cuota mensual, de manera que pagando esa cuota mensual se ha pagado de menos al capital cada mes, permitiendo que el tiempo se alargue dejando aún un saldo significativo, lo que se puede corregir mejorando las amortizaciones a capital de $us. 70.- no pagadas de menos mensualmente,…"

Consiguientemente, en la posición de la entidad recurrente, el cronograma de pagos debió establecer sólo 84 cuotas mensuales consecutivas, para lo que la cuota prevista era de $us. 210.-, no de sólo los $us. 140.- que menciona el contrato y el propio plan de pagos (en su encabezado), atribuyendo tal confusión a un "*error del funcionario*".

No obstante, se tiene presente que el proceso de contratación de un crédito hasta su desembolso, no puede ser de responsabilidad única de un funcionario, cuando el mismo compromete a -mínimamente- las áreas de créditos (en cuanto a la negociación y otorgación del crédito en sí mismo, y al cronograma de pagos que se carga en la correspondiente base de datos), y jurídica (al encontrarse el documento firmado por un abogado sin cuya concurrencia no se hubiera logrado su escrituración y consiguiente publicidad), áreas que tienen sus propios responsables y a quienes les toca velar porque el contenido del contrato refleje, fidedignamente, lo contratado por la entidad con sus asociados prestatarios.

En definitiva, la responsabilidad fundamental por el error sucedido es de la propia **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, no pudiéndose interpretar el contrato a su favor por disposición del artículo 518º del Código Civil (*las cláusulas dispuestas por uno de los contratantes o en formularios organizados por él se interpretan, en caso de duda, en favor del otro*), o como señala el principio de Derecho *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*: nadie puede alegar a su favor su propia culpa.

Consiguientemente, no puede la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** pretender imponer arbitraria y unilateralmente su criterio sobre la existencia de un error en lo contratado, máxime cuando el supuesto error se demuestra en un cronograma de pagos, que por más que es mencionado en la cláusula primera del propio contrato, no adquiere la validez que le señalan los artículos 1287º y 1289º (*concepto* y *fuerza probatoria* del documento público) del Código Civil, a diferencia de las previsiones del contrato, en el que claramente ha quedado establecido **por ambas partes**, tratarse de un crédito por $us. 11.000.-, a un plazo de siete años, con un servicio mensual y con una cuota de $us. 140.-.

2.1.2. Del cobro de un monto mayor de intereses en desmedro del capital.-

La Resolución recurrida señala que:

> "…*según los extractos de pago y amortización de cuotas,* ***la Mutual computó el cobro, en mayor porcentaje, a los intereses, en desmedro del capital a ser pagado****, evidenciándose que la mutual incrementó el monto de la cuota fijada de $us. 140 a $us. 210…*" (las negrillas son insertas en la presente resolución Ministerial Jerárquica).

Nuevamente, la observación sólo puede estar referida al crédito de $us. 11.000.- por cuanto es en el mismo en el que se pactó la cuota mensual de $us 140.-, conforme lo establecido en el numeral 2.2. supra (siéndole por ello atinente la conclusión anterior en sentido que ha sido contratada la cuota de $us. 140.- y no la de $us. 210.- como mal pretende la recurrente).

Empero además, se ha establecido otro actuar arbitrario en la recurrente, cuando ante su error y en el intento de imponer unilateralmente su propia solución a su contraparte en el contrato, imputó los pagos que realizaba el grupo familiar Bayá "*de manera que pagando esa cuota mensual* ($us. 140) *se ha pagado de menos al capital cada mes*" (nota E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007); entonces y como señala el Ente Regulador, se "*computó el cobro, en mayor porcentaje, a los intereses, en desmedro del capital a ser pagado*".

Por consiguiente y estando claro de la Escritura Pública Nº 162/2001 (notario Dr. Pedro Checa Díaz) que el préstamo en concreto refiere ser pagado en siete años mediante 84 cuotas mensuales, cada una de $us. 140.- que incluía capital e intereses (fecha de desembolso: 5 de julio de 2001) con una tasa nominal convencional sobre saldos del 14.50% anual, la entidad recurrente no podía computar las amortizaciones en porcentajes distintos a los contratados, favoreciendo a los intereses en desmedro del capital.

Al respetarse la cuota contratada de $us. 140.- y toda vez que eran 84 las cuotas contratadas, el crédito debió haber quedado liquidado con el pago total de $us. 11.760.- (que incluía capital e intereses) siendo inferible haber sido ese el motivo por el que se contrató el segundo crédito -de $us. 2.000.-; no obstante y dado lo contratado en principio, las pretensiones respecto al primer crédito determinaron que la ahora recurrente quedara perjudicada por su propia culpa, dando lugar a sus imposiciones contra el grupo familiar Bayá, el reclamo de este último, y el consiguiente proceso sancionatorio que se conoce en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, correspondiendo concluirse en que no puede la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** computar las amortizaciones en

mayor porcentaje a los intereses, en desmedro del capital a ser pagado si así estipulo en el contrato que fue firmado por las partes.

2.1.3. De la fusión de créditos.-

El informe /ASFI/DSR II/R-136202/2010 de 23 de diciembre de 2010 es más preciso, cuando señala que "***la fusión errónea de los créditos*** *de $us. 2.000.- y $us. 11.000.- generan un nuevo plan de pagos por el monto de $us. 10.963,21 el cual no cuenta con respaldo contractual,* ***incurriendo la Mutual en una modificación unilateral de contrato***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, a tiempo del Recurso Jerárquico, si bien abunda en reclamos contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 365/2011 de fecha 21 de abril de 2011 y contra el propio Ente Regulador, no precisa ni expresa cuál es el alegato que presenta contra el Cargo Nº 1 y en especial que permita desvirtuarlo, extremo que obliga se remita la presente Resolución Ministerial Jerárquica, a los antecedentes cursantes en obrados, fundamentalmente al precitado extracto del préstamo de fecha 12 de febrero de 2010, del que se puede evidenciar que, al haber acumulado los $us. 2.000.- del segundo préstamo al saldo de capital del primer préstamo (para hacer un nuevo saldo a capital adeudado de $us. 10.963.-), habría consolidado ambos créditos en uno solo, resultando necesario en interés del proceso, determinar al presente si, con ello, se ha incurrido en una modificación unilateral -por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**- de lo contratado.

Para ello se tiene que el destino del **segundo contrato suscrito por las partes** (entidad financiera como prestadora y esposos Bayá como prestatarios) es el de "***ampliación de préstamo***", radicando en ello el consentimiento de los prestatarios a tal situación, por cuanto, esa fue la manera en que operó la ampliación del préstamo contratado.

A tal extremo es aplicable lo determinado por el artículo 510º del Código Civil, el que a la letra señala:

> "…*Artículo 510.- (INTENCIÓN COMÚN DE LOS CONTRATANTES).*
>
> *I. En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.*
>
> *II. En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de éstos y las circunstancias del contrato…*"

Por consiguiente y en definitiva, si **la finalidad <u>consentida por todas las partes</u>** en el segundo **contrato** (léase **acuerdo de voluntades**) era la de ampliar el monto del capital del primero, lo mismo importa suficiente "respaldo contractual"; entonces no ha existido una modificación **unilateral** (de solo una de las partes) de lo contratado por dicha situación, en los términos dispuestos por el artículo 42º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado), quedando por ello desvirtuado dicha fundamentación para el Cargo Nº 1.

Lo mismo además, lleva a la conclusión de que no obstante constar como una sola operación en el extracto del préstamo de fecha 12 de febrero de 2010, las características distintas de ambos préstamos determinan que, en los hechos no ha existido una acumulación o consolidación de los saldos a capital, por lo que es objetable el criterio de acumulación que hayan aplicado las partes (no únicamente la entidad recurrida sino también los esposos Bayá); recuérdese que un contrato es básicamente, el "*convenio obligatorio entre dos o más partes*" al que se refiere Cabanellas en el *Diccionario*, siendo presumible que para su formación haya existido el consentimiento de todas ellas conforme lo exige el artículo 452º, numeral 1, del Código Civil, misma norma que en su artículo 454º determina la libertad contractual, y en el artículo 519º, que "*el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes*".

Las partes, al determinar la ampliación del monto del primer préstamo mediante el segundo, sin tener en cuenta que al proceder de esa manera, es decir, no mediante una adenda de ampliación del monto prestado y la modificación de intereses -según fuera su voluntad contractual-, sino mediante un nuevo préstamo con características particulares y distintas del primero, han dado origen a una situación particular, en la que parte del dinero prestado se rige por sus propios accesorios (fundamentalmente intereses), distintos de los del otro monto prestado, sin que se pueda extender los del segundo al primero, por cuanto no existe permisión legal o contractual para lo mismo.

Asimismo, es discutible la validez de la fuente alternativa de repago (garantía) de los préstamos, toda vez que al pretender ampliar la cobertura de la hipoteca que garantiza al primer préstamo en beneficio del segundo, no se tiene en cuenta la disposición del artículo 491º, numeral 2, del Código Civil: "*Deben celebrarse por documento público… La hipoteca voluntaria*" y toda vez que el segundo contrato resulta en un documento privado que para este efecto concreto no puede ser tenido como público, tampoco puede haber hipoteca válida con respecto al mismo, extremos que si bien no hacen al fondo de lo recurrido, y por tanto de lo resuelto, determinan también efectos referidos a la cobertura del seguro de desgravamen, conforme se analiza en el numeral 3 infra.

Congruentemente con lo expresado en líneas precedentes, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha realizado un análisis sobre esta situación que respalde la sanción impuesta, situación fundamental que debe contar toda Resolución Administrativa.

2.2. CARGO Nº 2: ACTIVACIÓN DEL SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su nota ASFI/DSR II/R-13773/2011 (Notificación de cargos), que la entidad ahora recurrente ha incumplido las disposiciones del artículo 50º de la Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999 "*al no haber activado el seguro de desgravamen obligatorio de la señora Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá*", al fallecimiento de la misma acaecido en fecha 8 de enero de 2008.

2.2.1 Sobre la no activación del seguro.-

La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",** en el Recurso Jerárquico señala que para activar el seguro, requería del certificado de defunción y de la Declaratoria de Herederos, documentos con los que comienza su actuar por ante la aseguradora, siendo requisito indispensable la comunicación por parte de los deudores sobre el fallecimiento de un deudor, para activar el seguro.

A este respecto, el informe /ASFI/DSR II/R-136202/2010 cursante de fojas 24 a 35, establece que:

> "*De la documentación proporcionada, tanto por los reclamantes como por parte de la Entidad se observa que el contrato de crédito de 7 de septiembre de 2006 consigna en su cláusula primera que el mismo se encuentra cubierto por el Seguro de Desgravamen Hipotecario por cuenta de la Mutual "El Progreso". Sin embargo, una vez acaecido el fallecimiento de la co-deudora, Sra. Carmen Ninoschka Liendo, el mismo no ha sido activado por la Mutual, bajo el argumento de que los prestatarios no habrían hecho ningún pago de las pólizas correspondientes*…"

La cláusula primera del documento privado de fecha 6 de septiembre de 2006, ha señalado que la cobertura del Seguro de Desgravamen Hipotecario está condicionada, a que los prestatarios tengan su crédito en Cartera vigente y que cumplan con los requisitos exigidos por la compañía de seguros.

El contrato de préstamo por $us. 2.000.- si bien establece encontrarse "*cubierto por el Seguro de Desgravamen Hipotecario*", en cambio no señala cuál el riesgo o contingencia que vaya a dar a lugar a la indemnización; no obstante, queda claro

tanto para las partes -en el común de sus actuaciones- como el propio Ente Supervisor, en que tal seguro opera por el fallecimiento de uno o ambos prestatarios.

La recurrente sobre el particular menciona en su nota E.P. 69/2011 de fecha 20 de julio de 2011 lo siguiente:

> "…*esta Mutual no puede activar la cobertura de seguro de desgravamen, porque dicho monto de préstamo estaba en mora y uno de los codeudores actualmente vive*…"

La entidad financiera asumió para con sus prestatarios la obligación de contratar un Seguro de Desgravamen Hipotecario para el caso de muerte de los mismos, que ampare el crédito otorgado, obligación que ha sido expresamente determinada en la cláusula primera del documento privado de fecha 6 de septiembre de 2006, y no con tal contundencia para el préstamo de $us.11.000.- y para lo cual se condicionaba a que la parte prestataria cumpla con los requisitos exigidos por la "*Cia. de Seguros*" (sin embargo de no hacer mención a cuáles los requisitos para activar el seguro, como tampoco cuál la compañía aseguradora a la que los prestatarios deban acudir para conocer sobre lo mismo), como que el crédito no se encontrara en mora o incluso respecto a la cobertura adicional que otorga este tipo de seguros.

Es así que resultan varios los aspectos determinantes en torno a la activación del seguro:

- A decir de la recurrente, al fallecimiento de la señora Carmen Ninoschka Liendo, los interesados (el grupo familiar Bayá) no acreditaron documental e idóneamente tal fallecimiento mediante el certificado de defunción a ser presentado a la compañía de seguros, además que el crédito se encontraba en mora, por cuanto ha existido un mal cálculo de las cuotas a tiempo de la contratación del -primer- préstamo por $us. 11.000.- que determinó el pago errado de la obligación en defecto.

- Según el grupo familiar Bayá, ha existido una mala aplicación de las amortizaciones lo que determina un pago en exceso del crédito, y por tanto, la inexistencia de la mora.

- Estando involucrados dos contratos de crédito, **el seguro de desgravamen sólo está previsto expresamente para el segundo** (el otorgado por $us. 2.000.-), sin embargo, al haberse consolidado en la práctica de la entidad financiera e incluso la obligación de la contratación del gravamen, debe determinarse si los pagos realizados corresponden imputarse contra el primer préstamo,

contra el segundo préstamo, contra ambos y en qué montos, de manera tal se pueda conocer si efectivamente ese segundo contrato se encontraba en mora a tiempo del fallecimiento de la señora Carmen Ninoschka Liendo y teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 316º del Código Civil (modo de hacer la imputación del pago en caso de varias deudas de la misma especie con el mismo acreedor).

- Las obligaciones tanto de los asegurados (Prestatarios) y las de la tomadora y beneficiaria es decir la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.

Análisis que se extraña en la Resolución Administrativa de la ASFI, limitándose la Autoridad Supervisora a imputar el cargo y consiguiente sanción, sin realizar la debida fundamentación cual manda el procedimiento administrativo, donde mínimamente se analice, las obligaciones de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",** frente al seguro de Desgravamen Hipotecario, los requisitos que debió haber cumplido el prestatario sobreviviente, el análisis de los dos contratos y su repercusión frente a la supuesta mora que aduce la entidad recurrente. Más por el contrario la Resolución Administrativa denota una contradicción entre lo desarrollado y lo imputado.

Sin perjuicio de la contundencia de la fundamentación anterior y en lo que en concreto atañe al cumplimiento de los requisitos exigidos por la compañía de seguros, es importante señalar que no puede bajo ningún concepto requerirse documentos no contemplados para dar el aviso a la compañía aseguradora, cual es la Declaratoria de Herederos, situación que a su vez debió ser considerada por la ASFI a tiempo del desarrollo de su parte Considerativa.

Es así que siguiendo dicha línea de razonamiento, la ASFI debió requerir las Pólizas de Seguro, así como realizar el análisis correspondiente sobre la normativa de seguros que respalda dicha cobertura, para de esta manera contar con el pronunciamiento fundamentado al que estaba obligada.

Esta ausencia de fundamentación, evidenciando el incumplimiento de principios de derecho administrativo, ha generado sin duda la indefensión de la recurrente, por cuanto y conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha determinado:

> "*Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos*

aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como ***el derecho a la defensa****, a la igualdad, etc****., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes****" (las negrillas son nuestras)…*

En cuanto al derecho a la defensa:

*En ese sentido, la jurisprudencia contenida en la SC 1534/2003-R definió al derecho a la defensa como "...****potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio*** *presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo****,*** *haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente…"; jurisprudencia que ha sido reiterada en la SSCC 0183/2010-R, 02817/2010-R, entre otras (....)"*

2.2.2. Sobre la inaplicabilidad del artículo 50° de la Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999.-

De la revisión del artículo 50° de la merituada Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999 referida al Reglamento sobre Calificación y Evaluación de la Cartera de Créditos "*aprobado por el Comité de Normas Financieras de Prudencia*" (y que en la nota de cargos que da origen al proceso sancionador, resulta ser la norma infringida con respecto al Cargo N° 2), se evidencia que tal norma determina lo siguiente:

"…*Artículo 50°- Las entidades financieras* ***deben contar con información***

confiable y oportuna sobre la situación de sus deudores y las conclusiones fundadas de sus riesgos y posibles pérdidas.

Para ello ***deberán mantener la documentación que refleje, en todo momento, los antecedentes y la evolución de las operaciones de crédito de sus clientes, incluyendo en los respectivos archivos la información mínima siguiente***:…" (y sigue una larga serie de requisitos documentarios, incluida la "copia de las pólizas de seguros contratados vigentes y endosadas en favor de la entidad financiera, sobre los bienes recibidos en garantía", en función a los diversos tipos de créditos; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De donde resulta que el artículo 50º del Reglamento sobre Calificación y Evaluación de la Cartera de Créditos que ha servido para sancionar a la recurrente se refiere a la obligación de contar con información confiable y oportuna sobre la situación de sus deudores, para lo que las entidades de intermediación financiera, como parte de esa misma obligación, deben mantener la documentación que refleje tales antecedentes.

Consiguientemente, a tiempo de la notificación con los cargos se ha utilizado una norma ambigua para el caso de autos, cuando necesariamente debieron fundarse los mismos en normas expresas y más aún cuando se evidencia de la ausencia de una debida fundamentación.

Toda vez que por disposición del artículo 4º, inciso c) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, correspondía al Ente Supervisor asegurar a los administrados (recurrente y terceros interesados) el debido proceso administrativo, donde debe quedar claro que la imposición del Cargo Nº 2 basada en una norma abstracta y en exceso genérica para con la supuesta infracción y la ausencia de fundamentación, importa precisamente violación a ese debido proceso, por cuanto resulta en una actuación administrativa sujeta de anulación.

3. COEXISTENCIA DE UN PROCESO COACTIVO DE COBRANZA.-

Particular atención merece el hecho de existir una acción -jurisdiccional-coactiva de cobranza, intentada por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** contra los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo, la que de acuerdo a la Sentencia Nº 20/2009 pronunciada por el señor Juez quinto de instrucción en lo civil de la ciudad de Oruro, se limita únicamente al préstamo con garantía hipotecaria de $us. 11.000.-, entonces y por la deficiencia hipotecaria en el segundo crédito (el de $us. 2.000.-).

Dentro de la mencionada acción judicial, el señor Marcelo Bayá Pradel ha sido citado y notificado en fecha 22 de julio de 2009, y las señoras Marcela Ximena Baya Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo, mediante edictos conforme se evidencia de las publicaciones que han sido acumuladas al correspondiente expediente y así conocidas por el Juez de la causa en fecha 15 de septiembre de 2009. A tales hechos, se contrapone la notificación de los cargos que constan en la nota ASFI/DSR II/R-13773/2001 de fecha 4 de febrero de 2011 y correspondiente al presente proceso sancionador (ahora en instancia jerárquica) que consta en la nota ASFI/DSR II/R-13773/2001.

Es pertinente dejar constancia que el *Proceso de ejecución coactiva civil de garantías reales sobre créditos hipotecarios y prendarios* está circunscrito a la materia del Derecho Procesal Civil, y tiene por finalidad señalada en el artículo 48º de la Ley Nº 1760 de 28 de febrero de 1997 (de Abreviación) lograr la efectividad coactiva de un derecho de cobro de suma líquida, sustentado en títulos con características particulares, por ello denominados coactivos.

Por su parte y siguiendo a Escola en su *Compendio de Derecho Administrativo*, el Derecho Administrativo Sancionador tiene por finalidad imponer sanciones "*a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que sea aplicable por la Administración Pública en cada caso*".

Por tanto, dentro del proceso sancionatorio que nos ocupa, al Ente Regulador le corresponde circunscribir las decisiones que asume a la última definición señalada, es decir, fundamentalmente sancionar la inobservancia al ordenamiento normativo administrativo, cuidando que los efectos de sus decisiones no generen controversia con las que emane la jurisdicción y cuidando que, conforme al artículo 117º-II de la Constitución Política del Estado, "*nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho*" y que, en el caso de autos, el proceso judicial se inició con antelación al trámite del proceso administrativo.

4. ACERCA DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA SANCIÓN.-

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

En el caso de autos, **consta que la sanción pecuniaria consistente en el pago de la multa impuesta ha sido ya cumplida por el recurrente sancionado**, de manera tal que no corresponde su suspensión; empero además, debe tenerse en cuenta el

estado actual del trámite (en el que las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 365/2011 de 21 de abril de 2011 y ASFI Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011 han sido impugnadas y, por tanto, no han ganado en inamovilidad) y la determinación final de la presente Resolución Ministerial Jerárquica que sale de la parte resolutiva infra, con la generalidad de efectos jurídicos que de ello devienen, no corresponde la suspensión de la sanción en los términos solicitados por la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, el presente proceso administrativo se ha evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha omitido los elementos principales que hacen al proceso, cuales son el análisis, motivación y debida fundamentación y ello en desmedro al debido proceso, debiendo determinarse la anulación correspondiente para que se enmiende los defectos procesales que originaron la indefensión de la recurrente, conforme se ha fundamentado en el considerando anterior.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 373/2011 DE 27 DE ABRIL DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 048/2011 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2011

La Paz, 30 de septiembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 023/2011 de fecha 19 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 106/2011 de fecha 7 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 25 de mayo de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** representada por su Gerente General, señor Gorka Fernando Salinas Gamarra, según el Testimonio de Poder Nº 394/2009 otorgado en fecha 3 de noviembre de 2009 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 34 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Martha Ariane Antelo Cabruja, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-55513/2011 con fecha de recepción 1º de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 6 de junio de 2011, notificado en fecha 9 de junio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota ASFI/DSV/R-10381/2011 de fecha 27 de enero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó con cargos al señor Gorka Salinas Gamarra, Gerente General de **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, en los términos transcritos a continuación:

> "…***1. La Sociedad habría solicitado transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a entidades de intermediación financiera no bancarias***

La Administradora de fondos de inversión habría expuesto de manera innecesaria los recursos del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, al haber contratado a una entidad de intermediación no bancaria, como es el Fondo Financiero Fassil S.A., para solicitarle debitar de la cuenta N° 50726-2, recursos para realizar transferencias de fondos y abonarlos a una cuenta en el extranjero al Banco Clariden Leu AgG Zurich, cuando el Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, mantiene recursos líquidos en entidades bancarias, situación que puede evidenciarse con mayor claridad en las siguientes notas:

Fecha	Nota	Importe a transferir $us.	Costo de Transferencia
29/12/2009	SC SAFI-913/2009	300,000	0,20%
10/12/2009	SC SAFI-858/2009	200,000	0,20%
08/12/2009	SC SAFI-845/2009	211,558	0,20%
07/12/2009	SC SAFI-837/2009	211,181	0,10%
07/12/2009	SC SAFI-838/2009	120,000	0,10%

Dicha conducta constituiría infracción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998.

2. La Sociedad habría utilizado en forma directa los activos del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo

La Sociedad Administradora habría utilizado el crédito fiscal de Bs1.590.00 (Un Mil Quinientos Noventa Bolivianos 00/100) de las facturas N°38220, 36800, 36802 y 37709 del Fondo de Inversión Renta Abierta Corto Plazo, correspondientes a los pagos por comisiones al Fondo Financiero Fassil S.A. por transferencias al extranjero (Banco Clariden Leu), conforme el siguiente detalle:

Resumen de comisiones pagadas
Expresado en bolivianos

No de factura	Importe	Importe apropiado en la cuenta (1)	Nº de comprobante
37709	2.308,32	2308,32	EG-12-19
36802	2.788,00	2.788,00	EG-12-30
36800	2.949,15	2.949,15	EG-12-23
38220	4.182,00	3.638,34	EG-12-23
Total comisión pagada	**12.227,47**	**11.683,81**	
Crédito fiscal utilizado	**1.589,57**		

(1) 440.11.90.1.01 Gastos administrativos del Fondo de Inversión Renta Activa CP

Los pagos efectuados que alcanzaron a Bs12.227 fueron registrados en los estados financieros del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, en la cuenta 440.11.90 "Gastos Administrativos diversos MN", importe asumido por los participantes como gasto inherente a las inversiones en el extranjero.

Dicha conducta constituiría infracción a lo dispuesto el inciso a) del articulo (sic) *45 de la Normativa para Fondos de Inversión aprobada mediante Resolución Administrativa Nº 421 de 13 de agosto 2004.*

En caso de verificarse los cargos mencionados, constituirán causales para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores, previo proceso administrativo; por lo que, de conformidad al artículo 67 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, se concede a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.,*** *el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente nota, para la presentación de los descargos que correspondan…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota SC SAFI – 202/2011 de fecha 9 de febrero de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** establece los extremos siguientes:

"*…1) En referencia al cargo 1, señalar que en ningún momento Santa Cruz Investments SAFI S.A. puso en riesgo innecesario los recursos de los participantes como señala su carta, puesto que se utilizó una entidad financiera* ***autorizada y regulada*** *por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para poder realizar las transferencias señaladas a la cuenta de Renta Activa FIA Corto Plazo en el Banco Clariden Leu.*

Asimismo, señalar que mediante carta con cite FSL-GG410/2010, adjunta a la presente, el Fondo Financiero Privado Fassil S.A ratifica y corrobora el hecho de estar facultada de acuerdo a ley para realizar este tipo de operaciones.

De acuerdo a lo señalado, Santa Cruz Investments Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. en ningún momento incumplió el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834.

2) En referencia al cargo 2, señalar que en ningún momento se perjudicó de manera directa o indirecta a los participantes del Fondo Renta Activa FIA Corto Plazo. No se puede atribuir un error de tipo operativo a un cargo de semejante magnitud, lo cual consideramos como totalmente desproporcionado, sin mencionar el monto correspondiente el cual es insignificante para el tamaño de nuestra empresa.

Asimismo, señalar que en fecha 25 de noviembre de 2010, la Sociedad rectifico (sic) *frente al Servicio de Impuestos Internos sus libros de compras y ventas de aquellos meses en los cuales se hubo registrado las facturas señaladas por comisiones del Extranjero. Se adjuntan los formularios Impuestos Nacionales los cuales corroboran lo anteriormente señalado…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 164/2011 DE 23 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sanciona a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** bajo los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-18092/2011 e Informe Legal ASFI/DSV/R- 18637/2011, se efectuó el siguiente análisis en relación a los cargos notificados, así como los documentos de descargo presentados:

- *En relación al cargo imputado por la transferencia de fondos que realizó* ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *a cuentas bancarias del extranjero mediante la utilización de entidades de intermediación financieras no bancarias, la Sociedad acepta haber realizado tales operaciones, asimismo indica que la entidad financiera utilizada se encuentra autorizada y regulada por ASFI, siendo esta el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., explicando que con ello no se incumplió el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores.*

  Al respecto, de la revisión de los documentos e informes que motivaron el cargo sobre la operativa utilizada por el Fondo Financiero Privado Fassil S.A. para realizar la operación cuestionada, se comprobó que en ningún momento el Fondo Financiero Privado Fassil S.A. realizó por si mismo depósitos al Banco Clariden Leu, puesto que de acuerdo al extracto bancario del Banco Clariden Leu, la transferencia de $us1.042.000.00 (UN MILLON CUARENTA Y DOS MIL DOLARES AMERICANOS 00/100) fue realizada a través de personas naturales y jurídicas, como son: Marcela Aguilera de Urenda Calle, Carmela Marketin Limited, La Guardia International Holding Corp y Hermann Wille o Gisela E de Wille, demostrando de esta manera que la contratación del Fondo Financiero Privado Fassil S.A. para realizar la transferencia de fondos al extranjero no constituyó una actitud diligente por parte de la SAFI.

  De igual manera, debe tomarse en cuenta que al momento de haberse realizado las transferencias la SAFI mantenía recursos líquidos en otras entidades bancarias, de forma tal que para transferir recursos del Fondo Renta Activa Corto Plazo al extranjero, precautelando la mayor seguridad para los mismos, lo idóneo era la utilización de una entidad bancaria bajo los estándares de seguridad razonables, como es la utilización del seguro de transferencias financieras internacionales SWIFT,

así la Sociedad Administradora habría mantenido el riesgo de la transferencia de recursos del Fondo administrado dentro de los parámetros razonables y aceptables, exigibles a un administrador profesional como manda el artículo 29 de la Normativa para Fondos de inversión y sus Sociedades Administradoras.

En relación al argumento que justifica la contratación del Fondo Financiero Privado Fassil S.A. cabe recordar a la Sociedad Administradora que la contratación de servicios no implica en ningún momento la cesión o liberación de obligaciones y responsabilidades de la SAFI, por lo que, en caso de haber sido necesaria la transferencia de Fondos al extranjero, debió contratarse una entidad bancaria que pudiese contar con los seguros de mensajería financiera adecuados para ello y no la utilización de personas naturales o jurídicas, imposibilitadas del uso de estos recursos y mecanismos de seguridad como el caso objeto de análisis.

*Por lo anteriormente expuesto, **se ratifica** el cargo por infracción al segundo párrafo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834.*

Que, corresponde determinar que con la conducta descrita, la SAFI incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), correspondiendo la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa.

Que, a efectos de modular el monto de la sanción de multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que señala, que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

*Que, siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el artículo*

19 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como contravención las infracciones a la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos; b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado, puesto que la entidad reconoce expresamente en sus descargos la infracción imputada, al señalar que utilizaron los servicios del Fondo Financiero Privado Fassil S.A. para la transferencia de recursos del Fondo administrado al extranjero, mecanismo que no representa la mayor seguridad en la administración de los recursos de los Participantes.

Que, en el ejercicio de la potestad sancionadora, es necesario tomar en cuenta las siguientes circunstancias concurrentes a la infracción ratificada, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción a imponerse; por lo que, con el fin de modular la sanción aplicable corresponde ponderar lo siguiente para imponer la multa de Primer Rango:

a) *Los documentos de descargo presentados corroboran que **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** contrató de manera deliberada los servicios del Fondo Financiero Privado Fassil S.A. para realizar transferencias bancarias internacionales al Banco Clariden Leu en Zurich, cuando estas entidades se hallan únicamente autorizadas para realizar remesas.*

b) *El Fondo Financiero Privado Fassil S.A. se sirvió de personas naturales y jurídicas para realizar la transferencia de fondos al extranjero, como consta en el extracto Bancario de Clariden, siendo esta una práctica inusual e insegura.*

c) *La Sociedad Administradora cargó como gastos al Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo que administra, la comisión por gastos de transferencia de recursos al extranjero, siendo el servicio ofrecido por el Fondo Financiero el de remesas.*

d) *Se realizó la transferencia de fondos al extranjero sin la utilización de ningún tipo de seguro de transferencias internacionales, razón por la cual no habría sido la forma más segura de efectuar la transferencia de dinero y por tanto una actitud poco diligente el contratar a un Fondo Financiero Privado imposibilitado de realizar esta operación y que en ningún momento figura como depositante de los fondos.*

e) ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.,** es un sujeto vinculado al Fondo Financiero Privado Fassil S.A., por lo que pese a no ser esta una figura*

prohibida se debe de anteponer los intereses de los clientes por encima de los propios o de empresas vinculadas en todo momento.

f) *Se toma como circunstancias atenuantes, que con la comisión de esta infracción no hubo consecuencias o repercusiones en el Mercado de Valores, asimismo* ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI*** *no es reincidente en la comisión de este tipo de contravención.*

Que, en sujeción a lo previsto por los artículos 3, 11 y 19 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, se toma como parámetro para determinar la sanción, el riesgo en que se coloco las inversiones de los participantes, el monto que ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A,*** *cobró por administrar los recursos del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo y la cantidad de dinero que fue objeto de traslado al extranjero.*

Que, tomando en cuenta las circunstancias de la infracción ratificada, corresponde imponer a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A,*** *multa de Primer Rango, calculada en bolivianos equivalente a un total de* ***$us1.500.00 (MIL QUINIENTOS 00/100 DOLARES AMERICANOS),*** *de conformidad a lo previsto por los artículos 3, 11, 13, 19 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834.*

- *Respecto al cargo imputado por haber utilizado el crédito fiscal de Bs1.590.00 (Un Mil Quinientos Noventa Bolivianos 00/100) de las facturas N°38220, 36800, 36802 y 37709 del Fondo de Inversión Renta Abierta Corto Plazo, correspondientes a los pagos por comisiones al Fondo Financiero Fassil S.A. por transferencias al extranjero (Banco Clariden Leu), de esta manera el importe fue asumido por los participantes como gasto inherente a las inversiones en el extranjero.*

  En este sentido, la Sociedad Administradora señala que en ningún momento se perjudicó de manera directa o indirecta a los participantes del Fondo Renta Activa Corto Plazo, atribuyendo dicho acto a un error operativo, considerando que el monto correspondiente es insignificante para el tamaño de la empresa, señalando que el 25 de noviembre la Sociedad rectifico ante el Servicio de Impuestos Internos sus libros de compras y ventas de los meses en los cuales se registro las facturas señaladas por comisiones del Extranjero.

  Entonces, de la revisión de los documentos que comprenden el presente proceso sancionatorio, se tiene que los comprobantes EG-12-19, EG-12-

30, EG-12-23 y EG-12-89, demuestran que la Sociedad Administradora utilizó el crédito fiscal de Bs1.590.00 (Un Mil Quinientos Noventa Bolivianos 00/100) de las facturas N°38220, 36800, 36802 y 37709 del Fondo de Inversión Renta Abierta Corto Plazo, correspondientes a los pagos por comisiones al Fondo Financiero Fassil S.A., por transferencias al extranjero (Banco Clariden Leu), razón por la cual no puede considerarse dicho acto únicamente como un error operativo ya que de esta manera el regulado incurrió en la prohibición prevista en el inciso a) del artículo 45 de la Normativa para Fondos de Inversión, mismo que establece que la Sociedad Administradora así como sus accionistas, directores miembros del Comité de Inversión y en general todos sus funcionarios se encuentran prohibidos de adquirir, arrendar, usufructuar, utilizar en forma directa o indirecta los bienes u otros activos de los Fondos de Inversión que administren.

Con el fin de modular la sanción aplicable, se debe considerar que ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.,*** *incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), y que los incumplimientos a lo dispuesto por este Órgano de Supervisión a través de Resoluciones, están contempladas como infracciones generales, del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores; empero, se debe considerar como circunstancia atenuante a la sanción que la Sociedad rectificó frente al Servicio de Impuestos Internos sus libros de compras y ventas de aquellos meses en los cuales se registro las facturas señaladas por comisiones del extranjero, por lo que en atención del principio de proporcionalidad corresponde aplicar a la infracción detectada, la sanción de multa, calculada en bolivianos equivalente a* ***Sus500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *en sujeción a lo previsto por los artículos 3, 11,13 e inciso b) del artículo 20, del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores N° 1834.*

Que, el artículo 7 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, referente al concurso de infracciones, prevé que cuando concurran varios actos, hechos u omisiones, que constituyan dos o más infracciones relacionadas entre sí, como sucede en el presente proceso sancionatorio, se debe aplicar la sanción que corresponda a la infracción más grave y si esta fuera sancionada con multa, se incrementa hasta un cincuenta por ciento (50%) de dicha sanción. Al efecto, al ser el primer cargo el mas "grave", calculado en bolivianos equivalente a $us1.500.00, corresponde imponer dicha sanción incrementada en un 30%, en

*razón a que se obtuvo un beneficio para una empresa vinculada a riesgo de los participantes del fondo, que representa el monto de **$us450.00** (CUATROCIENTOS CINCUENTA DOLARES AMERICANOS), sumando una multa total de **$us1.950.00 (MIL NOVECIENTOS CINCUENTA 00/100 DOLARES AMERICANOS)**, en sujeción a los artículos 3, 7, 11, parágrafo I del artículo 12, 13 y 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores…"*

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a la **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** con multa en Bolivianos, equivalente a **$us1.950.00 (MIL NOVECIENTOS CINCUENTA 00/100 DOLARES AMERICANOS)**, por infracción al segundo párrafo del artículo 98 de la Ley de Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al inciso a) del artículo 45 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobado con Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004 en sujeción al Decreto Supremo N° 26156.*
***SEGUNDO.-** El importe de la multa deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución.*
***TERCERO.- SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** tiene la obligación de cumplir con el Plan de Acción presentado mediante nota SC- SAFI-1339/2010, en observancia a las recomendaciones resultantes de la Inspección Programada efectuada…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial fechado en 28 de marzo de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…Santa Cruz Investments SAFI S.A. tiene a bien impugnar la mencionada Resolución ASFI N° 164/2011, en razón a que la misma causa perjuicio a los derechos e intereses legítimos de nuestra entidad y con el objeto que su Autoridad revoque la referida Resolución y consiguientemente disponga la adecuación a Derecho de los actos administrativos dictados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante ASFI), en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

*1. Respecto al primer cargo que establece: "**La Sociedad habría solicitado***

transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a entidades de intermediación financiera no bancarias", *indicando que "Dicha conducta constituiría infracción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998."*

- *El Art. 98 de la Ley de Mercado de Valores, determina que la Sociedad Administradora es responsable de proporcionar a los fondos de inversión los servicios administrativos que estos requieran, tales como la cobranza de sus ingresos y rentabilidad, presentación de informes Periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual y en general la provisión de un adecuado servicio técnico para la buena administración del fondo. Continua* (sic)*, señalando que* ***la Sociedad Administradora deberá administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia.***

  La norma antes señalada, en su segundo parágrafo establece un lineamiento general que debe regir la administración de los Fondos de Inversión. A este lineamiento general deben circunscribirse los actos específicos de administración de la Sociedad Administradora y es ahí que radica la importancia de establecer claramente las restricciones o prohibiciones en este actuar, lo que permitirá a las instituciones reguladas conocer y saber a qué atenerse a momento de operar, de lo contrario, cualquier tipificación posterior resulta injusta, ya que antes de cometer la infracción se desconoce la existencia de ella.

- *En la Resolución ASFI N° 164/2011, la ASFI justifica la imposición de la sanción en el Art. 19 del Decreto Supremo N°26156, referido a las Infracciones en General, que señala que se aplicaran las sanciones... contra "toda infracción a la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos".*

  No existe ahora ni antes hubo, una disposición específica para establecer el hecho que ***la transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a través de entidades de intermediación financiera no bancarias,*** *constituye una infracción. El Principio de Tipicidad establecido por el Art. 73, parágrafo I, de la Ley N° 2341, determina claramente que "son infracciones administrativas las acciones u omisiones* ***expresamente definidas*** *en las leyes y disposiciones reglamentarias." En consecuencia, no existe el incumplimiento que acusa la ASFI, ya que el acto objeto de la sanción, no se encuentra inmerso en la Ley del Mercado de Valores, sus decretos reglamentarios o normativa regulatoria aplicable.*

  La aplicación de una multa como sanción sujeta al principio de

proporcionalidad, carente de una disposición específica para establecer la infracción particular, no puede existir ni considerarse apegada a la legalidad (Principio de Legalidad establecido por el Art. 72 de la Ley N° 2341), peor aún, en ausencia de un artículo específico sobre la imposibilidad de efectuar estas transacciones a través de entidades financieras no bancarias. La denominada discrecionalidad reglada no puede erigirse por encima de la Ley, y constituir un escenario para motivar alguna sanción pecuniaria. A través de la Resolución recurrida, la ASFI no ha hecho otra cosa que crear un cuadro para justificar una sanción. Sin embargo, la ASFI nunca llega a la motivación debida, pues la discrecionalidad reglada otorga la responsabilidad (que no es un privilegio), de optar entre posibilidades ciertas y preexistentes. A través de la Resolución impugnada, intencionalmente se configuraron infracciones para justificar la imposición de una sanción, sometiendo a Santa Cruz Investments SAFI S.A., a una suerte de indefensión, en tanto esta desconocía previamente los parámetros que la ASFI ahora invoca e impone, a efectos de posibilitar la realización de las transferencias de fondos al exterior.

El ejercicio de la discrecionalidad reglada por parte de la ASFI, con plena competencia, hubiese sido incuestionable, si la imposibilidad de realizar transferencias al exterior a través de una entidad financiera no bancaria, ***estuviera Inmersa en una norma precedente y no en criterios y parámetros elaborados consecuentemente.***

- *Por otro lado, es importante señalar que el Fondo Financiero Privado Fassil S.A. es una entidad de intermediación financiera legalmente establecida, cuenta con Licencia de Funcionamiento (emitida por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras), que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y* ***constante supervisión y fiscalización*** *de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

  La estabilidad del Sistema Financiero nacional, descansa sobre la base del sistema de regulación y supervisión establecido por las normas legales vigentes e impuesto por la ASFI. Bajo este entendido, debe presumirse que las actividades del Fondo Financiero Privado Fassil S.A. se circunscriben a la normativa legal y regulatoria vigente (Art. 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras), lo que implica que las transacciones realizadas por su intermedio cumplen los requisitos mínimos de seguridad impuestos por la ASFI y normativa aplicable.

  Es así que resulta contradictorio que sea la misma ASFI la que sancione la

realización de una transacción financiera utilizando como medio a una entidad supervisada por ella misma, desconociendo así la legitimidad de las transacciones realizadas, máxime si en ningún momento se demostró que esto hubiera ocasionado algún tipo de perjuicio a los participantes del Fondo de Inversión administrado por Santa Cruz Investments SAFI S.A.

- *Respecto al lineamiento general establecido por el Art. 98 de la Ley de Mercado de Valores, cabe señalar que Santa Cruz Investments SAFI S.A., en todo momento ha tenido un desempeño como administrador excepcional, hecho que puede ser corroborado en el constante incremento de la calificación del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo FIA desde, y en el hecho de haber sido el Fondo de Inversión de Corto Plazo de mayor rentabilidad del mercado. Estos hechos demuestran de forma real, no bajo meras especulaciones, el profesionalismo y conocimiento especializado con el que el Fondo ha sido administrado. Para respaldar lo señalado, se adjunta al presente, los diferentes boletines de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. de cada trimestre respaldando el incremento en la calificación del Fondo desde A3 hasta A1, así como el boletín de la Bolsa Boliviana de Valores el cual muestra que los índices de rentabilidad del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo FIA a 360 días al 30 de diciembre de 2010 fue la más alta del mercado en lo que corresponde a fondos de inversión de corto plazo en Dólares Americanos.*

2. *Respecto al segundo cargo que establece: **"La Sociedad habría utilizado en forma directa los activos del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo",** determinando que dicha conducta "constituirá infracción a lo dispuesto en el inciso a), del artículo 45 de la Normativa para Fondos de Inversión aprobada mediante Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004."*

- *El Art. 45 de la Normativa para Fondos de Inversión aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004, determina que la Sociedad Administradora, sus accionistas, directores, miembros del Comité de Inversión y en general todos sus funcionarios, se encuentran prohibidos de: Adquirir, arrendar, usufructuar, utilizar o explotar, en forma directa o indirecta, los bienes u otros activos de los Fondos de Inversión que administren.*

  Al respecto, es importante señalar que un Fondo de Inversión no puede registrar como activo, de acuerdo al Manual de Cuentas aprobado por ASFI, un crédito fiscal, hecho que podrá ser corroborado por su institución al revisar

el respectivo manual de cuentas. Sobre la base de lo señalado, ***no se puede considerar como activo el mencionado crédito fiscal*** *de acuerdo a lo establecido por la ASFI en su propio Manual de Cuentas para los Fondos de Inversión, al encontrarse los mismos exentos de impuestos de dicho tipo. Contablemente es imposible apropiar un activo de una entidad en beneficio de otra, sin afectar el valor de la primera, hecho que se habría dado en caso que Santa Cruz Investments SAFI S.A., hubiera utilizado un activo como tal, de alguno de los Fondos de Inversión. En virtud a lo señalado, es que se puede evidenciar que el error operativo no implicó ningún daño ni perjuicio para los participantes del Fondo de Inversión, hecho que fue constatado por la ASFI.*

- *Al tratarse meramente de un error de tipo operativo, en fecha 25 de noviembre de 2010, la Sociedad rectificó frente al Servicio de Impuestos Nacionales sus libros de compras y ventas de aquellos meses en los cuales se hubo registrado las facturas señaladas por comisiones del Extranjero. Se adjuntan los formularios del Servicio de Impuestos Nacionales los cuales corroboran lo anteriormente señalado.*

- *La Resolución ASFI N° 164/2011, fundamenta legalmente la imposición de la sanción por un lado, sobre la base que Santa Cruz Investments SAFI S.A., incurrió en infracción cometida por culpa y que los incumplimientos a lo dispuesto por dicho Órgano de Supervisión a través de Resoluciones, están contempladas como Infracciones Generales (Art. 19) del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la LMV. Por otro lado, contradictoriamente, fundamenta la imposición de la multa en el Inc. b) del Art. 20 (Infracciones Específicas) del mismo reglamento.*

  En este sentido, se observan dos aspectos:

  - *La resolución no define si el supuesto incumplimiento se trata de una Infracción General (Art. 19 del Decreto Supremo N° 26156), o si se trata de una Infracción Específica (Art. 20 del Decreto Supremo N° 26156).*

  - *En el supuesto caso que se tratara de una Infracción Especifica, es importante hacer notar que el Inc. b) del Art. 20 del Decreto Supremo N° 26156, establece que se impondrán multas de primer, segundo, tercer y cuarto rango, detallando* ***26 causales*** *que pueden ser sujetas a una sanción monetaria. Sin embargo, la Resolución impugnada a través del presente recurso, no hace referencia alguna a cuál sería la causal que supuestamente estaría motivando la imposición de la sanción observada.*

En virtud a lo señalado, se observa que la ASFI a momento de imponer la sanción

*ha incumplido los Principios de **Legalidad** (las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa...) y el de **Tipicidad** (Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en la leyes y disposiciones reglamentarias); establecidos por los Arts. 72 y 73 de la Ley Nº 2341. Es así, que en este caso también se pone en tela de juicio la discrecionalidad reglada aplicada por la ASFI, sobre la base que el Órgano Regulador tiene la responsabilidad de optar entre posibilidades ciertas y preexistentes, a efectos de establecer la imposición de una sanción, debiendo dicha Resolución estar legalmente fundamentada.*

PETITORIO.

Por lo expuesto y expresado como se encuentra nuestro Recurso de Revocatoria, de conformidad con los términos ya señalados, al demostrarse la falta de aplicación del ordenamiento jurídico vigente en relación al procedimiento sancionatorio, y los principios establecidos en el mismo, situación que vulnera nuestros legítimos derechos como administrados, respetuosamente pedimos a su autoridad que dicte Resolución Administrativa revocando la Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011, por ser manifiestamente lesiva a nuestros legítimos intereses y derechos y sea por corresponder en estricto derecho y justicia…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 373/2011 DE 27 DE ABRIL DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI No. 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI No. 164/2011 de 23 de febrero de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el segundo parágrafo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores No. 1834 de 31 de marzo de 1998, establece que: "La sociedad administradora deberá administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia."

Que, el inciso a) del artículo 45 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobado con Resolución Administrativa No. 421 de 13 de agosto de 2004, establece que la Sociedad Administradora, sus

accionistas, directores, miembros del Comité de Inversión y en general todos sus funcionarios, se encuentran prohibidos de adquirir, arrendar, usufructuar, utilizar o explotar, en forma directa o indirecta, los bienes u otros activos de los Fondos de Inversión que administren.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos manifestados por SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A. hacen referencia a que ***I. El parágrafo segundo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores establecería un lineamiento general que deben observar las Sociedades Administradoras; II. No existe una disposición específica que establezca que la transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a través de entidades de intermediación financieras no bancarias constituye una infracción, hecho que vulneraría el principio de tipicidad y ASFI actuaría con una excesiva discrecionalidad; III. El Fondo Financiero Privado Fassil S.A. es una entidad supervisada por ASFI, quien conoce la legitimidad de las transacciones; IV. El Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo FIA tiene la mayor rentabilidad de mercado, hecho que demostraría el profesionalismo y conocimiento especializado con el que el Fondo es administrado; V. De acuerdo al Manual de Cuentas aprobado por ASFI, no se podría registrar como activo un crédito fiscal, al encontrarse los mismos exentos de impuestos de dicho tipo. Este error operativo no habría implicado ningún daño ni perjuicio para los participantes del Fondo de Inversión y ya fue regularizado en Impuestos Nacionales. VI. Falta de subsunción de la infracción vulnerando el principio de legalidad y tipicidad.***

Que, con relación al punto ***I.*** *referido a que el parágrafo segundo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores establecería un lineamiento general que deben observar las Sociedades Administradoras; y al punto* ***II.*** *referido a que no existe una disposición específica que establezca que la transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a través de entidades de intermediación financieras no bancarias constituye una infracción, hecho que vulneraría el principio de tipicidad y ASFI actuaría con una excesiva discrecionalidad, corresponde realizar las siguientes precisiones:*

- *El segundo parágrafo del artículo 98 de la Ley de Mercado de Valores al señalar que las sociedades administradoras deben administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia, impone una obligación de carácter general a las Sociedades Administradoras, en virtud a que la misma no determina expresamente cuales serían las conductas exigibles a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia.*

- *La norma citada precedentemente, impone la obligación a las Sociedades Administradoras a administrar los fondos de inversión, en base a estándares de un administrador profesional, sin establecer de manera expresa cuales serían las conductas que desvirtuarían el señalado patrón. Esta indeterminación se debe a que, tal como lo reconoce la jurisprudencia y la doctrina, en derecho administrativo sancionador, los principios de tipicidad y legalidad no tienen la misma rigurosidad exigible en materia penal, por lo que al no tener límites precisos establecidos en la norma se faculta a la Administración actuar con un cierto margen de discreción. La discrecionalidad administrativa, obedece a una necesidad de desarrollo y dinamismo de la Administración para realizar y proteger los derechos e intereses legítimos a cuales está llamada a servir.*

- *Consiguientemente, esta Autoridad de Supervisión, dentro de un marco previamente reglado establecido en el parágrafo segundo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores No. 1834 de 31 de marzo de 1998, tiene la facultad de determinar si el actuar de SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A., tuvo el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia, debiendo señalar y explicar objetivamente cual es el comportamiento reprochable, con el fin de evitar arbitrariedades y salvaguardar las violaciones al orden jurídico.*

- *Bajo este contexto se explica al recurrente que al contratar a una entidad financiera no bancaria para realizar transferencias al exterior, ha elevado de manera innecesaria el riesgo de los Fondos de los Participantes como Patrimonio Autónomo, en virtud a lo siguiente:*

    - *SANTA CURZ* (sic) *INVESTMENTS SAFI S.A., solicitó al Fondo Financiero Privado Fassil S.A., debitar de la cuenta No. 50726-2 del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo, recursos para realizar transferencias de fondos y abonarlos a una cuenta en el extranjero del Banco Clariden Leu AgG Zurich.*

    - *De conformidad a lo establecido en el artículo 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado) de 14 de abril de 1993, los Fondos Financieros Privados pueden realizar operaciones pasivas y activas a nivel nacional excepto los numerales 5 y 6 del artículo 39 de la Ley mencionada, solo en lo referente a operaciones de comercio exterior, estando permitidas las operaciones de envío y recepción de remesas de dinero a personas jurídicas y naturales dentro y fuera del país.*

- *Los numerales 5 y 6 del artículo 39 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No, 1488 hacen referencia a: "Recibir letras de cambio u otros efectos en cobranza, así como efectuar operaciones de cobranza, pagos y transferencias. Realizar giros y emitir órdenes de pago exigibles en el país o en el extranjero."*

- *De los dos párrafos precedentes, se establece que la SAFI solicitó la **transferencia** de recursos a un Banco extranjero a un Fondo Financiero Privado, quien de acuerdo a la norma legal tiene una prohibición expresa de realizar esas operaciones. De igual manera hasta el 18 de julio de 2010 según se evidencia en el informe ASFI/DSRI/R-60432/2010 el Fondo Financiero Fassil no contaba con políticas y manuales de procedimientos sobre remesas al exterior que le permitiera operar con ese producto.*

- *La prohibición a los Fondos Financieros Privados de realizar transferencias al exterior (transacción solicitada por la SAFI) se encuentra establecida en la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado) que data del 14 de abril de 1993, por lo que la SAFI no puede alegar desconocimiento de la ley, más aun cuando este marco normativo debe ser de conocimiento de la Sociedad.*

- *Al realizar esta transacción con el Fondo Financiero Fassil S.A. la Sociedad Administradora ha expuesto de manera innecesaria los recursos de inversión del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo considerando, además de lo expuesto anteriormente, que en la cuenta del Banco Clariden Leu AgG se evidencian depósitos efectuados por personas naturales y jurídicas y en ningún momento se evidencia depósitos de Fondo Financiero Fassil S.A.*

- *De igual manera, se debe advertir que el costo de transferencia al exterior solicitada por SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A. al Fondo Financiero Privado es de 0.90%, misma comisión que la del Banco Nacional de Bolivia en una operación similar según acreditan las notas SCSSAFI-445/2010 y FSL-GF-129/2010. Esta observación simplemente está orientada a establecer que si la SAFI realizaba la transacción con una entidad bancaria, habilitada por ley a realizar transferencias al exterior, hubiera pagado una comisión similar.*

- *La SAFI mantenía recursos líquidos en entidades bancarias, por lo que, un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia, debería haber realizado la transacción con una entidad*

bancaria, que de acuerdo a la ley son las únicas entidades financieras que pueden hacer transferencias al exterior. Considerando además que estas entidades utilizan el SWIFT (Sociedad de Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales) que tienen por objetivo la estandarización de las transacciones financieras con mayor seguridad, reduciendo gastos y el riesgo operativo de las mismas.

Que, consiguientemente y por todo lo expuesto precedentemente esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero considera que SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A. no ha administrado los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia, midiendo los riesgos con el deber profesional de obligaciones que trascienden el campo puramente mercantil, por lo que la minimización de riesgo es un factor que no puede ser tomado como inadvertido en la administración de la Sociedad.

Que, con relación al punto ***III.*** *referido a que el Fondo Financiero Privado Fassil S.A. es una entidad supervisada por ASFI, quien conoce la legitimidad de las transacciones; se debe establecer que dentro del presente proceso administrativo sancionatorio no se está sancionando ni cuestionado las operaciones realizadas por el Fondo Financiero, aspectos que serán objeto de pronunciamiento especial si corresponde, resguardando siempre el debido proceso. Lo que se esta sancionando es la falta de cuidado exigible de la Sociedad Administradora, considerando que la contratación de servicios no implica en ningún momento la cesión o liberación de obligaciones y responsabilidades de la SAFI.*

Que, con relación al punto ***IV.*** *referido a que el Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo FIA tiene la mayor rentabilidad de mercado, hecho que demostraría el profesionalismo y conocimiento especializado con el que el Fondo es administrado; se establece que el presente proceso sancionatorio toma en consideración los resultados del Informe de la Inspección Especial ASFI/DSV/R-95716/2010 de 20 de septiembre de 2010 que tenía como alcance todas las transferencias de recursos del Fondo de Renta Activa Corto Plazo que mantiene en el Banco Clariden Leu durante el periodo comprendido de noviembre 2009 a junio 2010, y no así la rentabilidad del mismo.*

Que, consiguientemente y por todo lo expuesto precedentemente se confirma el presente cargo notificado y sancionado posteriormente a SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.

CONSIDERANDO:

*Que, con relación al punto **V,** referido a que de acuerdo al Manual de Cuentas aprobado por ASFI, no se podría registrar como activo un crédito fiscal, al encontrarse los mismos exentos de impuestos de dicho tipo. Este error operativo no habría implicado ningún daño ni perjuicio para los participantes del Fondo de Inversión y ya fue regularizado en Impuestos Nacionales, se establece que:*

- *El Manual de Cuentas aprobado con Resolución Administrativa No. 1296/06 del 24 de noviembre de 2006, clasifica en forma clara la cuenta 109.01.00 "Crédito fiscal" como activo, cuenta que se encuentra habilitada para Agencias de Bolsa, Bolsas de Valores, Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, Fondos de Inversión y Fondos de Garantía y Entidades de Depósito de Valores. Por lo que la aseveración realizada por la SAFI es errónea por lo que este argumento no puede desvirtuar la sanción impuesta por este Órgano de Regulación, en lo referente al segundo cargo notificado.*

- *SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A., de acuerdo a lo expresado en el memorial del Recurso de Revocatoria aceptó el error, señalando que inclusive realizó la rectificación de libros de compras y ventas frente al Servicio de Impuestos Nacionales el 25 de noviembre de 2010, por lo que no existe duda alguna sobre el incumplimiento imputado. La regularización no significa un eximente de sanción en virtud a que la infracción ya fue cometida. Sin embargo esta regularización tiene impacto al momento de establecer la gradación de la sanción.*

*Que, con relación al punto **VI.** referido a la falta de subsunción de la infracción vulnerando el principio de legalidad y tipicidad, como consecuencia de que la Resolución ASFI No. 164/2011, no fundamenta legalmente la imposición de la sanción, se evidencia que hay una omisión en la mención del numeral del artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156, que configura la sactio legis, segundo elemento del principio de tipicidad.*

Que, consiguientemente se establece que el presente cargo imputado por haber utilizado el crédito fiscal de Bs. 1,590.00 de las facturas No. 38220, 36800, 36802, y 37709 del Fondo de Inversión Renta Abierta Corto Plazo, correspondientes a los pagos por comisiones al Fondo Financiero Fassil S.A. por las transferencias al extranjero, incumpliendo lo establecido en el inciso a) del artículo 45 de la Normativa para Fondos de Inversión aprobada mediante Resolución Administrativa No. 421 de 13 de agosto de 2004, es sancionada de

*conformidad a lo establecido en el **numeral 7) del inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156** que establece las sanciones de Primer Rango **ante el incumplimiento en la forma y medidas establecidas por ASFI en Resoluciones Administrativas**, vale decir por incumplimiento en el presente caso a la Normativa de Sociedades Administradoras y Fondos de Inversión aprobada mediante Resolución Administrativa No. 421 de 13 de agosto de 2004.*

Que, con relación a la discrecionalidad mencionada por el regulado, es importante y necesario advertir en relación a este cargo, que las sanciones administrativas están previstas en la normativa vigente en el Decreto Supremo No. 26156 norma que tipifica y gradúa la sanción en atención a la gravedad de la conducta, las repercusiones en el mercado, los antecedentes del infractor y el peligro causado, aspectos que motivaron la actuación del Órgano Regulador circunscribiendo su accionar en criterios objetivos para graduar apropiadamente la sanción.

Que, la Resolución ahora imputada, valoró cada uno de los hechos constitutivos de la infracción a objeto de no confundir la motivación de la sanción que en todo caso es la de precautelar el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores, ASFI ha determinado evidentemente la imposición de una sanción de multa de Quinientos Dólares Americanos, correspondiente al mínimo establecido de conformidad al inciso a) del artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas aprobado mediante Decreto Supremo No. 26156. De igual manera, cabe aclara (sic) *que para la imposición de una multa global se aplicó el concurso de infracciones correspondiendo sancionar por la infracción más grave, en el presente caso el cargo 1 incrementando la sanción en un 30% de conformidad a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento de Sanciones.*

Que, consiguientemente y por lo expuesto precedentemente se confirma el presente cargo notificado y sancionado posteriormente a la SAFI…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 25 de mayo de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, expresando lo siguiente:

"…***RECURSO JERARQUICO.***

Al presente, Santa Cruz Investments SAFI S.A. tiene a bien impugnar la Resolución ASFI N° 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, en razón a que la misma causa perjuicio a los derechos e intereses legítimos de nuestra entidad y con el objeto que se revoque la referida Resolución y consiguientemente se disponga la adecuación a Derecho de los actos administrativos dictados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante ASFI), en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

1. *El primer cargo establece:* ***"La Sociedad habría solicitado transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a entidades de intermediación financiera no bancarias",*** *indicando que "dicha conducta constituiría infracción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998". Mediante Resolución ASFI N° 373/2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pretende desvirtuar los argumentos esgrimidos por Santa Cruz Investments SAFI S.A. a través del Recurso de Revocatoria presentado en fecha 29 de marzo de 2011, utilizando los siguientes argumentos:*

    - *"El Segundo parágrafo del artículo 98 de la Ley de Mercado de Valores al señalar que las sociedades administradoras deben administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia,* ***impone una obligación de carácter general a las Sociedades Administradoras,*** *en virtud a que la misma no determina expresamente cuales serían las conductas exigibles a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia.*

    - *La norma citada precedentemente, impone la obligación a las Sociedades Administradoras a administrar los fondos de inversión, en base a estándares de un administrador profesional,* ***sin establecer de manera expresa cuales serían las conductas que desvirtúan el señalado patrón. Esta indeterminación se debe a que, tal como lo reconoce la jurisprudencia y la doctrina, en derecho administrativo sancionador, los principios de tipicidad y legalidad no tienen la misma rigurosidad exigible en materia penal, por lo que al no tener límites precisos establecidos en la norma se faculta a la Administración actuar con un cierto margen de discreción.*** *La discrecionalidad administrativa, obedece a una necesidad de desarrollo y dinamismo de la Administración para realizar y proteger los derechos e intereses legítimos a cuales está llamada a servir.*

- *Consiguiente, esta Autoridad de Supervisión,* ***dentro de un marco previamente reglado establecido en el parágrafo segundo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores No. 1834 de 31 de marzo de 1998,*** *tiene la facultad de determinar si el actuar de Santa Cruz Investments SAFI S.A., tuvo el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia, debiendo señalar y explicar objetivamente cual es el comportamiento reprochable, con el fin de evitar arbitrariedades y salvaguardar las violaciones al orden jurídico."*

Respecto a los argumentos esgrimidos por la ASFI y transcritos anteriormente, inicialmente es importante señalar las contradicciones en las que la ASFI incurre:

a) *Por un lado, la ASFI señala que* ***"dentro de un marco previamente reglado establecido en el parágrafo segundo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores",*** *tiene la facultad de determinar si el actuar de Santa Cruz Investments SAFI S.A., tuvo el cuidado exigible a un administrador profesional.*

b) *Sin embargo, por otro lado, la ASFI no hace otra cosa que ratificar lo afirmado por Santa Cruz Investments SAFI S.A. en el Recurso de Revocatoria, cuando señala que el segundo parágrafo del Art. 98 de la Ley de Mercado de Valores, establece un* ***"lineamiento general que debe regir la administración de los Fondos de Inversión, en virtud a que la misma no determina expresamente cuales serían las conductas exigibles a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia."***

En conclusión, no queda claro si existe un marco reglamentado en base al cuál la ASFI emite la sanción y, en su caso, cual sería: o si únicamente se trata de lineamientos generales sobres los que basa su accionar.

La ASFI está reconocimiento (sic) *en forma expresa, que el Art. 98 de la Ley del Mercado de Valores se constituye en un lineamiento general. A este lineamiento general deben circunscribirse los actos específicos de administración de la Sociedad Administradora y es ahí que radica la importancia que el Órgano Regulador establezca claramente las restricciones o prohibiciones en este actuar, lo que permitirá a las instituciones reguladas conocer y saber a qué atenerse a momento de operar, de lo contrario, cualquier tipificación posterior resulta injusta, ya que*

antes de cometer la infracción se desconoce la existencia de ella.

La ASFI reconoce en forma expresa que existe una indeterminación respecto a las conductas que desvirtúan el patrón conformado por los "estándares de un administrador profesional", justificando su la (sic) *sanción a pesar de dicha indeterminación, en la "jurisprudencia y la doctrina" que supuestamente señalan que en derecho administrativo sancionador "los principios de tipicidad y legalidad no tienen la misma rigurosidad exigible en materia penal, por lo que al no tener límites precisos establecidos en la norma se faculta a la Administración actuar con un cierto margen de discreción". Al respecto, es importante hacer notar que la ASFI no detalla cuales serían las fuentes de jurisprudencia o doctrina, que supuestamente establecen que los "principios de tipicidad y legalidad" no tienen en materia administrativa, la misma rigurosidad exigible en materia penal. Por el contrario, hacemos constar que se debe considerar que los principios de Tipicidad y Legalidad, sobre los cuales Santa Cruz Investments SAFI S.A. fundamenta el Recurso de Revocatoria presentado, no son principios extraídos de normas de carácter general o penal, son principios sancionadores clara y precisamente establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, en sus artículos 72 y 73, por lo tanto, son principios que por Ley deben ser aplicados por la Administración en el proceso sancionatorio. La ASFI no puede pretender desconocer o minimizar la aplicación de los principios señalados, sobre la base de una supuesta jurisprudencia o doctrina, a la cual no hace referencia alguna, tratando de justificar la discrecionalidad con la que ha actuado, al imponer una sanción a un hecho que no se encuentra reglado ni tipificado por la norma aplicable.*

Mediante Resolución ASFI N° 373/2011, la ASFI ratifica la sanción, señalando que el recurrente al contratar a una entidad financiera no bancaria para realizar transferencias al exterior, ha elevado de manera innecesaria el riesgo de los Fondos de los Participantes como Patrimonio Autónomo, concluyendo que Santa Cruz Investments SAFI S.A. no ha administrado los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia, midiendo los riesgos con el deber profesional de obligaciones que trascienden el campo puramente mercantil, por lo que la minimización de riesgo es un factor que no puede ser tomado como inadvertido en la administración de la Sociedad. Fundamenta lo señalado anteriormente sobre la base que el artículo 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado) de 14 de abril de 1993, supuestamente determina que los Fondos Financiero (sic) *Privados tienen una prohibición expresa de realizar operaciones de*

transferencia al exterior (transacción solicitada por la SAFI).

Al respecto, contrario a lo que la ASFI afirma en la Resolución ASFI N° 373/2011, es importante hacer notar que de conformidad a lo establecido por el artículo 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado) de 14 de abril de 1993, los Fondos Financieros Privados pueden realizar operaciones pasivas y activas a nivel nacional excepto los numerales 5 y 6 del artículo 39 de la mencionada, solo en lo referente a operaciones de comercio exterior, "estando permitidas las operaciones de envío y recepción de remesas de dinero a personas jurídicas y naturales dentro y fuera del país." El artículo 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), transcrito anteriormente, determina de forma clara y precisa que están permitidas las operaciones de envío y recepción de remesas de dinero a personas jurídicas y naturales dentro y fuera del país. La transferencia de fondos al exterior no es otra cosa que el envío de una remesa al exterior, transacción expresamente permitida por el Artículo 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado).

En este sentido, mediante el presente Recurso Jerárquico, Santa Cruz Investments SAFI S.A., ratifica el hecho que no existe ahora ni antes hubo, una disposición específica para establecer el hecho que la transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a través de entidades de intermediación financiera no bancarias, está prohibido o constituye una infracción. El Principio de Tipicidad establecido por el Art. 73, parágrafo I, de la Ley N° 2341, determina claramente que "son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias." En consecuencia, no existe el incumplimiento que acusa la ASFI, ya que el acto objeto de la sanción, no se encuentra inmerso en la Ley del Mercado de Valores, Ley de Bancos y Entidades Financieras, sus decretos reglamentarios o normativa regulatoria aplicable.

La aplicación de una multa como sanción sujeta al principio de proporcionalidad, carente de una disposición especifica para establecer la infracción particular, no puede existir ni considerarse apegada a la legalidad (Principio de Legalidad establecido por el Art. 72 de la Ley N° 2341), peor aún, en ausencia de un artículo específico sobre la imposibilidad de efectuar estas transacciones a través de entidades financieras no bancarias. La denominada discrecionalidad reglada no puede erigirse por encima de la Ley, y constituir un escenario para motivar alguna sanción pecuniaria. A través de la Resolución recurrida, la ASFI no ha hecho otra cosa que crear un cuadro para justificar una sanción. Sin embargo, la ASFI

nunca llega a la motivación debida, pues la discrecionalidad reglada otorga la responsabilidad (que no es un privilegio), de optar entre posibilidades ciertas y preexistentes. A través de la Resolución impugnada, intencionalmente se configuraron infracciones para justificar la imposición de una sanción, sometiendo a Santa Cruz Investments SAFI S.A., a una suerte de indefensión, en tanto ésta desconocía previamente los parámetros que la ASFI ahora invoca e impone, a efectos de posibilitar la realización de las transferencias de fondos al exterior.

El ejercicio de la discrecionalidad reglada por parte de la ASFI, con plena competencia, hubiese sido incuestionable, si la imposibilidad de realizar transferencias al exterior a través de una entidad financiera no bancaria, estuviera inmersa en una norma precedente y no en criterios y parámetros elaborados consecuentemente.

2. *Respecto al segundo cargo que establece:* ***"La Sociedad habría utilizado en forma directa los activos del Fondo de Inversión Renta Activa Corto Plazo",*** *determinando que dicha conducta "constituiría infracción a lo dispuesto en el inciso a), del artículo 45 de la Normativa para Fondos de Inversión aprobada mediante Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004"; la Resolución ASFI N° 164/2011, fundamentó legalmente la imposición de la sanción por un lado, sobre la base que Santa Cruz Investments SAFI S.A., incurrió en infracción cometida por culpa y que los incumplimientos a lo dispuesto por dicho Órgano de Supervisión a través de Resoluciones, están contempladas como Infracciones Generales (Art. 19) del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la LMV". Por otro lado, contradictoriamente, fundamenta la imposición de la multa en el Inc. b) del Art. 20 (Infracciones Específicas) del mismo reglamento.*

   En el Recurso de Revocatoria presentado por Santa Cruz Investments SAFI S.A., se observaron dos aspectos:

   - *La resolución no definió si el supuesto incumplimiento se trata de una Infracción General (Art. 19 del Decreto Supremo N° 26156), o si se trata de una Infracción Específica (Art. 20 del Decreto Supremo N° 26156).*

   - *En el supuesto caso que se tratara de una Infracción Específica, es importante hacer notar que el Inc. b) del Art. 20 del Decreto Supremo N° 26156, establece que se impondrán multas de primer, segundo, tercer y cuarto rango, detallando* ***26 causales*** *que pueden ser sujetas a una sanción monetaria. Sin embargo, la Resolución impugnada no hizo referencia alguna a cuál sería la causal que supuestamente estaría*

motivando la imposición de la sanción observada.

En virtud a lo señalado, se observó que la ASFI a momento de imponer la sanción incumplió los Principios de ***Legalidad*** *(las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa...) y el de* ***Tipicidad*** *(Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en la leyes y disposiciones reglamentarias); establecidos por los Arts. 72 y 73 de la Ley N° 2341. Se puso en tela de juicio la discrecionalidad aplicada por la ASFI, sobre la base que el Órgano Regulador tiene la responsabilidad de optar entre posibilidades ciertas y preexistentes, a efectos de establecer la imposición de una sanción, debiendo dicha Resolución estar legalmente fundamentada.*

Con relación a este argumento, mediante Resolución ASFI N° 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, la ASFI reconoce que "se evidencia que hay una omisión en la mención del numeral del artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156, que configura la sactio legis, segundo elemento del principio de tipicidad." Continua estableciendo que el cargo imputado es sancionado de conformidad a lo establecido en el numeral 7 del inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156 que establece las sanciones de Primer Rango ante el incumplimiento en la forma y medidas establecidas por ASFI en Resoluciones Administrativas, vale decir por incumplimiento en el presente caso a la Normativa de Sociedades Administradoras y Fondos de Inversión aprobada mediante Resolución Administrativa No. 421 de 13 de agosto de 2004. Por último, determina que "...corresponde rectificar lo expuesto en la resolución impugnada haciendo una correcta mención a las normas legales.", para la luego en la parte Resolutiva confirmar la Resolución ASFI N° 164/2011.

En otras palabras, a través de Resolución ASFI N° 373/2011, la ASFI pretende complementar y establecer el fundamento legal (principios de legalidad y tipicidad) que carecía la Resolución ASFI N° 164/2011 para amparar la sanción establecida, basándose en lo determinado por el inciso a) del artículo 43 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, que a su vez señala que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria serán entre otros: "a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida." Cabe aclarar que la disposición transcrita, hace referencia a la posibilidad de modificar la parte resolutiva de las resoluciones, es decir, que como consecuencia de los argumentos

presentados por el recurrente a través del Recurso de Revocatoria, la ASFI puede modificar las determinaciones asumidas inicialmente, situación que no se ha presentado en este caso, ya que la Resolución, ASFI N° 373/2011 confirmó en todas sus partes lo dispuesto por la Resolución ASFI N° 164/2011. Lo que la ASFI pretende ahora, es tratar de establecer y hacer constar el supuesto fundamento legal para la imposición de una sanción, en forma posterior a la misma, situación que no está prevista por el Art. 43 mencionado. Lo cierto es que la Resolución ASFI N° 164/2011 carece del fundamento legal que legitime la emisión de la sanción.

PETITORIO.

Por lo expuesto y expresado como se encuentra nuestro Recurso Jerárquico, de conformidad con los términos ya señalados, al demostrarse la falta de aplicación del ordenamiento jurídico vigente en relación al procedimiento sancionatorio, y los principios establecidos en el mismo, situación que vulnera nuestros legítimos derechos como administrados, respetuosamente solicitamos se dicte Resolución Administrativa revocando la Resolución Administrativa ASFI N° 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011 confirmada por la ASFI mediante Resolución ASFI N° 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, por ser manifiestamente lesivas a nuestros legítimos intereses y derechos, y sea por corresponder en estricto derecho y justicia…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. CARGO N° 1: SOLICITUD A ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO BANCARIAS, DE TRANSFERENCIAS A CUENTAS BANCARIAS DEL EXTERIOR.-

1.1. Determinación del Cargo N° 1.-

El cargo determinado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su nota ASFI/DSV/R-10381/2011 de fecha 27 de enero de 2011, señala que **SANTA CRUZ**

INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A. habría expuesto innecesariamente los recursos del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, al haber contratado al Fondo Financiero Fassil S.A. (entidad de intermediación no bancaria), para debitar de la cuenta N° 50726-2, recursos que se utilizaron para realizar transferencias de fondos y abonarlos a una cuenta en el extranjero al Banco Clariden Leu AgG Zurich, cuando el Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, mantiene recursos líquidos en entidades bancarias.

Al respecto, la recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 373/2011 de 27 de abril de 2011, señala que:

> "…*SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A. no ha administrado los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia, midiendo los riesgos con el deber profesional de obligaciones que trascienden el campo puramente mercantil, por lo que la minimización de riesgo es un factor que no puede ser tomado como inadvertido en la administración de la Sociedad.*
>
> (…) *Lo que se está sancionando es la falta de cuidado exigible de la Sociedad Administradora, considerando que la contratación de servicios no implica en ningún momento la cesión o liberación de obligaciones y responsabilidades de la SAFI.*
>
> (…) *se establece que el presente proceso sancionatorio toma en consideración los resultados del Informe de la Inspección Especial ASFI/DSV/R-95716/2010 de 20 de septiembre de 2010 que tenía como alcance todas las transferencias de recursos del Fondo de Renta Activa Corto Plazo que mantiene en el Banco Clariden Leu durante el periodo comprendido de noviembre 2009 a junio 2010, y no así la rentabilidad del mismo*…"

1.2. Antecedentes legales.-

Corresponde revisar las normas legales que hacen a los cargos imputados.

Así, el artículo 98°, segundo párrafo, de la Ley N° 1834 de 31 de marzo de 1998 (de Mercado de Valores), establece que:

> "…*La sociedad administradora deberá administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia.*"

La Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993, de Bancos y Entidades Financieras, en sus

artículos pertinentes señala que:

> "…*ARTÍCULO 76°* (texto modificado por el artículo 9° de la Ley N° 2297 de 20 de diciembre de 2001).-
>
> *…Los fondos financieros privados podrán realizar operaciones pasivas y activas a nivel nacional, excepto los numerales 3 y 7 en lo referente a factoraje, del artículo 3º.* ***Dicha excepción alcanza a los numerales 5 y 6 del artículo 39º de esta Ley, sólo en lo referente a operaciones de comercio exterior****, estando permitidas las operaciones de envío y recepción de remesas de dinero de personas jurídicas y naturales dentro y fuera del país* (…)
>
> *ARTÍCULO 39º.- Las entidades financieras bancarias están autorizadas a efectuar las siguientes operaciones activas, contingentes y de servicios, con las limitaciones de la presente Ley:* (…)
>
> *5. Recibir letras de cambio u otros efectos en cobranza, así como* ***efectuar*** *operaciones de cobranza, pagos y* ***transferencias****.*
>
> *6.* ***Realizar giros y emitir órdenes de pago exigibles en el país o en el extranjero****…*" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

1.3. Análisis de la controversia.-

1.3.1. Acerca de la indeterminación normativa -falta de tipicidad- de las conductas imputadas.-

Por memorial de Recurso Jerárquico presentado en fecha 25 de mayo de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** señala que:

> "…*La ASFI reconoce en forma expresa que existe una indeterminación respecto a las conductas que desvirtúan el patrón conformado por los "estándares de un administrador profesional", justificando su la* (sic) *sanción a pesar de dicha indeterminación, en la "jurisprudencia y la doctrina" que supuestamente señalan que en derecho administrativo sancionador "los principios de tipicidad y legalidad no tienen la misma rigurosidad exigible en materia penal* (…)
>
> *…La denominada discrecionalidad reglada no puede erigirse por encima de la Ley, y constituir un escenario para motivar alguna sanción pecuniaria. A*

través de la Resolución recurrida, la ASFI no ha hecho otra cosa que crear un cuadro para justificar una sanción (…)

…El ejercicio de la discrecionalidad reglada por parte de la ASFI, con plena competencia, hubiese sido incuestionable, si la imposibilidad de realizar transferencias al exterior a través de una entidad financiera no bancaria, estuviera inmersa en una norma precedente y no en criterios y parámetros elaborados consecuentemente…"

La indeterminación a la que se refiere la recurrente, tiene que ver con la inexistencia de una **disposición específica (no determinada)** que establezca que la transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a través de entidades de intermediación financiera no bancarias, constituye una infracción, lo que a su vez a decir de la recurrente, redundaría en una ausencia de tipicidad y, por tanto, en la inviabilidad legal de aplicar una sanción como la que saldría de la Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de 23 de febrero de 2011.

Al respecto, corresponde precisar que el Derecho Administrativo sancionador considera a la tipicidad, conforme lo establece el artículo 73º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), de la siguiente manera:

"…***ARTÍCULO 73 (Principio de Tipicidad).-***

I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias…"

Y no obstante la claridad de dicha disposición, aún es pertinente definir que "*el principio de tipicidad constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta*" (Francisco Carruitero Lecca en *Límites constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración Pública*).

Así definido, se debe agregar que:

"…*el Principio de Tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) no tiene la misma connotación que la del Derecho Penal, conforme lo ha señalado la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 6 de febrero de 2007, cuando señala que: "La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de las normas penales y las normas administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma; en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, los tipos no son autónomos sino que se remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o prohibición*…" (Resolución Ministerial Jerárquica

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 de 1° de marzo de 2011; en el mismo sentido, Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031/2011 de 24 de junio de 2011).

Esta mención es pertinente, por cuanto lo que **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** reclama en concreto, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no hubiera señalado en la resolución recurrida, las fuentes de jurisprudencia o doctrina que establecen que el principio de tipicidad no tiene, en materia administrativa, la misma rigurosidad exigible que en materia penal.

En consecuencia, los cargos que salen de la nota ASFI/DSV/R-10381/2011 de 27 de enero de 2011, no requieren estar determinados, dispuestos o tipificados con precisión exacta en las normas que regulan el accionar de las entidades reguladas, por cuanto, la actividad de las mismas está sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley, como la establecida en el artículo 76°, en relación al artículo 39°, numerales 5. y 6., ambos de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993, de Bancos y Entidades Financieras.

Tal extremo es también pertinente en cuanto al principio de legalidad que invoca la recurrente, por cuanto queda claro que en lo que hace al Procedimiento Administrativo sancionador, la Administración Pública está sometida enteramente a la norma, conforme lo señala el artículo 72° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) que a continuación se transcribe:

> "*Artículo 72.- (Principio de Legalidad). Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.*"

Consiguientemente, debe concluirse en que la aplicación del Principio de Tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), deviene en que las faltas administrativas no deben interpretarse con la misma rigurosidad cual si se tratara de material penal; por tanto, no puede pretenderse, como mal hace la recurrente una **disposición específica** y **determinada** que establezca que la transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a través de entidades de intermediación financiera no bancarias, constituye una infracción.

No obstante, la notificación de cargos que sale de la nota ASFI/DSV/R-10381/2011 de fecha 27 de enero de 2011, establece en su numeral 1 -correspondiente al Cargo N° 1 que la conducta de **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** "*constituiría infracción a lo*

dispuesto en el segundo párrafo del artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores", es decir en lo principal, que la sociedad hoy sancionada está obligada a administrar los fondos a su cargo con el cuidado exigible a un administrador profesional con conocimiento especializado en la materia, no pudiendo bajo ningún concepto exponer de manera innecesaria los recursos del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto Plazo, a través de la contratación de una entidad de intermediación no bancaria, donde los depósitos no se realizaron en forma directa al Banco Clariden Leu AgG Zurich, sino a través de personas naturales.

Entonces congruentemente con lo anterior, se concluye que la actuación de **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.,** ha infringido la normativa administrativa, al no cumplir con su obligación de administrador profesional que debía regir sus actos, bajo un cuidado exigible, que se requiere a efectos de precautelar la mayor seguridad de los recursos cual hubiera correspondido.

1.3.2 Acerca de que al Fondo Financiero Privado Fassil S.A. le estarían permitidas las operaciones de remesas de dinero.-

El mismo memorial de Recurso Jerárquico de fecha 25 de mayo de 2011, refiere que:

> "…*los Fondos Financieros Privados pueden realizar operaciones pasivas y activas a nivel nacional excepto los numerales 5 y 6 del artículo 39 de la mencionada, solo en lo referente a operaciones de comercio exterior, "estando permitidas las operaciones de envío y recepción de remesas de dinero a personas jurídicas y naturales dentro y fuera del país." El artículo 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), transcrito anteriormente, determina* (…) *que están permitidas las operaciones de envío y recepción de remesas de dinero a personas jurídicas y naturales dentro y fuera del país. La transferencia de fondos al exterior no es otra cosa que el envío de una remesa al exterior, transacción expresamente permitida por el Artículo 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488*…"

Consiguientemente y en lo que hace al caso, la controversia radica en determinar:

> - Si conforme lo establece el Órgano Regulador en la nota ASFI/DSV/R-10381/2011, son aplicables las limitaciones establecidas en el artículo 76° en relación al artículo 39°, numerales 5. y 6., ambos de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993, de Bancos y Entidades Financieras, emergente de lo cual, la entidad de intermediación financiera no bancaria Fondo Financiero Fassil S.A. no se encontraba autorizada para **efectuar transferencias** y **realizar giros y emitir órdenes de pago exigibles en el país o en el extranjero** (en lo referente a operaciones de comercio exterior) y a solicitud de SANTA CRUZ INVESTMENTS

SAFI S.A.

- O si conforme pretende la recurrente, es aplicable la permisión establecida en el artículo 76º de la Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993, emergente de lo cual, la entidad de intermediación financiera no bancaria Fondo Financiero Fassil S.A. se encontraba autorizada para **realizar operaciones de envío y recepción de remesas de dinero de personas jurídicas y naturales dentro y fuera del país** y a solicitud de SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.

En concreto, **corresponde establecer si la transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior, constituye una operación de transferencias de dinero o de giros y emisión de órdenes de pago, o una operación de envío y recepción de remesas de dinero**.

Esa cuestión contiene en sí misma su propia respuesta por cuanto y en definitiva, **la transferencia de fondos es una operación de transferencia de dinero** que no le está permitida al Fondo Financiero Privado Fassil S.A. cuando se trate de operaciones de comercio exterior; no obstante ello, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** solicitó a tal Fondo Financiero Privado la transferencia de recursos al Banco Clariden Leu AgG Zurich, cuando además y conforme al informe ASFI/DSR I/R-60432/2010 de 18 de junio de 2010, el mencionado Fondo Financiero Privado no contaba con políticas ni manuales de procedimientos sobre remesas al exterior.

Ello determina que, la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión ha expuesto de manera innecesaria los recursos del Fondo de Inversión Abierto Renta Activa Corto plazo, al haber contratado a una entidad de intermediación no bancaria, como es el Fondo Financiero Privado Fassil S.A., para solicitarle debitar de la cuenta Nº 50726-2 recursos para realizar transferencias de fondos y abonarlos a una cuenta en el extranjero al Banco Clariden Leu AgG Zurich.

Sin perjuicio de ello, es pertinente dejar establecido que la operación de remesa de dinero es un contrato especial, conforme se halla definido en el Boletín de Comercio Exterior REEXPORTA (Barcelona, España):

> "*Remesa significa la manipulación por parte de los bancos de los documentos financieros y/o de los documentos comerciales, con el objeto de obtener la aceptación de un efecto y/o pago, entregar documentos comerciales contra aceptación y/o pago, o entregar documentos según términos y condiciones. Las partes intervinientes son: ordenante, remitente, el cobrador, el presentador y el librado*".

Consiguientemente, **la remesa tiene su propia naturaleza** y **sus propias características, referidas al envío de fondos que realiza una entidad autorizada u ordenante por cuenta de un remitente, a una entidad librada a efectos del pago a la orden de un cobrador** (en el caso de documentos comerciales a ser utilizados como instrumentos de pago, se requiere también la concurrencia de su presentador); circunstancias especiales a las que no se acomoda la actuación que ha determinado la imputación del cargo y la imposición de la sanción, por cuanto, pretender la actuación del Banco Clariden Leu AgG Zurich cual si fuera banco librado, determina la inexistencia de un cobrador, y a la inversa, si el banco extranjero hubiera sido el cobrador, entonces no existiría entidad que lo hubiera librado, cual en los hechos la transferencia fue realizada a través de personas naturales y jurídicas, como son: Marcela Aguilera de Urenda Calle, Carmela Marketin Limited, La Guardia International Holding Corp y Hermann Wille o Gisela E de Wille.

Por tanto y en definitiva, **la simple transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior como tal, no constituye una operación especial de envío de remesa, sino una común operación de transferencia de dinero** para la que, tratándose de operaciones de comercio exterior, la entidad de intermediación financiera no bancaria Fondo Financiero Fassil S.A. no se encontraba autorizada, ni a solicitud de **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.**

Queda claro que tal limitante es a la entidad de intermediación financiera no bancaria **Fondo Financiero Fassil S.A.**; a este respecto, el Órgano Supervisor en la Resolución Administrativa recurrida, ha dejado constancia que "*lo que se esta* (sic) *sancionando es la falta de cuidado exigible de la Sociedad Administradora, considerando que la contratación de servicios no implica en ningún momento la cesión o liberación de obligaciones y responsabilidades de la SAFI*". Consiguientemente, se rescata el cargo 1 conforme aparece en la notificación contenida en la nota ASFI/DSV/R-10381/2011 de 27 de enero de 2011: "*La Sociedad habría* ***solicitado*** *transferencia de fondos a cuentas bancarias del exterior a entidades de intermediación financiera no bancarias*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este entendido, ni **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** ni el **Fondo Financiero Fassil S.A.** (al haber sido ambos partícipes de la actividad que determinó la imposición del cargo, la primera como solicitante de la transferencia al segundo) pueden alegar desconocimiento de la ley, de los procedimientos de transferencias al exterior por entidades bancarias autorizadas, y del cuidado necesario en la administración de recursos de terceras personas (participantes), evaluando los riesgos con el profesionalismo del caso y conocimiento del mercado.

2. CARGO Nº 2: UTILIZACIÓN DIRECTA DE LOS ACTIVOS DEL FONDO DE INVERSIÓN

RENTA ACTIVA CORTO PLAZO.-

2.1. Determinación del Cargo Nº 2.-

El cargo establecido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su nota ASFI/DSV/R-10381/2011 de fecha 27 de enero de 2011, señala que **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** habría utilizado el crédito fiscal de Bs 1.590,00.- (UN MIL QUINIENTOS NOVENTA 00/100 BOLIVIANOS) de las facturas Nros. 38220, 36800, 36802 y 37709 del Fondo de Inversión Renta Abierta Corto Plazo, correspondientes a los pagos por comisiones al Fondo Financiero Fassil S.A. por transferencias al extranjero (Banco Clariden Leu AgG Zurich).

A este respecto, la Resolución Administrativa ASFI Nº 373/2011 de 27 de abril de 2011, señala que:

"(…)

- *El Manual de Cuentas aprobado con Resolución Administrativa No. 1296/06 del 24 de noviembre de 2006, clasifica en forma clara la cuenta 109.01.00 "Crédito fiscal" como activo, cuenta que se encuentra habilitada para Agencias de Bolsa, Bolsas de Valores, Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, Fondos de Inversión y Fondos de Garantía y Entidades de Depósito de Valores* (…)

- *…La regularización no significa un eximente de sanción en virtud a que la infracción ya fue cometida. Sin embargo esta regularización tiene impacto al momento de establecer la gradación de la sanción* (…)

… a la falta de subsunción de la infracción vulnerando el principio de legalidad y tipicidad, como consecuencia de que la Resolución ASFI No. 164/2011, no fundamenta legalmente la imposición de la sanción, se evidencia que hay una omisión en la mención del numeral del artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156, que configura la sactio legis, segundo elemento del principio de tipicidad (…)

…se establece que el presente cargo imputado por haber utilizado el crédito fiscal de Bs. 1,590.00 de las facturas No. 38220, 36800, 36802, y 37709 del Fondo de Inversión Renta Abierta Corto Plazo, correspondientes a los pagos por comisiones al Fondo Financiero Fassil S.A. por las transferencias al extranjero, incumpliendo lo establecido en el inciso a) del artículo 45 de la Normativa para Fondos de Inversión aprobada mediante Resolución Administrativa No.

421 de 13 de agosto de 2004, es sancionada de conformidad a lo establecido en el ***numeral 7) del inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156****…"*

2.2. Antecedentes legales.-

El Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, que reglamenta la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores, establece que:

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

a) Amonestación por las siguientes causales:

1. No realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente.
2. No llevar o no mantener actualizados los libros, registros o archivos, conforme a lo exigido por las disposiciones normativas aplicables.
3. Ocasionar confusión o error a sus clientes o potenciales inversionistas.
4. No conservar la documentación y/o información con las formalidades exigidas por la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables

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

Primer Rango

1. Enviar información con errores o inconsistencias salvando lo establecido por el artículo 24° del presente Decreto Supremo.
2. En el caso de personas naturales, realizar actividades u operaciones prohibidas o no autorizadas por la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos o la Superintendencia. Si existiere un monto comprometido se aplicará la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere a dicho monto.
3. Ejercer actos de competencia desleal dentro, del mercado de valores.
4. Incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades

supervisadas y fiscalizadas por la Superintendencia.

5. Negar o dilatar sin causa justificada, la entrega de la información y/o documentación que fuera formalmente solicitada por la Superintendencia.

6. Incumplir sin causa justificada órdenes expresas de compra – venta de Valores de los clientes.

7. No cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas.

8. Llevar por parte de las entidades fiscalizadas por la Superintendencia, controles internos deficientes.

9. Incumplir con lo dispuesto por los Manuales de Contabilidad emitidos por la Superintendencia.

10. Incumplir los principios de contabilidad generalmente aceptados

11. Incumplir las normas de auditoria generalmente aceptadas.

Segundo Rango:

1. En el caso de Entidades Calificadoras, realizar calificaciones de riesgo sin cumplir con su metodología de calificación.

2. Realizar operaciones o transacciones contrarias a las órdenes de los clientes.

3. Realizar operaciones, funciones o actividades prohibidas por la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos, así como aquellas no autorizadas o no consideradas en el objeto social de persona jurídicas supervisadas y fiscalizadas por la Superintendencia. Si existiere un monto comprometido, se aplicará la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere a dicho monto comprometido.

4. Ocasionar perjuicios o beneficios ilegítimos a participantes del Mercado de Valores por llevar controles internos deficientes.

5. Inducir deliberadamente, mediante información errónea, imprecisa e insuficiente, a la compra o venta de valores u otros instrumentos financieros o a la participación en Fondos de Inversión.

6. Obtener beneficios ilegítimos para sí o para terceros, de manera directa o indirecta a través de operaciones realizadas con empresas con las que tenga vinculación. Si existiere un monto comprometido se podrá aplicar el rango de multa que correspondiere a dicho monto.

7. Causar perjuicios u obtener beneficios para sí o para terceros como efecto de la administración de recursos de terceros o de

patrimonios autónomos al margen de las disposiciones aplicables. Se podrá aplicar la sanción de multa de acuerdo al rango de multa que correspondiere a dicho monto del perjuicio causado o beneficio obtenido.
8. Administrar recursos de terceros o patrimonios autónomos infringiendo las normas legales que regulan dicha administración sin hacer prevalecer en todo momento los intereses de estos.
9. Ocultación de información a la que se encuentren obligados los participantes del Mercado de Valores.

Tercer Rango:
1. Garantizar rendimientos o asumir pérdidas de sus clientes.
2. Obtener, a través del uso indebido de información privilegiada, ventajas para sí o para terceros directa o indirectamente.
3. Obtener, para sí o para terceros directa o indirectamente, como efecto de situaciones de conflictos de interés, ventajas o beneficios ilegítimos o causar perjuicio a sus clientes.
4. Divulgar deliberadamente información errónea e insuficiente.

Cuarto Rango:
1. Realizar operaciones o transacciones ficticias.
2. Realizar prácticas manipulatorias destinadas a fijar artificialmente precios, valores de cuotas, tasas o cotizaciones…"

La Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 421 de 13 de agosto de 2004, señala:

"*…Artículo 45.- La Sociedad Administradora, sus accionistas, directores, miembros del Comité de Inversión y en general todos sus funcionarios, se encuentran prohibidos de:*

a) Adquirir, arrendar, usufructuar, utilizar o explotar, en forma directa o indirecta, los bienes u otros activos de los Fondos de Inversión que administren…"

El Manual de Cuentas aprobado por Resolución Administrativa SPVS No. 1296/06 de 24 de noviembre de 2006, establece que:

"*CODIGO 109 01*
CAPITULO ACTIVO
GRUPO IMPUESTOS POR RECUPERAR

CUENTA CREDITO FISCAL
DESCRIPCIÓN

Registra el impuesto al valor agregado IVA de las compras efectuadas y pagos por diferentes servicios o prestaciones, alcanzadas por este impuesto y que originan crédito fiscal, de acuerdo con normas vigentes. Asimismo, registra las notas de crédito fiscal obtenidas por la entidad destinadas al pago de tributos.

DINÁMICA
CRÉDITOS (…)
2. Por el valor de las sumas obtenidas como devolución o como crédito fiscal".

2.3. De la fundamentación de la sanción mediante acto administrativo posterior a la imposición de la misma.-

Por memorial de Recurso Jerárquico presentado en fecha 25 de mayo de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** señala que:

"…*En el Recurso de Revocatoria presentado por Santa Cruz Investments SAFI S.A., se observaron dos aspectos:*

- *La resolución no definió si el supuesto incumplimiento se trata de una Infracción General (Art. 19 del Decreto Supremo Nº 26156), o si se trata de una Infracción Específica (Art. 20 del Decreto Supremo Nº 26156)...*"

Dicha mención resulta intrascendente, por cuanto y conforme se analiza en los párrafos siguientes, la Resolución Administrativa -sancionadora- ASFI Nº 164/2011 de 23 de febrero de 2011 menciona expresamente a fojas 8, el artículo 20º del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834, determinando por ende, tratarse de una infracción específica.

El memorial de Recurso Jerárquico señala también que:

"(…)

- *En el supuesto caso que se tratara de una Infracción Específica, es importante hacer notar que el Inc. b) del Art. 20 del Decreto Supremo Nº 26156, establece que se impondrán multas de primer, segundo, tercer y cuarto rango, detallando* ***26 causales*** *que pueden ser sujetas a una sanción monetaria. Sin embargo,* ***la Resolución impugnada no hizo referencia alguna a cuál sería la causal que supuestamente estaría***

motivando la imposición de la sanción observada (…)

> *…Lo que la ASFI pretende ahora, es tratar de establecer y hacer constar el supuesto fundamento legal para la imposición de una sanción, en forma posterior a la misma, situación que no está prevista por el Art. 43 mencionado. Lo cierto es que la Resolución ASFI N° 164/2011 carece del fundamento legal que legitime la emisión de la sanción…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo que se concluye que, la recurrente pretende desvirtuar el Cargo N° 2 bajo el argumento de que en la Resolución Administrativa ASFI N° 164/2011, el Órgano Regulador ha omitido mencionar cuál de las 26 causales establecidas en el inciso b) del artículo 20° del Decreto Supremo N° 26156, es la que motiva la imposición de la sanción.

En efecto; la Resolución Administrativa sancionadora a fojas 8, señala que:

> "…*corresponde aplicar a la infracción detectada, la sanción de multa, calculada en bolivianos equivalente a $us500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), en sujeción a lo previsto por los artículos 3, 11, 13 e* ***inciso b) del artículo 20****, del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley de Mercado de Valores N° 1834…*"

El artículo 20° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, que reglamenta la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores, en su parte pertinente establece que:

> "*ARTICULO 20° (Infracciones específicas).- Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior y en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12° del presente Decreto Supremo, y en el marco de lo dispuesto por los artículos 3° y 11° de este mismo Decreto Supremo, la Superintendencia podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes:*
>
> (…)
>
> *b) Multas por las siguientes, causales conforme a los rangos de multa correspondientes:*
>
> *Primer Rango*
>
> (…)

7. No cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas…"

Consiguientemente, el precitado numeral 7. que importa la descripción normativa de la conducta sujeta a sanción y que por ello, necesariamente debió de encontrarse establecida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como el fundamento de tal sanción, no ha sido mencionado, a tiempo de la Resolución Administrativa -sancionadora- ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011, sino recién a tiempo de Resolución Administrativa ASFI No. 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011 que resuelve el Recurso de Revocatoria, y a impugnación de la recurrente.

El hecho de mencionarse -tardíamente- en la Resolución Administrativa ASFI No. 373/2011, que la conducta es "*sancionada de conformidad a lo establecido en el numeral 7) del inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156*", no determina un cambio menos sustancial en la decisión del Ente Regulador, a la manera establecida en las alternativas dispuestas por los incisos b), c) o d) del artículo 43º, numeral I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo; es decir, que pese a haber establecido el propio regulador la omisión del numeral correspondiente al inciso b) del artículo 20º del Decreto Supremo Nº 26156, ha limitado lo mismo a la parte considerativa de tal Resolución, sin que se hubiera pronunciado donde corresponde, en la parte resolutiva y dispositiva.

Por el contrario, al haber confirmado en todas sus partes la anterior Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011, conforme lo permite el inciso a) del artículo 43º, numeral I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, determina en definitiva haber pasado por alto sus propios considerandos, que determinaban una precisión que modifica la Resolución Administrativa inicial.

Asimismo, la omisión de considerar lo señalado por la recurrente importa violación al debido proceso y al derecho a la defensa, por cuanto y conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004:

"…*la Constitución Política del Estado en su Artículo 16* (corresponde al artículo 117º de la Constitución vigente) *consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio de la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier*

tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos.

El citado Articulo 16 parágrafo III. de la Constitución Política del Estado expresa que: "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal ... " garantía que consiste en que toda persona que sea acusada de haber cometido falta o contravención tiene derecho a ser procesado previamente a la aplicación de cualquier pena o condena.

El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentaci6n sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones."

Por otra parte, sobre lo alegado por la recurrente, en sentido que no se puede considerar como activo el crédito fiscal, el Manual de Cuentas aprobado con la Resolución Administrativa N°1296/2006 de fecha 24 de noviembre de 2006, clasifica en forma clara a la cuenta 109.01.00 "Crédito Fiscal" como **activo**, la misma que está habilitada para Agencias de Bolsa, Bolsa de Valores, Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, Fondos de Inversión y Fondos de Garantía y Entidades de Depósito de Valores, extremo por el que en fecha 25 de noviembre de 2010 y en medida de enmienda, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** remite sus libros de compras y ventas al Servicio de Impuestos Nacionales para su rectificación, gestión que sin embargo, no la exime del incumplimiento imputado.

Por último y toda vez que para el caso del Cargo N° 2, la recurrente nuevamente ha invocado los principios de Legalidad y Tipicidad, es pertinente ratificar y reproducir los fundamentos que salen en el numeral 1.3.1 supra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a lo compulsado, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha procedido conforme al procedimiento administrativo correspondiente para el cargo No. 1, no siendo legalmente sustentables los agravios alegados por el recurrente, sin embargo, se ha evidenciado que dicha Autoridad, no ha seguido el procedimiento administrativo establecido, para el cargo No. 2, conforme se evidencia del análisis fundamentado realizado en el Considerando anterior.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 373/2011 de fecha 27 de abril de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, modificándose la misma con el siguiente texto:

> *"**PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI Nº 164/2011 de fecha 23 de febrero de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmándose en todas sus partes, y precisando lo determinado en el artículo segundo siguiente.*
> ***SEGUNDO.-** La sanción determinada para el cargo No. 2, ha sido aplicada en sujeción a lo previsto por los artículos 3, 11, 13 y numeral 7 del inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156"*

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 410/2011 DE 10 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 049/2011 DE 06 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 049/2011

La Paz, 06 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Sociedad Administradora de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A.,** contra la Resolución Administrativa ASFI N°410/2011 de fecha 10 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°274/2011 de 15 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 24 de 19 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 107 de 09 de septiembre de 2011 emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 31 de mayo de 2011 la **Sociedad Administradora de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A.,** legalmente representada por el Lic. Marcelo Urdininea Dupleich y la Lic. Carla Antonia Cuevas Lanza tal como lo acredita los Testimonios Poder

N°468/2004 y N°0781/2009, otorgado ante Notarías de Fe Pública N°50 y N°20 del distrito judicial La Paz, a cargo de los Drs. Néstor Salinas Vásquez, y Heberto J. Arduz Ruiz respectivamente, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°410/2011 de fecha 10 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°274/2011 de 15 de marzo de 2011.

Que, en fecha 8 de junio de 2011, se notificó a la Sociedad Administradora de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A., con el proveído de fecha 7 de junio de 2011 para que ésta en un plazo no mayor a 3 días hábiles administrativos presente documentación que acredite la personería de sus representantes legales.

Que en fecha 9 de junio de 2011 la Sociedad Administradora de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A., presenta la documentación extrañada.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 10 de junio de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **Sociedad Administradora de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A.,** mismo que fue notificado el 14 de junio de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS Y DESCARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSV/R-14218/2011 de 7 de febrero de 2011, notificó a SAFI Mercantil Santa Cruz S.A. con el siguiente cargo:

> *"La Sociedad Administradora el 5 de octubre de 2010, habría valorado incorrectamente el Valor con Código ISIN USP3143NAD68, correspondiente a la cartera de los Fondos de Inversión Mercantil Fondo Mutuo corto plazo, Prossimo Fondo de Inversión Abierto Corto Plazo y Horizonte Fondo de Inversión Abierto Mediano Plazo, al haber utilizado un precio BID diferente al reportado por a Bolsa Boliviana de Valores en la Tabla de Tasas y Precios de Valores Adquiridos en Mercados Financieros Internacionales – Archivo; MAAMMDDP.BBB, originando diferencias en el valor de la cartera bruta, valor de cartera neta y en el valor cuota de los citados Fondos de Inversión.*
>
> *Dicha valoración incorrecta generó errores en los reportes de valoración remitidos a esta Autoridad de Supervisión mediante el Sistema de Monitoreo, el 6 y 7 de octubre de 2010.*
>
> *La conducta descrita constituiría infracción al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores y a lo dispuesto en el apartado VI, numeral VI.1, Tipo de Valoración, Valoración 2 de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa N°174 de 13 de marzo de 2005; así como al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004."*

Por lo que en un plazo no mayor a 7 días hábiles administrativos deberán presentar sus descargos correspondientes.

Mediante nota SAFIMSC-ASFI-0210/2011 de 25 de febrero de 2011, SAFI Mercantil Santa Cruz S.A., presentó los siguientes descargos:

"*…En respuesta a la notificación de cargos enviada mediante CITE ASFI/DVS/R-1421812011, informamos que en fecha 05 de octubre de 2010, el valor del exterior BLE USP3143NDN68 fue valorado con un precio diferente al enviado por la Bolsa Boliviana de Valores en los fondos Mercantil Fondo Mutuo, Prossimo - FIA y Horizonte - FIA debido a un problema en la captura del precio con el proceso automático de reciente implementación durante esas fechas, sin embargo queremos hacer notar que en fecha 06 de octubre de 2010 se realizó el reproceso de operaciones de valoración y posterior cierre con las correcciones de precio, lo cual implicó que la Sociedad realice varios esfuerzos para trabajar en un ambiente paralelo y no desatender los requerimientos de sus Participantes, cumpliendo de esta manera con el reenvío de información corregida a su entidad de forma electrónica los días 06 y 07 de octubre y de forma impresa el día 08 de octubre del mismo año, según lo demuestra la carta con CITE SAFIMSA-ASF1-0757/2010 (copia adjunta).*

Asimismo, en fecha 15 de octubre de 2010 mediante carta CITE SAFIMSA-ASFI-0782/2010 (copia adjunta) y dando respuesta a su nota ASFI/DVS/R-102963/2010, se informó que esta diferencia en los precios de valoración no afectó el valor de cuota y los saldos de los Participantes debido a que se realizó el reproceso de operaciones dando cumplimiento a lo establecido en la carta circular ASFI/DVS/1009/2010 de fecha 06 de abril de 2010.

Por lo tanto, no se habría infringido tanto al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores porque la información fue enviada debidamente corregida y en el menor tiempo posible ni lo dispuesto en el apartado VI, numeral VI. 1, Tipo de Valoración, Valoración 2 de la Metodología de Valoración porque el precio registrado con el que se obtuvo el Valor de cuota y con el que se realizaron las operaciones de clientes fue el reportado por la Bolsa Boliviana de Valores en esa fecha.

Por lo expuesto, nos hallamos muy sorprendidos sobre la nota de cargos que cursa actualmente, porque a pesar de haber realizado todos los esfuerzos para corregir un problema de valoración que como se explicó fue causado por un error humano se evitaron perjuicios para los Participantes por haber realizado un reproceso y sobre todo se realizaron las debidas correcciones a la información remitida a su institución, lo cual implica que los cargos son injustificados..."

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°274/2011 DE 15 DE MARZO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N°274/2011 de 15 de marzo de 20011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

*"**PRIMERO.-** Sancionar a **SAFI MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** con multa en Bolivianos, equivalente a **$us500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),** por infracción al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N°1834 de 31 de marzo de 1998, al apartado VI, numeral VI.1, Tipo de Valoración, Valoración 2 de la Metodología de Valoración aprobada mediante Resolución Administrativa N°174 de 13 de marzo de 2005; así corno al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004.*

***SEGUNDO.-** El importe de la multa deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N9 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberán/emitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 8 de abril de 2011, **Sociedad Administradora de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A.,** presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N°274/2011 de 15 de marzo de 2011, argumentando lo siguiente:

El recurrente mediante Recurso de Revocatoria refiere que no se habría realizado una correcta valoración de los hechos en la resolución impugnada ya que ésta habría subsanado los errores de acuerdo a lo permitido y estipulado en la carta circular ASFI/DSV/1009/2010 que todos estos hechos demuestran que se hubiera tratado de un error involuntario mismo que no merece sanción ya que como se dijo el mismo hubiera sido corregido por lo que se solicita se revoque la Resolución impugnada.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°410/2011 DE 10 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°410/2011 de 10 de mayo de 2011 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar totalmente la Resolución ASFI N°274/2011 de 15 de marzo de 2011 conforme los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los fundamentos expuestos en el memorial de impugnación para interponer el recurso de revocatoria y el Informe Legal ASFI/DSV/R-48605/2011 de 10 de mayo de 2011, se establece lo siguiente:

- *Respecto al argumento esgrimido por la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A en el recurso, sobre la justificación a la inculpabilidad del error en los reportes de valoración, remitidos a esta Autoridad de Supervisión mediante el Sistema de Monitoreo el 6 y 7 de octubre de 2010, no constituye un factor que desvirtúe la responsabilidad de la entidad sancionada respecto a lo establecido en el artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, toda vez que el*

argumento de haber cometido la infracción sin ninguna intención y haber enmendado el error, no constituyen eximentes para que la entidad no deba ser sancionada por incumplimiento a su obligación prevista en el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N°1834 de 31 de marzo de 1998, la que dispone que la información que por disposición de la ley y sus reglamentos deba ser presentada al Organismo de Supervisión, debe ser veraz, suficiente y oportuna.

- *El Reglamento de Sanciones en el Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N°26156, tipifica en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 y califica la sanción en el artículo 13 con multa la infracción de no cumplir en la forma con las medidas establecidas por el ente regulador.*

- *El artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores N°1834, establece que, es aplicable la sanción de multa cuando las entidades participantes en el Mercado de Valores, cometan infracciones u omisiones por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento. Habiéndose establecido y reconocido la existencia del error, producto de la imprudencia de la entidad recurrente, la consecuencia normativa prevista en la ley es inobjetable.*

- *Sin embargo de lo anterior, en aplicación del Principio de Proporcionalidad establecido en el artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, este Organismo Supervisor, a tiempo de modular la sanción impuesta en la Resolución ASFI N°274/2011, ponderó objetivamente las circunstancias que concurrieron a tiempo de cometerse la infracción, mismas que son expuestas por la entidad recurrente en su memorial de impugnación, habiendo considerando lo siguiente:*

✓ *La Administradora subsanó el error mediante el reproceso integral de operaciones, con la finalidad de evitar daños económicos a los Fondos de Inversión y a los Participantes de los mismos, remitiendo posteriormente a ASFI los reportes físicos y electrónicos corregidos.*

✓ *No se ocasionaron perjuicios en forma directa o indirecta a personas naturales o jurídicas o al Mercado de Valores.*

✓ *No obtuvo ganancia, beneficio o ventaja directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*

Razones por las cuales se determinó imponer la sanción pecuniaria mínima prevista por ley, el equivalente en bolivianos de $us.500.- (Quinientos 00/100 Dólares Americanos).

Que, el hecho sancionado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el no cumplir con las medidas dispuestas por el ente regulador a través de resoluciones administrativas.

Que, el hecho sancionado se encuentra plenamente probado, puesto que la entidad reconoció en sus descargos los errores de valoración, reconocimiento ratificado en el memorial de impugnación.

Que, la Carta Circular /ASFI/DSV/1009/2010 de 6 de abril de 2010 dispone las medidas inmediatas que deben adoptar las sociedades administradoras de fondos de inversión para subsanar errores y omisiones que ocasionen distorsiones en la determinación del Valor Cuota de un Fondo de Inversión, consistiendo en el reproceso integral de todas las operaciones correspondientes al período en el que se presenten inconsistencias, acción que no implica exención de las responsabilidades previstas por ley ante tales errores u omisiones."

CONSIDERANDO:

Que, este Organismo Regulador, a tiempo de emitir la Resolución Sancionatoria ASFI N°274/2011, de 15 de marzo de 2011 ha considerado elementos de hecho y de derecho que respaldan la aplicación de la sanción impuesta por la comisión de la infracción, que en el caso de autos corresponde a una infracción específica, sancionable con multa de Primer Rango de acuerdo al artículo 20, inciso b), numeral 7 del Decreto Supremo N°26156, constituyéndose en un acto administrativo que goza de plena validez y eficacia, pues cumple de manera inextensa todos los requisitos de los actos administrativos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N°27175.

Que, esta Autoridad efectuó la descripción de la tipificación, calificación y gradación de la sanción aplicable al haberse ratificado la infracción notificada en base al principio de proporcionalidad. Asimismo, se verificó que el hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el no cumplir con las medidas dispuestas por este Organismo de Supervisión a través de resoluciones administrativas.

Que, la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A., incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), correspondiendo la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa.

Que, a efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se tomó en cuenta el Principio de Proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, enmarcándose en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse.

Que, siguiendo el citado lineamiento, se consideraron los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte inminente del Principio de Proporcionalidad:

a) *El hecho sancionado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción especifica* ***sancionable con multa de Primer Rango, el no cumplir con las medidas dispuestas por este Organismo de Supervisión a través de resoluciones administrativas.*** *El hecho sancionado fue plenamente probado, puesto que la entidad reconoce expresamente en sus descargos la infracción imputada, calificándola como "error cometido operativamente sin ninguna intención".*

b) *Se tomaron en cuenta las circunstancias concurrentes a la infracción, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción impuesta; a tal efecto, se ponderó la sanción mínima prevista en el Primer Rango, de acuerdo al artículo 2, inciso b) numeral 7 del Decreto Supremo N°26156, Reglamento de Sanciones Aplicable al Mercado de Valores.*

Que, la Carta Circular/ASFI/DSV/1009/2010 consiste en una instructiva relacionada a las acciones que deben adoptar las sociedades administradoras de fondos de inversión para subsanar errores y omisiones que ocasionen distorsiones en la determinación del Valor Cuota de un Fondo de Inversión y no es un eximente de la responsabilidad por la comisión de tales errores u omisiones.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, determina en el artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores y seguros.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera, valores y seguros. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, las normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades (….)"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 31 de mayo de 2011, la **Sociedad Administradora de**

Inversión Mercantil Santa Cruz S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°410/2011 de fecha 10 de mayo de 2011, argumentado lo siguiente:

I. <u>"RECURSO DE JERÁRQUICO</u>

La ahora impugnada Resolución Administrativa, no hace una correcta valoración de los hechos puestos a su conocimiento y de la contundente prueba aportada por la empresa que representamos, tal es así que confunden criterios y llegan a valoraciones subjetivas, inobservando el espíritu, los alcances y el objeto de la normativa supuestamente vulnerada.

La Resolución impugnada establece una sanción por haber remitido al Órgano de Supervisión información errónea, como cargos a la entidad que representamos, los mismos que nuevamente desvirtuamos en sujeción a los argumentos que a continuación detallo: Vuestras autoridades en el Séptimo Considerando de su injusta Resolución sostienen:

Que resultado del análisis efectuado, se ratifica el cargo imputado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A. al haber remitido a éste Órgano de Supervisión información errónea en efectuar los procesos de las formas FI-1, FI-2, FI-3, FI-8 y FI-10, así como los archivos "O" y "H" de 5 de octubre de 2010, correspondientes a los fondos MERCANTIL FONDO MUTUO, PROSSIMO y HORIZONTE, incumpliendo el Art. 68 de la Ley de Mercado de Valores y el Art. 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

Para determinar la sanción se ha tomado en cuenta el Informe Técnico ASFI/DSV/R-24078/2011, contenido en el Quinto Considerando, mismo que la ASFI notificó a la Sociedad que representamos, otorgándole un plazo de 5 días hábiles administrativos para la presentación de los descargos respectivos. Nota de cargo que establece que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A. habría remitido a ésta institución información errónea en los reportes de las formas referidas, debido a un error operativo. Dicha conducta constituiría infracción al artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores y el Art. 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

• De acuerdo a la documentación adjunta la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., conforme se tiene claramente establecido como bien señala en su parte conclusiva la Resolución impugnada, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A. subsanó el error de acuerdo a lo permitido y estipulado en la carta circular ASFI/DSV/1009/2010, la misma que se ha cumplido a cabalidad y como señala la misma CARTA CIRCULAR "...está orientada a que no se produzcan distorsiones en la información, ni posibles daños a los Fondos de Inversión administrados ni a los participantes de los mismos.". Está claro que la instrucción emitida por su autoridad en dicha CARTA CIRCULAR constituye una medida preventiva que además de obligar a las sociedades administradoras a realizar los reprocesos los faculta a advertir y enmendar los errores que pueden ser cometidos operativamente sin ninguna intención, esto demuestra que la motivación para emitir tal

instrucción es precisamente que los errores pueden existir y constituyen precisamente eso errores involuntarios que en el presente caso han sido subsanados en cumplimiento estricto de lo instruido por su autoridad.

- ***i.*** *Todo lo analizado así como la valoración realizada por los técnicos, conduce inequívocamente a la conclusión de que los errores debidamente enmendados mediante los reprocesos presentados ante la entidad reguladora no constituyen sino una omisión involuntaria o en el peor de los casos un error humano, el mismo que de cualquier punto de vista no contiene la voluntad de cometer una falta toda vez que advertidos del error se ha subsanado el mismo y éste hecho ha merecido el calificativo de atenuante por la propia autoridad. Es evidente que no hay ser humano infalible por lo que en toda norma se establece también un procedimiento de enmienda o de corrección del actuar humano, existen mecanismos legales para que tanto los administradores como los administrados tienen normas que prevén la posibilidad del error por qué el errar es humano, por lo que no habiendo en las normas un reglamento específico que prevea tal situación y sin embargo de aquello hemos tratado de enmendar la omisión involuntaria cometida, es menester que su autoridad pondere y analice el actuar de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A. que mas allá de pretender encubrir un error cometido, ha tratado de subsanarlo, advirtiendo del error a la autoridad y procediendo a enmendarlo con la prontitud necesaria para que no cause daño alguno, tal y como lo instruye la CARTA CIRCULAR / ASFI/DSV/1009/2010.*

- ***ii.*** *Lo contrario importaría, señor Director, la desnaturalización de los reprocesos y las enmiendas que realizan las sociedades reguladas, toda vez que, en lugar de ser un medio para corregir información errónea y evitar pérdidas y daños, los reprocesos y las enmiendas serían simplemente una manera de auto inculparse y obtener con certeza una sanción por parte de la Autoridad.*

- ***iii.*** *Asimismo todas las acciones correctivas asumidas por la SAFI, si bien no constituyen en sí mismas eximentes de responsabilidad, no deberían constituir el elemento de convicción para sancionar toda vez que han sido adoptadas para corregir errores y no así para justificarlos.*

I.PETITORIO

Por todo lo fundamentado, probado y las bases legales expuestas, de conformidad a lo dispuesto por los Art. 52 y pertinentes de la Reglamentación contenida en el D.S. 27175, interponemos el presente Recurso de Revocatoria, solicitando que ***REVOQUE*** *la Resolución Administrativa* ***ASFI N°410/2011 de fecha 10 de mayo de 2011,*** *que resuelve* ***SANCIONAR*** *con multa equivalente a $us.500.- a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A. por infracción de lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 68, toda vez que se ha demostrado que no existen tales infracciones y que no se ha valorado correcta y oportunamente la información presentada por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., debiendo dejar sin efecto la Resolución impugnada y en consecuencia la conminatoria de pago de la sanción impuesta, por ser atentatoria e injustificada para*

los intereses de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.

Por otra parte es pertinente señalar que las supuestas omisiones o faltas que este ente Regulador menciona en su resolución no han ocasionado daños de ninguna naturaleza al Mercado de Valores o a sus participantes, así como tampoco han generado alguna situación en beneficio propio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.(…)"

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Sobre la Sanción.-

El recurrente señala que en la Resolución administrativa impugnada no se habría hecho una correcta valoración de los hechos y de las pruebas, estableciendo una sanción por haber remitido al órgano de Supervisión información errónea, la misma que hubiera sido subsanada de manera inmediata conforme lo establece la carta Circular ASFI/DSV/10009/2010 y que este hecho hace que el recurrente no haya merecido una sanción.

En primer término, corresponderá verificar las normas infringidas por las cuales se habría sancionado al recurrente, es así que se tiene, al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N°1834 de 31 de marzo de 1998 que a la letra determina:

*"Artículo 68.- **CALIDAD Y PUBLICIDAD DE LA INFORMACION.** Los participantes del Mercado de Valores, deberán mantener actualizada la información requerida por esta Ley y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del mercado.*

II. La información que por disposición de esta Ley y sus reglamentos deba ser presentada a la Superintendencia de Valores, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

*La publicidad relativa a la emisión, **colocación o intermediación de Valores y cualquier otra actividad publicitaria que se realice en el Mercado de Valores, no debe inducir a***

confusión o error…." (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

El apartado VI, numeral VI.1, Tipo de Valoración, Valoración 2 de la Metodología de Valoración aprobada mediante Resolución Administrativa N°174 de 13 de marzo de 2005, que refiere:

> **Valoración 2:**
>
> *"La valoración de instrumentos de deuda que cuenten con un código de identificación única (ISIN, CUSIP, etc.), se* ***realizará en base a los Precios o Tasas que la Bolsa de Valores proporcione de acuerdo a procedimientos descritos en el "Manual de Procedimiento Interno para Difusión de Información sobre Valores emitidos en el Extranjero" y las fórmulas establecidas en la Metodología de Valoración.***
> *En caso que no exista información de Precio o Tasa reportada por la Bolsa de Valores para los instrumentos señalados en el párrafo anterior, la valoración se realizará a Precio de Curva..."*

El artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004, en sus artículos pertinente señala:

> ***"Artículo 35.-*** *Las Sociedades Administradoras son responsables de la calidad de la información remitida a la Superintendencia, que les compete generar."*

En los descargos presentados por la Sociedad Administradora de Inversión Mercantil Santa Cruz a Fs. 46 ponen de manifiesto lo siguiente:

> "…*que en fecha 05 de octubre de 2010, el valor del exterior BLE USP3143NDN68* ***fue valorado con un precio diferente al enviado por la Bolsa Boliviana de Valores en los fondos Mercantil Fondo Mutuo, Prossimo – FIA y Horizonte – FIA debido a un problema en la captura del precio con el proceso automático de reciente implementación durante esas fechas****, sin embargo queremos hacer notar que en fecha 06 de octubre de 2010 se realizó el reproceso de operaciones de valoración y posterior cierre con las correcciones de precio, lo cual implicó que la Sociedad realice varios esfuerzos para trabajar en un ambiente paralelo y no desatender los requerimientos de sus Participantes, cumpliendo de esta manera con el reenvío de información corregida a su entidad de forma electrónica los días 06 y 07 de octubre y de forma impresa el día 08 de octubre del mismo año, según lo demuestra la carta con CITE SAFIMSA-ASF1-0757/2010 (copia adjunta).*
>
> *Asimismo, en fecha 15 de octubre de 2010 mediante carta CITE SAFIMSA-ASFI-0782/2010 (copia adjunta) y dando respuesta a su nota ASFI/DVS/R-102963/2010, se informó que esta diferencia en los precios de valoración no afectó el valor de cuota y los saldos de los Participantes debido a que se realizó el reproceso de operaciones dando cumplimiento a lo establecido en la carta circular ASFI/DVS/1009/2010 de fecha 06 de abril de 2010.*

Que a su vez en el Recurso Jerárquico el recurrente alega: …"*que si bien se cometió el error el mismo fue enmendado de manera inmediata y que el mismo constituyó una omisión involuntaria o en el peor de los casos un error humano, el mismo que de cualquier punto de vista no contiene la voluntad de cometer una falta...*".

Por lo anterior, se puede inferir en primer término, una manifestación expresa por parte del recurrente al incumplimiento a la normativa, producto del cual, habría emergido la sanción administrativa que ha impuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que si bien, este arguye que el errar es humano y que este error de información fue subsanado de manera inmediata, estos hechos no pueden considerarse como un eximente de responsabilidad, por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión Mercantil Santa Cruz S.A., ya que existe norma clara y precisa, que establece la obligación por parte de las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión de remitir información veraz y oportuna, misma que a su vez no pueda inducir a error y a confusión (Independientemente de que los mismos puedan ser considerados a momento de determinarse la proporcionalidad de la sanción hechos que serán objeto de pronunciamiento por parte de esta instancia jerárquica más adelante.

2. En cuanto a que la ASFI debió haber valorado que el error fue subsanado de manera inmediata como lo instruye la carta Circular ASFI/DSV/10009/2010

Al respecto tenemos que la carta circular ASFI/DVS/1009/2010 de fecha 06 de abril de 2010, establece:

> "*Mediante la presente se instruye que a partir de la fecha ante cualquier inconsistencia, error u omisión por parte de la Sociedad Administradora que ocasione distorsiones en la determinación del Valor Cuota de un Fondo de Inversión, la SAFI deberá proceder a efectuar necesariamente el reproceso integral de todas las operaciones, correspondientes al período en el que se presente inconsistencias en el Valor Cuota.*
>
> *Dicha medida está orientada a que no se produzcan distorsiones en la información, ni posibles daños a los Fondos de Inversión administrados ni a los participantes de los mismos.*
>
> *Por otro lado, la SAFI deberá remitir a esta Entidad de Supervisión toda la información correspondiente al reproceso tanto en medio físico como magnético, en los formatos establecidos en la normativa vigente.*"

Al respecto, se aclara al recurrente, que hace una incorrecta valoración de la norma transcrita con anterioridad, ya que la misma en ningún momento permite la existencia de errores y que estos al ser subsanados no puedan ser objeto de sanción, sino que el objeto y finalidad de la citada y transcrita circular, es que las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión ante un posible error cometido por ellos están obligados a subsanar los mismos a través del reproceso integral, esto justamente en procura de que no se produzcan

distorsiones en la información ni posibles daños a particulares o a los mismos Fondos de Inversión.

No pudiendo entenderse la circular como eximente de responsabilidad a la obligación que tiene el regulado, de cumplir con lo determinado en el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N°1834 de 31 de marzo de 1998, al apartado VI, numeral VI.1, Tipo de Valoración, Valoración 2 de la Metodología de Valoración aprobada mediante Resolución Administrativa Nº 174 de 13 de marzo de 2005; así corno al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004.

Quedando claro entonces, que existen dos obligaciones por parte de las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, la primera referida justamente a la calidad de la información, que debe ser clara y precisa; y no debe causar error o confusión, y la segunda dada por la Circular ASFI/DSV/10009/2010, que determina que ante una inconsistencia sea un error u omisión, por parte de las Administradoras de Fondos de Inversión, están obligadas a subsanar el error a través del reproceso integral, de todas las operaciones correspondientes al período en el que se presenten inconsistencias en el valor Cuota y en caso de que no se realicen el reproceso este hecho podrá derivar en otro incumplimiento **a lo determinado por la Circular ASFI/DSV/1009/2010, cual no lo es el caso de autos.**

Producto del análisis técnico, es importante precisar que las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión son usuarios de la Bolsa Boliviana de Valores, que reciben información oficial de precios de compra y venta de títulos internacionales a través de Reuters (Agencia de noticias de mercados financieros), y que en el presente caso la BBV reportó en la Tabla de Tasas y Precios de Valores Adquiridos en Mercados Financieros Internacionales al 5 de octubre de 2010 (Archivo: MAAMMDDP.BBB), el precio BID para el código ISIN USP3143NAD68 de 110.1481%, mientras que el utilizado por la **SAFI Mercantil Santa Cruz S.A.** fue igual a 110.0975%, lo que ocasiono una incorrecta valoración, que afecto al Valor de Cartera Bruta, Valor de Cartera Neta y Valor Cuota de los Fondos de Inversión Mercantil Fondo Mutuo, Prossimo Fondo de Inversión Abierto y Horizonte Fondo de Inversión Abierto.

Esta información de los precios BID, se utiliza como parte de la metodología de valoración, para encontrar el porcentaje del valor par nacional (%VPN), siguiendo el procedimiento de cálculo en función a las fórmulas descritas en la normativa, si bien **SAFI Mercantil Santa Cruz S.A.**, aplicó el formato de la valoración de títulos en el exterior, se utilizó un precio BID incorrecto.

Por lo anterior, de acuerdo a los notas CITE-SAFIMSA-ASFI-757/2010 y CITE-SAFIMSA-ASFI-782/2010 de fecha 8 y 15 de octubre de 2010 respectivamente, **SAFI Mercantil Santa Cruz S.A.** habría efectuado el reproceso integral de las operaciones tanto en los reportes electrónicos como físicos, en cumplimiento a la Carta Circular ASFI/DSV/1009/2010 de 6 de abril de 2010, con el propósito de subsanar el error y evitar posibles daños económicos a los Fondos de Inversión; este hecho como ya fue objeto de valoración línea atrás, no le exime a la recurrente la responsabilidad de proporcionar información veraz, suficiente y oportuna.

Por otra parte, se analiza el efecto del reproceso integral, donde el error en la valoración generó diferencias en el valor de cartera y el valor cuota; motivo por el cual, se tuvo que generar nuevamente varios reportes y dimensionando para cada uno de los Fondos de Inversión, se tuvo que reprocesar veintiuno (21) informes diarios, lo que demuestra que el error en la metodología de valoración afectó sustancialmente la naturaleza de la información, por lo que, no se puede considerar el argumento del recurrente como un error, inconsistencia u omisión menor.

3. En cuanto a los criterios usados para imponer la sanción.-

La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, criterios que a su vez ya han sido confirmados por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas entre otras en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011de 4 de mayo de 2011 han establecido:

> *"**el principio de proporcionalidad** impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (...)*
>
> *(...)En esa tarea toda autoridad administrativa resulta **obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado.** El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.*
>
> *Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: **a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado, y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.***
>
> *Por otra parte, y en lo que respecta a la **debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada**, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) naturaleza de los perjuicios causados, c) la reincidencia en la comisión".***

En cuanto a la proporcionalidad y a la gravedad del hecho, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó lo siguiente:

Sancionar al recurrente con multa en Bolivianos, equivalente a ***$us.500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),*** *por infracción al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N°1834 de 31 de marzo de 1998, al apartado VI, numeral VI.1, Tipo de Valoración, Valoración 2 de; la Metodología de Valoración aprobada mediante Resolución Administrativa N°174 de 13 de marzo de 2005; así corno al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004. Hecho que, a su vez se encontraría plenamente probado.*

Que correspondía imponer una ***multa pecuniaria*** *conforme lo establece el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores N°1834 que dice que, es aplicable la sanción de multa cuando las entidades participantes en el Mercado de Valores, cometan infracciones u omisiones por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar (…)"*

La Administradora subsanó el error mediante el reproceso integral de operaciones, con la finalidad de evitar daños económicos a los Fondos de Inversión y a los Participantes de los mismos, remitiendo posteriormente a la ASFI los reportes físicos y electrónicos corregidos.

No se ocasionaron perjuicios en forma directa o indirecta a personas naturales o jurídicas o al Mercado de Valores.

No obtuvo ganancia, beneficio o ventaja directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.

Razones por las cuales se determinó imponer la sanción pecuniaria mínima prevista por Ley, el equivalente en bolivianos $us.500 (Quinientos 00/100 Dólares Americanos).

Que, el hecho sancionado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el no cumplir con las medidas dispuestas por el ente regulador a través de resoluciones administrativas.

De lo transcrito, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se ha referido justamente a lo señalado por el recurrente en cuanto que el error fue subsanado de manera inmediata y que el mismo no causó perjuicio o daño ni a los particulares ni a la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, hechos que si fueron objeto de valoración por parte del órgano regulador dentro de los criterios de proporcionalidad al momento de determinar la graduación de la multa, cual se evidencia de las Resoluciones Administrativas ASFI N° 410/2011 de 10 de mayo de 2011 y ASFI N° 274/2011 de 15 de marzo de 2011, no existiendo por ende la vulneración alegado por el recurrente en cuanto a la falta de valoración de la prueba.

Por lo que, se tiene que en el caso de autos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido con el principio de legalidad, principio de tipicidad, debido proceso, ya que el órgano regulador ha sancionado una conducta típica y antijurídica determinada y sancionada en la norma, y ha sancionado al recurrente con multa de acuerdo al criterio de proporcionalidad referido con anterioridad.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas llega a la conclusión que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho un correcto análisis de la norma así como una correcta valoración de las pruebas, por lo que, la resolución impugnada debe confirmarse en su totalidad.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inciso a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR TOTALMENTE** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N°410/2011 de fecha 10 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°274/2011 de 15 de marzo de 2011.

Regístrese notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 428/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 050/2011 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 050/2011

La Paz, 11 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 428/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N° 286/2011 de 16 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 025 de 31 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 108 de 9 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 3 de junio de 2011, el Sr Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa ASFI Nº 428/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº 286/2011 de 16 de marzo de 2011.

Que, en fecha 8 de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por el Lic. Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe del Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 428/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI Nº 286/2011 de 16 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 13 de junio de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", mismo que fue notificado el 15 de junio de 2011.

Que, el 11 de julio de 2011, a horas 9:10 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSR I/R-8418/2011 de 24 de enero de 2011, notificó con los cargos a Julio Pinto Lazcano en su calidad de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" conforme el siguiente texto:

"De la inspección especial realizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como efecto del reclamo presentado por los adjudicatarios del Proyecto Habitacional "Los Ceibos", cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010, remitido a esa entidad financiera mediante carta ASFI/DSR I/R-105581/2010 de 13 de octubre de 2010, se han evidenciado presuntas infracciones a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), por no informar o advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, no fue informado de manera oportuna a la Asamblea de Asociados aún cuando el mismo superaba el 1% del patrimonio neto de la entidad, ni que se procedió con el mismo, aún cuando existían garantías que hacían recuperable el crédito.

En consecuencia y a los efectos del artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley del Procedimiento

Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera", NOTIFICAMOS a su persona en su condición de Auditor Interno de Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz", por no haber observado debidamente las disposiciones legales y normativa citadas anteriormente, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de su legal notificación, para que efectúe el descargo o explicación correspondiente debidamente documentado."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 28 de febrero de 2010 el Sr. Julio Pinto Lascano presentó descargos refiriendo lo siguiente:

Que este habría prestado funciones como jefe de auditoría Interna de la Mutual de Ahorro y Préstamo para la para la Vivienda La Paz desde el mes de noviembre de 2006, que el castigo del crédito Nº 10005317 se habría efectuado en el mes de diciembre del año 2004 es decir dos años antes de asumir funciones.

Que a su vez señala que Auditoría Interna emitió dos informes Nº AI -042/2009 de 28 de agosto de 2009 y Nº AI-054/2009 de 27 de octubre de 2009, a tras de los cuales habría informado sobre las acciones administrativas y legales sobre el cumplimiento de las normas, respecto al préstamo otorgado al Sr Mario Fermín Zenteno Benítez

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 286/2011 DE 16 DE MARZO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº286/2011 de 16 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

***"PRIMERO** Desestimar parcialmente los cargos notificados al señor Julio Pinto Lascano por el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) en relación al informe extemporáneo a la Asamblea de Asociados sobre el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez.*

***SEGUNDO** Sancionar al Auditor Interno señor Julio Pinto Lascano, con multa personal equivalente al 50% de una vez su remuneración mensual percibida por el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), por no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, no cumplía con los requisitos formales para ese efecto.*

***TERCERO** La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N" 4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución y a partir del 1 de abril de 2011 en la cuenta Nº 1-4678352 del Banco Unión S.A., debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

CUARTO *Instruir al Directorio de la entidad la conformación de una comisión para el seguimiento y solución de cada uno de los puntos objeto de reclamo de los copropietarios del edificio "Los Ceibos", debiendo remitir a esta Autoridad informes mensuales sobre su grado de avance.*

QUINTO *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Mutual La Paz y de la Asamblea de Asociados, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copias de las correspondientes Actas."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 13 de abril de 2011, el Sr. Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 286/2011 de 16 de marzo de 2011, con los mismos fundamentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°428/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°428/2011 de 13 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar totalmente la Resolución ASFI N°286/2011 de 16 de marzo de 2011 conforme los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por el señor Julio Pinto Lascano, se ha establecido lo siguiente:

- *El castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno Benitez, conforme señala el numeral 1 del artículo 3, Sección 6, Anexo 1, Título V, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al momento del castigo, requería, como uno de los requisitos formales, el Informe del abogado a cargo de la causa debiendo señalar la situación y estado del cobro judicial acompañando para este efecto copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito.*

  En el presente caso, el castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno Benitez, no consideró que existía un mandamiento de embargo expedido conforme señala el mismo Auditor Interno, asimismo, tampoco se estableció que existían garantías que respaldaban el cobro de la deuda, configurado (sic) de esta manera falta de apego de la Mutual a los principios y disposiciones que regulan la actividad de intermediación financiera, hechos que no fueron advertidos por el Auditor Interno.

La falta de observancia a las disposiciones legales en el citado castigo posteriormente fueron reconocidos por la propia entidad, según Comunicación Interna de Gerencia Legal N° GL/1828/2009 NUT-28992 de 31 de diciembre de 2009. En este entendido, la entidad, según consta en la papeleta contable N°854708 de 18 de enero de 2010, procedió a la reversión del castigo mencionado, circunstancia que implica que Mutual La Paz reconoció explícitamente irregularidades en el proceso de castigo y rectificó el mismo a través de la reversión con el justificativo de una mejor exposición, reflejando en promedio una mora menor a la pesadez real, consecuentemente la Mutual La Paz expuso en sus balances una mejor posición financiera, ocasionando que el reporte de cartera y previsiones remitido a este Órgano de Supervisión y presentado a los Asociados y público en general no sea veraz.

En virtud a lo establecido en el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), el Auditor Interno tiene la obligación de advertir al Directorio de la entidad sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales relacionadas al correcto castigo de las operaciones de crédito, mandato legal, que en el presente caso, fue inobservado por el señor Julio Pinto Lascano, más aún cuando la propia entidad ratifica el incumplimiento al revertir el castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, a través de Gerencia Legal en cuya Comunicación Interna GL/1828/2009 NUT-28992 de 31 de diciembre de 2009, señala: "...en sentido de no haberse agotado las instancias judiciales para la recuperación y con la finalidad de que estos castigos se reflejen en los estados financieros para la mejor exposición de estos préstamos dentro de la cartera de la Mutual se recomienda proceder a la reversión de los castigos realizados".

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició un proceso administrativo en contra del señor Julio Pinto Lascano, emitiéndose la Resolución ASFI N° 341/2010, posteriormente en recurso de revocatoria a través de la Resolución ASFI N° 603/2010, se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.*

  Bajo este entendido, se emitió un nuevo informe de inspección ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010 y se procedió a notificar cargos al señor Julio Pinto Lascano mediante carta ASFI/DSR I/R-8418/2011 de 24 de enero de 2011.

  Una vez evaluados los descargos presentados por el señor Julio Pinto Lascano, dentro del plazo previsto por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N" (sic) Mutual La Paz con multa personal equivalente al 50% de una vez su remuneración mensual percibida.

En virtud a lo expuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impuesto doble sanción, puesto que la Resolución ASFI N° 603/2010, dispuso la anulación del proceso sancionatorio, por lo que no existe violación al principio non bis in idem, el cual doctrinalmente implica la "prohibición de imponer una doble sanción, cuando exista identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad". (SC506/2005 de 10 de mayo 2005).

- *En relación a que la Resolución ASFI/Nª 286/2011 de 16 de marzo de 2011, como acto administrativo tendría ambigüedades en el objeto, cabe señalar que doctrinalmente se entiende por objeto del acto administrativo "Aquello que el acto decide, certifica u opina" (Gordillo - Tratado de Derecho Administrativo, VIIII-6), concordante con lo señalado el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, asimismo, el artículo 28 de la citada Ley establece los elementos esenciales del acto administrativo, siendo uno de ellos el objeto el cual debe ser cierto, lícito y materialmente posible.*

  De acuerdo a la carta de Notificación de Cargos ASFI N° DSR I/R-8418/2011 de 24 de enero de 2011, el señor Julio Pinto Lascano incumplió el artículo 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), por no informar de manera oportuna a la Asamblea de Asociados que el castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno Benitez superaba el 1% del patrimonio neto.

  Asimismo, incumplió el artículo 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), por no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benitez, no cumplía con los requisitos formales para ese efecto.

  Siguiendo el lineamiento del citado precedente, la Resolución ASFI/Nª 286/2011 de 16 de marzo de 2011, tiene un objeto claro, cierto, lícito y materialmente posible disposiciones establecidas en los Resuelves Primero y Segundo, cuyas decisiones reflejan las fundamentaciones fácticas y jurídicas, a través de las cuales se sostiene la legitimidad y oportunidad de la declaración de desestimación y la sanción de multa impuesta al señor Julio Pinto Lascano.

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría violado el principio de proporcionalidad, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREF1 RJ/04/2004 de 12 de febrero expresó "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final", en el presente caso la*

Resolución ASFI N° 286/2011 de 16 de marzo de 2011, se encuentra revestido de congruencia específica (petición-prueba-resolución).

En este contexto las infracciones cometidas por el señor Julio Pinto Lascano son infracciones a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), es decir, por no informar de manera oportuna a la Asamblea de Asociados que el castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno Benitez superaba el 1% del patrimonio neto y por no advertir al Directorio de la entidad sobre el irregular castigo realizado a la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benitez, hecho que no se ajustó a la labor que desempeña el Auditor interno de la entidad, acción que derivó en infracción a la ley.

Consiguientemente, la Resolución ASFI N° 286/2011 de 16 de marzo de 2011, contiene una relación entre la falta cometida por el señor Julio Pinto Lascano y la sanción impuesta, por cuanto es deber de todo auditor cumplir con las disposiciones legales que rigen a la entidad.

- *En relación al Principio de Tipicidad, los incumplimientos establecidos en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8418/2011 de 24 de enero de 2011, son infracciones que de ninguna manera inciden o contrarían el deber que tiene el señor Julio Pinto Lascano de dar observancia a las disposiciones normativas señaladas, por lo que en el presente caso, no cumplió su deber al no advertir al Directorio sobre el irregular castigo realizado a la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benitez.*

Que, consiguientemente los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtuaron la infracción cometida por el señor Julio Pinto Lascano, por cuanto era su deber como auditor interno dar cumplimiento a las disposiciones internas y externas que rigen a la entidad.

Que, según Informe Legal ASFI/DAJ/R-49334/2011 de 12 de mayo de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuó las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 286/2011 de 16 de marzo de 2011, al no advertir el señor Julio Pinto Lascano al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benitez no cumplía con los requisitos formales.

(…)CONSIDERANDO:

Que, el artículo 100 de la citada Ley señala que "Los auditores internos y externos, calificadores de riesgo, peritos tasadores y evaluadores de entidades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, que en el cumplimiento de sus funciones, para las cuales han sido contratados, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas con relación a las entidades financieras al Banco Central de Bolivia y a las Superintendencias de Bancos y Entidades Financieras, de Pensiones, Valores y Seguros y de Recursos Jerárquicos serán sancionados por la Superintendencia respectiva, de acuerdo a la presente ley y sus normas reglamentarias, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por Ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar".

Que, el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N" 1488 (Texto Ordenado) establece:

"La responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos. Es obligación de los síndicos, inspectores de vigilancia y fiscalizadores internos, advertir a los accionistas, socios y asociados, por escrito, sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, por parte de los directores y administradores de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, con comunicación a la Superintendencia. Los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales.

Quienes ejercen funciones de control y fiscalización interna, no sólo deben realizar funciones relacionadas con la fiscalización de los aspectos contables, sino también vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la presente Ley, sus normas reglamentarias y de las disposiciones".

Que, el artículo 3, Sección 6, Anexo I, Título V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece el procedimiento y los requisitos para el castigo de créditos, así como su registro contable, estableciendo entre los requisitos el Informe del abogado a cargo de la causa sobre la situación y estado del cobro judicial acompañando copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 3 de junio de 2011, Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presento Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°428/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, argumentado lo siguiente:

"I. ANTECEDENTES

Mediante Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-29186/2010 de 29 de marzo de 2010, la Autoridad de Supervisión de Sistema Financiero (ASFI) me imputó cargos por presunto incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por no informar o advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, ***no fue informado a la Asamblea de Asociados aún cuando el mismo superaba el 1% del patrimonio neto de la entidad, ni que se procedió con el mismo aún cuando existían garantías que hacían recuperable el crédito,*** *(negrillas son nuestras).*

Mi persona en ejercicio de mi amplio derecho a la defensa y en resguardo de mis derechos subjetivos e intereses legítimos mediante Informe de Descargos de fecha 22 de abril de 2010, estableció los siguientes argumentos:

- ***El castigo de la operación N° 1005317*** *que corresponde al crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno Benítez se realizó en fecha 29 de diciembre de 2004, en apego y fiel cumplimiento de las normas establecidas en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, (sic)*

- *Me permito señalar que a partir del mes de noviembre del año 2006. vengo prestando servicios de manera comprometida y responsable como Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de Mutual La Paz, por lo tanto, el castigo de la operación crediticia otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez se realizó* ***dos años*** *antes de que mi persona ingrese a Mutual La Paz y asuma el cargo que actualmente desempeño.*

- *Mi persona ingresó a Mutual La Paz* ***el mes de noviembre del año 2006,*** *el castigo del crédito se realizó el* ***mes de diciembre de 2004,*** *tal como se puede evidenciar en el Formulario de Castigo que adjunto, por lo tanto, el castigo de la operación crediticia otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez se realizó* ***dos años*** *antes de que mi persona ingresara a prestar servicios a Mutual La Paz.*

- *De acuerdo a lo establecido en el* ***Título V. Capítulo I, Sección 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la S.B.E.F.,*** *Mutual La Paz ha realizado el castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1 % del patrimonio neto de la Mutual con previa autorización del Directorio, y de todo crédito en mora por más de 90 días al que no se haya iniciado la acción judicial durante el periodo anual.*

- *La normativa establece que los prestatarios cuyos saldos adeudados se encuentran en mora y previsionados en su totalidad* ***por más de un año, necesariamente*** *deberán ser castigados contra las previsiones constituidas y traspasadas a cuentas de orden. Cabe hacer notar que el castigo de las obligaciones de los prestatarios no extingue ni afecta los derechos de la Mutual de ejercer las acciones legales para la recuperación de las acreencias.*

- *Asimismo, la normativa antes descrita señala que al momento del castigo de cuentas cuyos saldos adeudados se encuentren en mora y previsionados en su totalidad por más de un año deben contar con el informe del abogado a cargo de la causa sobre la situación y estado del cobro judicial acompañando copias, testimonios edictos, providencias, resoluciones, sentencia y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes.*

- *En sesión de Directorio N° 103/2004 de fecha 22 de diciembre de 2004 y de acuerdo a lo establecido en el capítulo XII, numeral 3, inciso G, del manual de procedimientos de Mutual La Paz y de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, que indica: "El castigo cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1 % del patrimonio de la Mutual, deberá contar con la autorización previa del Directorio y ser puesto en conocimiento de la Asamblea Ordinaria de Asociados, como parte del*

informe de la gestión".

- *En la XXXIV Asamblea Ordinaria de Asociados de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la vivienda "La Paz" de fecha 02 de junio de 2005, el presidente del Directorio informó a la Asamblea de Asociados a cerca del castigo de créditos de manera general. No obstante en la XXXV Asamblea Ordinaria de Asociados, de fecha 25 de mayo de 2006, el Fiscalizador Lic. Javier Delgadillo, informó sobre el castigo del crédito de Mario Fermín Zenteno Benítez (Edificio El Ceibo) de la siguiente manera:*

  "En cumplimiento a disposiciones establecidas en el título V, Capítulo I, Sección 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la SBEF, se ha efectuado el castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1% del Patrimonio Neto de la Mutual, previa autorización del Directorio. Esa situación de acuerdo a norma citada en esta oportunidad es puesta en conocimiento de la Asamblea de Asociados.

  De un total de 6 créditos se menciona el crédito de Mario Fermín Zenteno Benítez:

N° Préstamo	***Importe en $us.***
1005317	*894.497.79*

  De acuerdo a lo establecido en el Título V, Capítulo I, Sección 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la S.B.E.F., se ha realizado el castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1 % del patrimonio neto de la Mutual con previa autorización del Directorio, además de haberse informado a la Asamblea de Asociados.

- *Posteriormente, mediante Resolución Administrativa ASFI N°341/2010 de 07 de mayo de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) resolvió: "Sancionar a Mutual La Paz con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro, "al haber expuesto en sus Estados Financieros por la gestión 2004 al 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez y sancionar al Auditor Interno Lie. Julio Pinto Lascano, con sanción de amonestación por el incumplimiento a los Artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez contaba con garantía que hacía posible la recuperación del crédito."*

- *Posteriormente, mediante Resolución Administrativa ASFI/N^{0} 607/2010 de 21 de julio de 2010, la ASFI determinó ANULAR el Proceso Sancionatorio iniciado contra la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz,* ***hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.***

- *Como se determinó* ***ANULAR*** *el proceso Sancionatorio contra la Mutual y contra mi persona hasta la emisión de un nuevo Informe de Inspección, es evidente que*

quedaría sin efecto la Nota de Cargos N° ASFI/DSR I/R-29186/2010 de 29 de marzo de 2010, que me fue notificada en fecha 05 de abril de 2010, por lo tanto, los cargos que se me imputaban y consecuentemente la ***SANCIÓN de AMONESTACIÓN*** *que me fue injustamente impuesta, sin embargo, la ASFI no se pronunció de manera expresa respecto a la sanción impuesta la misma que debió quedar sin efecto, aspecto que demuestra que he permanecido en un estado de indeterminación ocasionado por la sanción impuesta que se origina de un proceso sancionatorio que quedo ANULADO, y que por lo tanto la sanción de manera expresa debió quedar sin efecto, aspecto que no sucedió ya que mediante Notificación de Cargos ASFI/DSR I/ R -8418/2011 de 24 de enero de 2011, me notificaron nuevamente con cargos por indicios de incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras "por no informar o advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez no fue informado de manera oportuna a la Asamblea de Asociados aun cuando el monto de esta operación superaba el 1% del patrimonio neto de la entidad, ni que se procedió con dicho castigo, aun cuando existían garantías que hacían recuperable el crédito."*

- *En el plazo hábil y oportuno presenté mis descargos mediante Informe de fecha 28 de febrero de 2011, los mismos que fueron valorados en parte, en razón a que según Resolución Administrativa ASFI/N⁰ 286/2011 de 16 de marzo de 2011, se resolvió lo siguiente:*

PRIMERO.- *Desestimar parcialmente los cargos notificados al señor Julio Pinto Lascano por el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) en lo referido al informe extemporáneo a la Asamblea de Asociados sobre el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez.*

- *Sin embargo, la disposición segunda de la (R.A. ASFI/N°286/2011, de 16 de marzo de 2011),* ***UNA VEZ MAS*** *dispone se me* ***SANCIONE pero esta vez*** *con una multa personal equivalente al 50% de mi remuneración mensual por no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez* ***no cumplía con los requisitos formales para ese efecto****. (subrayado y negrillas son nuestros).*

- *Como manifesté anteriormente, el castigo de la operación que corresponde al crédito otorgado al señor Mario Fermín Benítez Zenteno, se realizó únicamente en apego a la normativa vigente, cuyo cumplimiento es estrictamente obligatorio, por lo tanto, el* ***Título V, Capítulo I, Sección 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la S.B.E.F.,*** *establece que el castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1 % del patrimonio neto se realizarán previa autorización del Directorio, y de todo crédito en mora por más de 90 días al que no se haya iniciado la acción judicial durante el periodo anual. Asimismo, los prestatarios cuyos saldos adeudados se encuentran en mora y previsionados en su totalidad* ***por más de un año, necesariamente*** *deberán ser castigados contra las previsiones constituidas y traspasadas a cuentas de orden aspecto que no extingue ni afecta los*

derechos de Mutual La Paz, de ejercer las acciones legales para la recuperación de las acreencias.

II.- CONCLUSIONES

Por lo expuesto, Mutual La Paz ha cumplido a cabalidad la normativa que rige el castigo de créditos y ha cumplido de manera estricta los requisitos para realizar un castigo, por lo tanto, el no obrar de la forma cómo lo hizo Mutual La Paz, sería actuar en contra de lo establecido en la normativa vigente, la misma que es de cumplimiento obligatorio e inexcusable.

De igual manera mi persona ha obrado con apego a la normativa vigente, en mi calidad de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de Mutual La Paz, tomando en cuenta que mi persona ingresó a Mutual La Paz ***el mes de noviembre del año 2006,*** *siendo que el castigo del crédito se realizó en* ***diciembre de 2004,*** *tal como se puede evidenciar en el Formulario de Castigo que adjunto, por lo tanto, el castigo de la operación crediticia otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez se realizó* ***dos años*** *antes de que mi persona ingresara a prestar servicios a Mutual La Paz.*

Complementariamente a lo señalado, es importante precisar que el ***Título V, Capítulo I, Sección 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la S.B.E.F.,*** *señala que al momento del castigo de cuentas cuyos saldos adeudados se encuentren en mora y previsionados en su totalidad por más de un año deben contar con el informe del abogado a cargo de la causa sobre la situación y estado del cobro judicial acompañando copias, testimonios edictos, providencias, resoluciones, sentencia y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes.*

Por lo tanto, corresponde DESVIRTUAR el argumento de la ASFI cuando manifiesta que a momento de realizarse el castigo de la operación del señor MARIO FERMÍN ZENTENO BENITEZ no se consideró que existía un mandamiento de embargo, aspecto totalmente errado en virtud a que el MANDAMIENTO DE EMBRAGO (sic)data de fecha 13 DE MAYO DE 2006 Y EL CASTIGO ES DE FECHA 09 DE DICIEMBRE DE 2004.

Por otra parte, la Autoridad de Supervisión de Sistema Financiero inició un proceso Administrativo en contra de mi persona emitiendo la Resolución ASFI/N^{0} 341/2010 que me sanciona con amonestación, la misma que no fue impugnada, posteriormente mediante Resolución ASFI/N^{0} 603/2010 se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección, sin embargo, en dicho acto administrativo la ASFI no se pronunció expresamente sobre la sanción impuesta lo que implica que fui sancionado dos veces por el mismo hecho.

En mi calidad de auditor interno he cumplido a cabalidad mi deber de dar cumplimiento a las disposiciones internas y externas que rigen la entidad, asimismo, no era necesario informar o advertir al Directorio respecto al castigo de la operación del señor Mario Fermín Zenteno Benítez en razón a que el castigo fue correctamente

realizado con apego estricto a la normativa establecida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

II. PETITORIO

Señora Directora Ejecutiva, al haberse conculcado mis derechos e intereses legítimos al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, y los artículos 43, 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, solicito a su autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa ASFI/N°428/2011 de 13 de mayo de 2011, que confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI/N°286/2011 de 16 de marzo de 2011."

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Antes de ingresar al fondo de los argumentos planteados por el Auditor Interno señor Julio Pinto Lascano, importa verificar si correspondía o no una imputación y consiguiente sanción, tomando en cuenta si él imputado se encontraba o no trabajando a tiempo de la supuesta infracción.

1.1. De la imputación y sanción.-

El recurrente señala que este no podría ser responsable de no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al Sr. Mario Fermín Zenteno Benitez en razón a que este ingresó a trabajar como auditor en forma posterior a realizarse el castigo.

Que, importa precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sanciona al Auditor Interno señor Julio Pinto Lascano, con una multa personal equivalente al 50% de una vez su remuneración mensual, por el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por no informar o advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, no cumplía con los requisitos formales para ese efecto.

Sin embargo y de la documentación cursante en el expediente administrativo se tiene que el Sr. Julio Pinto Lascano, ingresó a la Mutual como Jefe de la Unidad Interna en fecha 24 de octubre de 2006, tal como se puede evidenciar del Memorándum RRHH/PRE/0911/06.

Ahora bien de los antecedentes cursantes en el expediente administrativo, se tiene que el castigo del crédito se realizó en diciembre de 2004 hecho que puede constatarse del formulario del castigo para créditos incobrables de fecha 9 de diciembre de 2004.

Quedando claro entonces que en el presente caso el Señor Julio Pinto Lascano no pudo advertir de de manera oportuna a la Asamblea de Asociados ni al Directorio de la Mutual sobre que el castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno Benitez, en razón a que este recién ingreso a formar parte de la Mutual como Jefe de la Unidad de Auditoria en fecha 24 de octubre de 2006, es decir dos años después de haberse realizado el castigo por lo que el responsable de dar aviso tanto a la Asamblea como al Directorio era el anterior Jefe de Auditoria y no el Sr. Lascano.

Que, este mismo análisis fue considerado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al determinar en el artículo primero de la Resolución Administrativa ASFI No. 286/2011 de 16 de marzo de 2011, la desestimación parcial del cargo imputado, en relación al informe extemporáneo del castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermin Zenteno por lo que mal podría haber advertido, ello fundamentalmente debido a que el Sr. Pinto no se encontraba trabajando cuando se procedió con el castigo.

Que, sin embargo y respecto al cargo que mereció sanción se tiene que el hoy recurrente ha emitido dos informes – a requerimiento de la ASFI – AI/E/32/2009 de 28 de agosto de 2009 y AI -054/2009 de 27 de octubre de 2009, donde pese a la exigencia de pronunciamiento de la Autoridad de Supervisión, no informe ni advierte la existencia de incumplimiento de la normativa, al haberse procedido con el castigo del crédito otorgado al Sr. Zenteno, cual se podrá evidenciar del análisis que se realiza en la presente Resolución Ministerial Jerárquica en numerales posteriores, sobre dicho aspecto.

Por lo que, queda claro que ha existido incumplimiento de los artículo 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por parte del auditor Interno, quien ha emitido dos Informes, donde de manera clara e inequívoca no determina la existencia de incumplimiento a la normativa.

1.1. En cuanto a que el castigo de la operación del Sr. Mario Fermín Zenteno Benitez fue correctamente realizado.-

De la compulsa al expediente administrativo tenemos que:

El préstamo al Sr. Mario Fermín Zenteno Benítez, cuenta con las siguientes características:

N° de préstamo	1005317
Fecha de otorgación	21/01/1997

Estado contable	Castigado
Fecha de castigo	22/12/2004
Fecha de reversión del castigo	18/01/2010
Saldo a capital	US$.894.498
Liquidación provisional al 31/10/2009	US$.1.978.210
Juzgado	7° Partido Civil

En fecha 23 de septiembre de 2002, después de 397 días de incumplimiento (desde el 22 de agosto de 2001) se inició la demanda judicial en la vía ejecutiva, aspecto que – sin perjuicio de los cargos imputados y de manera referencial – habría incumplido lo establecido en la Circular SB/291/99 del 21 de junio de 1999, con relación al Título V, Anexo I, Sección 5, que determina: "*Las acciones judiciales deben ser iniciadas a más tardar a los 91 días de la fecha que entró en mora un prestatario a menos que cuente con autorización para su postergación...*". Asimismo, no se tiene evidencia de una orden superior de suspensión de acciones judiciales.

En fecha 22 de diciembre de 2004, mediante comunicación interna de la Gerencia General de la Mutual La Paz (MLP/GG/0291/2004) se presentó la documentación para la aprobación del castigo del crédito a consideración del Directorio, y mediante Acta N°103/2004 se autorizó que se proceda con el registro contable. En la misma Acta, se autorizó al Gerente General, que este hecho sea puesto en conocimiento de la máxima autoridad de la Mutual (Asamblea de Asociados) a través de un informe, y hacer conocer a cada uno de los miembros del Directorio la documentación, debido a que la presentada fue insuficiente.

Con el informe de la Gerencia General MLP/GG/010/2004 de fecha 23 de diciembre de 2004, se recomienda al Directorio aprobar el castigo y poner en conocimiento de la Asamblea de Asociados por tratarse de un crédito superior al 1% del patrimonio de la Mutual. Asimismo, recomendó continuar con las acciones legales hasta la adjudicación y desapoderamiento del inmueble, sin considerar lo informado en el formulario NC/CRE/CAST/45/04 de fecha 9 diciembre de 2004, firmado por el abogado de la causa y Jefe del Departamento Legal, en el que indica de manera textual: "*Por la existencia de garantía hipotecaria el crédito es recuperable*".

Por lo anterior, es evidente que no se agotaron las instancias judiciales de recuperación, de acuerdo a lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 3, numeral 1 (**norma a esa fecha**), que determina: "….*no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito*".

Por otra parte, de acuerdo al Acta de la Asamblea de Asociados N°34 de 18 de mayo de 2005, el Directorio se limita a informar textual: "*Se efectúo el castigo contable de una significativa proporción de la cartera en mora por más de 360 días*", sin especificar que se procedió al castigo de créditos con saldos iguales o mayores al equivalente al 1% del patrimonio neto de la Mutual (el crédito representaba el 11.17% del patrimonio), incumpliendo lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 2 (**norma a esa fecha**). Este hecho

tampoco fue revelado por el fiscalizador interno en la Asamblea de Asociados, para que la junta adopte decisiones de castigo, incumpliendo su obligación establecida en el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que establece: "….*advertir a los accionistas, socios y asociados, por escrito, sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, por parte de los directores y administradores de la entidad*….".

Por lo que, se evidencia que en el proceso de castigo de la operación crediticia se presentaron irregularidades, debido a que se estableció la existencia de un bien recuperable, incumpliendo de esta manera con lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 3, numeral 1 (antes citado).

Asimismo, importa hacer hincapié que toda la normativa antes señalada y en concordancia con el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en el Título 3, Código 865.00, Grupo "Cuentas de Registro""**Cuentas Incobrables Castigadas**", los créditos castigados, se dan cuando se hayan clausurado las acciones tendentes a recuperar los créditos y haberse declarado y autorizado su castigo por su irrecuperabilidad, al no existir un bien en garantía que pueda lograr la recuperabilidad del crédito.

Por lo que se colige que la Mutual habría infringido, lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículos 1 y 3, (**norma a esa fecha**), que dice: **"Artículo 1 – Efecto del castigo de créditos.-** El castigo de las obligaciones de los prestatarios no extingue ni afecta los derechos de las EIFs de ejercer las acciones legales para la recuperación de las acreencias. **Artículo 3 – Procedimiento para el castigo de créditos.-** Los prestatarios cuyos saldos adeudados se encuentren en mora y previsionados en su totalidad por más de un año, necesariamente deberán ser castigados contra las previsiones constituidas y traspasados a cuentas de orden; no obstante, de acuerdo al criterio de las EIFs los prestatarios en mora y previsionados en su totalidad podrán ser castigados antes del año. En ambos deberán contar con la documentación siguiente:

1. *Informe del abogado a cargo de la causa sobre la situación y estado del cobro judicial acompañando copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito.*

2. *Informe del área respectiva sobre la situación del deudor, conteniendo saldos de capital e intereses adeudados, previsión específica constituida, garantías y opinión sobre el grado de recuperabilidad.*

3. *Declaración jurada del síndico u órgano equivalente referente a que los créditos a castigar no son vinculados a la propiedad, dirección, gestión o control de la EIF.*

4. *Acta de sesión del Directorio donde conste haber tomado conocimiento del castigo del crédito y haberlo autorizado.*

Los informes y documentos mencionados deberán archivarse en las respectivas carpetas de crédito".

Esto debido a que el castigo no estaba adecuado a la normativa y la ausencia de claridad en la información que se puso en conocimiento de la Asamblea de Asociados.

Es más, se procedió a la reversión del castigo, de acuerdo con la nota GGE/3/2010 NUT 25515 del 26 de enero de 2010, la Mutual puso en conocimiento de la ASFI que el Directorio en sesión 02/2010 de fecha 14 de enero de 2010, hecho que se efectuó el 18 de enero de 2010.

De lo expuesto queda claro que no cuenta con respaldo lo expresado por el recurrente en razón a que como ya se dijo, se hace el registro de los créditos castigados cuando no existen acciones tendentes a recuperar los créditos, y cuando no existe un bien en garantía que hace recuperable el crédito.

2. En cuanto a la doble sanción.-

El recurrente señala que habría sido doblemente castigado primero a través de Resolución Administrativa ASFI N°341/2010 de fecha 7 de mayo de 2010, con una amonestación, que si bien esta fue anulada a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 603/2010 esta última no se pronuncia sobre la amonestación recibida en la Resolución Administrativa ASFI N° 341/2010.

A efectos de ingresar a compulsar los argumentos presentados por el Sr Julio Pinto Lascano previamente nos remitiremos a algunos antecedentes que dieron lugar al presente proceso.

Que en fecha 7 de mayo de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 341/2010 mediante la que resuelve:

> ***"PRIMERO.-*** *Sancionar a la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 1.5% del capital mínimo previsto por ley para entidades mutuales, por incumplimiento al Artículo 94° parágrafo primero de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al haber expuesto en sus Estados Financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez.*
>
> *La multa impuesta deberá depositarse en bolivianos al tipo de cambio oficial establecido por el Banco Central de Bolivia al día de la cancelación de la multa, en el plazo de 10 días posteriores a la notificación con la presente Resolución, en la cuenta N°4010695761 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -Multas, del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Sancionar* ***al Auditor interno, Lic. Julio Pinto Lascano, con sanción de amonestación por el incumplimiento a los Artículos 98° y 100° de la Ley de Bancos y***

Entidades Financieras, por no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, contaba con garantía que hacía posible la recuperación del crédito.

TERCERO.- *En cumplimiento del Artículo 110° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Mutual La Paz y de la Asamblea de Asociados de la Mutua! La Paz, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copias de las correspondientes Actas."*

En fecha 21 de julio de 2010 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la **Resolución Administrativa ASFI N° 603/2010** misma que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 341/2010 de 7 de mayo de 2010 determinando la anulación **del proceso administrativo** hasta la emisión de un nuevo informe de Inspección, en el cual se consideren lineamientos señalados en dicha Resolución.

Que al haber anulado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el proceso hasta la emisión de un nuevo informe de Inspección, hace que el proceso sancionador no exista ya que una de las consecuencias y efectos de la nulidad es que se retrotrae la tramitación del proceso hasta el vicio más antiguo, no existiendo por lo tanto la sanción alegada por el recurrente.

Para mayor abundamiento nos referiremos a lo establecido en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas.

"Nulidad Carencia de valor, Falta de eficacia, incapacidad, Ineptitud, persona inútil, Inexistencia Ilegalidad Absoluta de un acto 1.-Apreciación técnica. Dentro de la técnica jurídica, ***nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido*** *como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto (…)"*

Quedando claro entonces que los actos administrativos anulados, sus efectos se retrotraen al momento de vigencia del acto invalidado, es decir hasta antes de la emisión del informe de inspección

Concluyendo que no existen dos procesos por los cuales se habría sancionado al recurrente, sino uno sólo que corresponde al proceso de autos ya que el primero a la fecha no tiene validez ya que el mismo fue declarado nulo quedando claro entonces la no existencia de una vulneración al principio de Non bis in idem**.**

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta

valoración y aplicación de la norma y prueba, por lo que, en el presente caso se debe CONFIRMAR totalmente la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR TOTALMENTE la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N°428/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°286/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 422/2011 DE 12 DE MAYO DE 2011
ASFI Nº 423/2011 DE 12 DE MAYO DE 2011
ASFI Nº 425/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011
ASFI Nº 427/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 051/2011 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 051/2011

La Paz, 11 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **Karina Rojas Canido en su condición de Directora de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 422/2011 de fecha 12 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **Remberto Frías Mercado en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 423/2011 de fecha 12 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 288/2011 de 16 de marzo de 2011.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **Javier Navarro Agreda en su condición de Presidente del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 425/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **Mario Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz**", contra la Resolución Administrativa ASFI N° 427/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011, todas ellas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 026 de 31 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 109 de 9 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a

asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 1 de junio de 2011, la Sra. Karina Rojas Canido en su condición de Directora de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 422/2011 de fecha 12 de mayo de 2011.

Que, por memorial presentado el 3 de junio de 2011, el Sr. Remberto Frias Mercado Gutiérrez en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 423/2011 de fecha 12 de mayo de 2011.

Que, por memorial presentado el 3 de junio de 2011, por el Sr. Javier Navarro Agreda en su condición de Presidente del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 425/2011 de fecha 13 de mayo de 2011.

Que, por memorial presentado el 3 de junio de 2011, por el Sr. Mario Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 427/2011 de fecha 13 de mayo de 2011.

Que, mediante Autos de Admisión, de fechas 8, 13 y 20 de junio de 2011, se admitieron los Recursos Jerárquicos presentados por los Directores de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz".

Que mediante Auto de 07 de julio de 2011, notificado a las partes en fecha 13 y 14 de julio respectivamente (una vez admitidos los citados Recursos Jerárquicos), se dispuso la acumulación de estos, en estricta sujeción a lo establecido en el Parágrafo I del Artículo 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo ya que los mismos cuentan con idéntico interés y objeto.

Que, los cargos imputados, descargos presentados, Resoluciones Administrativas emitidas y recursos de impugnación presentados, conllevan un mismo fondo interés y objeto, conteniendo estos un texto y un contexto prácticamente igual por lo que no corresponde

realizar una colación y glosa de todos los actos administrativos señalados, siendo suficiente traer a contexto las actuaciones más sobresalientes para un mejor entendimiento.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS Y DESCARGOS.-

Mediante notas ASFI/DSR I/R- 8532/2011, ASFI/DSR I/R- 8517/2011, ASFI/DSR I/R- 8511/2011 y ASFI/DSR I/R- 8500/2011, todas de fecha 24 de enero de 2011 recepcionadas por los recurrentes en fechas 16 y17 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero imputó con los mismos cargos a los recurrentes por las supuestas infracciones que se detallan a continuación:

> *"1) Al artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley, al haber indicios de incumplimiento a lo establecido por el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el castigo de la operación crediticia N° 1001909 otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social, en fecha 14 de octubre de 1997, no obstante que esta operación contaba con la garantía de un bien inmueble.*
>
> *2) Al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la Mutual de Ahorro y Préstamo 'La Paz' presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007, hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro del castigo de la operación crediticia concedida al señor Mario Daza Castellón, concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, infracción que se considera de efecto continuado."*

Los descargos presentados por los recurrentes conllevan un mismo contexto habiendo sido presentados estos de acuerdo a lo siguiente:

a) Prescripción

- Invocaron la prescripción de la acción administrativa en virtud del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiendo tomarse en cuenta dos aspectos: 1) los cargos señalados en la notificaciones de cargos realizadas y 2) el tiempo transcurrido desde la supuesta infracción cometida hasta la emisión de los Informes correspondientes

- De igual manera todos ellos hacen mención a precedentes administrativos expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, que señala que la prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos o para la extinción de obligaciones, la misma que no opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo, desprendiéndose su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella.

- Asimismo, hacen referencia a la Resolución SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre de 2006, que en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo, establecido en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que los procesos administrativos sancionatorios podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada.

- Señalan también que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cumplimiento de sus funciones y atribuciones realizó procesos de inspección a la Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, sin haber advertido presuntas infracciones o iniciar procesos sancionatorios que hayan permitido la interrupción del término de prescripción pese a que los detalles técnicos, legales y contables fueron de conocimiento de la SBEF.

b) Cargo N° 1

Con referencia a este cargo los recurrentes con la misma argumentación manifiestan que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no considera ni diferencia la prelación y el ámbito de aplicación entre normas contables para el registro de operaciones (Manual de Cuentas) y las normas para el castigo de operaciones (Recopilación de Normas), siendo importante el precisar el alcance de cada una de ellas y diferenciarlas.

De este modo señala que respecto al castigo realizado a la operación crediticia del proyecto habitacional "Verónica", esta fue realizada porque se encontraba en una situación de insolvencia con más de 2.600 días de mora y que se constituyó en una previsión específica de incobrabilidad del 100% que en cumplimiento al título V, Anexo 1, Sección 6, artículo 3, obligatoriamente debía castigarse, además de que existía el informe del abogado Dr. Raúl Nemtala Caballero sobre la situación y estado del cobro judicial, que la operación contaba con copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidenciaba que el embargo del inmueble era insuficiente para la recuperación del crédito, se contaba también con la declaración jurada del Fiscalizador Interno de la Mutual Javier Delgadillo Varea quien después de revisar los informes declaró que el castigo no estaba vinculado a la propiedad, dirección, gestión o control de Mutual La Paz.

Manifiestan también que el Directorio al momento de la aprobación del crédito tomó conocimiento del informe legal en el que se establecían debilidades legales por las cuales existían contingencias negativas que limitaban o perjudicaban la recuperabilidad de la garantía por la vía judicial y por tanto el proceso y aprobación del crédito otorgado al Proyecto Verónica se encontraba adecuado a la normativa de la Recopilación de Normas.

Por otro lado, con relación al registro contable de la operación castigada, exponen que este habría sido realizado en la cuenta 855.00 "Cuentas Incobrables Castigadas y Condonadas", tomando en cuenta los siguientes elementos:

- El Título 1, literal A, numeral 3 del Manual de Cuentas, señalando que la Mutual procedió al castigo en aplicación a las normas legales y reglamentarias en vigencia, en el momento del castigo, específicamente de la Recopilación de Normas y Reglamento de Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos
- Manifiestan que el Manual de Cuentas no reviste carácter legal de por sí, sino que en aplicación al Título 1, literal B, numeral 3 del citado Manual, se constituye en una guía contable para el registro uniforme de las operaciones y transacciones que efectúan las entidades de intermediación financiera bajo subordinación de leyes y reglamentos

- Finalmente, manifiestan que la cuenta 865.00, "Cuentas Incobrables Castigadas y Condonadas", no es una cuenta para imputación y registro contable; es una cuenta a título genérico, que para la imputación y registro contable presenta seis sub cuentas cada una con su descripción contable especifica lo cual reviste *una* importante significancia considerando que la cuenta 865.00 hace referencia a cuentas incobrables como condonadas, habiendo la Mutual, una vez aprobado el castigo, registrado la operación en la sub cuenta de orden 865.01 Créditos Castigados por Insolvencia.

c) Cargo N° 2

En este cargo los recurrentes manifiestan que la Mutual La Paz – y ellos como Directores – cumplieron con la presentación de sus Estados Financieros anuales, con los correspondientes dictámenes de auditoría externa, sin existir error de registro porque se expuso el valor total del saldo impago por la Proyecto Habitacional Verónica conforme a las disposiciones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

2. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS.-

Evaluados los descargos presentados por los miembros y ex miembros del Directorio de la Mutual La Paz; la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resoluciones Administrativas ASFI N° 271/2011, ASFI N° 283/2011, ASFI N° 287/2011 y ASFI 288/2011 de 15 y 16 de marzo de 2011 respectivamente, resolvió lo siguiente:

PRIMERO Declarar la prescripción de la infracción contenida en el incisos 1) de las Notas de Cargos ASFI/DSR I/R-8517/2011, ASFI/DSR I/R-8532/2011, ASFI/DSR I/R-8511/2011 y ASFI/DSR I/R-8500/2011, todas de 24 de enero de 2011, referidos a la inobservancia del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

SEGUNDO Declarar la prescripción parcial del inciso 2) de la citadas Notas de Cargos, en lo referente a la gestión 2007, manteniéndose firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1.

TERCERO Se sancionó con una multa pecuniaria a Karina Rojas Canido, Remberto Frías Mercado, Javier Navarro Agreda, y Saúl Andrade Gutiérrez, equivalente en bolivianos a ocho veces sus dietas aprobadas y percibidas como Directores por el incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) de 14 de abril de 1993 y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en los Estados Financieros de la Mutual por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a este Órgano de Supervisión.

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memoriales presentados en fechas 12 y 13 de abril de 2011, Karina Rojas Canido, Remberto Frías Mercado, Javier Navarro Agreda, y Saúl Andrade Gutiérrez presentan Recurso de Revocatoria contra las Resoluciones Administrativas ASFI N° 271/2011, ASFI N° 283/2011, ASFI N° 287/2011 y ASFI 288/2011 de 15 y 16 de marzo de 2011 respectivamente, con los mismos fundamentos presentados en su Recurso Jerárquico

4. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REVOCATORIA PRESENTADOS.-

4.1. Resoluciones Administrativas ASFI N°422/2011, ASFI N° 425/2011 y ASFI N° 427/2011 de fechas 12 y 13 de mayo respectivamente correspondientes a Karina Rojas Canido Javier Navarro Agreda y Mario Saúl Andrade Gutiérrez.-

"CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por la señora Karina Rojas Cánido, (El mismo argumento para Javier Navarro Agreda y Mario Saúl Andrade Gutiérrez) *se ha establecido lo siguiente:*

Con relación a la Constitución Política del Estado

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició un proceso administrativo en contra de la Mutual La Paz, emitiéndose la Resolución ASFI N° 342/2010, posteriormente en recurso de revocatoria a través de la Resolución ASFI N° 606/2010, se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.*

- *Bajo este entendido, se emitió un nuevo informe de inspección ASFI/DSR I/R-97650/2010 de 24 de septiembre de 2010 y se procedió a notificar cargos a la entidad mediante carta (ASFI/DSR I/R-8492/2011 de 24 de enero de 2011 - ASFI/DSR I/R-8511/2011 de 24 de enero de 2011- ASFI/DSR I/R-8532/2011 de 24 de enero de 2011).*

- *Una vez evaluados los descargos de la Mutual La Paz, dentro del plazo previsto por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución (ASFI N° 280/2011 - ASFI N° 342/2011), disponiendo sancionar a la entidad con multa de 1,000 Derechos Especiales de Giro.*

- *La entidad, habiendo sido notificada con la Resolución ASFI N° 342/2010, efectuó la cancelación de la multa según consta en el memorial presentado en fecha 28 de mayo de 2010 y papeleta de depósito N° 155625, sin embargo, una vez que la Mutual La Paz conoció dicha anulación del proceso, no procedió a solicitar la devolución de la sanción impuesta.*

- *Asimismo la entidad, una vez que se notificó con la Resolución (ASFI N° 280/2011 - ASFI N° 342/2011), efectuó la cancelación de la multa, sin considerar que en la parte considerativa página 16 de dicha Resolución establecía que 'La aplicación de la multa impuesta correspondiente al 1% del capital mínimo, debe considerarse para fines solamente expositivos, ya que Mutual La Paz con la finalidad de interponer Recurso de Revocatoria a la citada Resolución ASFI N° 342/2010, procedió al pago total de la multa equivalente al 1% del capital mínimo, correspondiendo la devolución del saldo restante a la citada Mutual, al representar la multa impuesta menor a la depositada por la referida entidad', en este entendido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impuesto doble sanción, por lo que no existe violación al principio non bis in ídem, el cual doctrinalmente implica la 'prohibición de imponer una doble sanción, cuando exista identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad'. (SC506/2005 de 10 de mayo).*

- *Sin embargo de lo anterior, mediante Resolución ASFI N° 394/2011 de 6 de mayo de 2011, a través del resuelve segundo, se dispuso que por la Jefatura de Finanzas se proceda con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI N° 342/2010 de 7 de mayo de 2010, anulada a través de la Resolución ASFI N° 606/2010 de 21 de julio de 2010.*

Respecto a la ilegalidad del objeto de la resolución por contradicción de su parte resolutiva

- *En relación a que la Resolución (ASFI/N° 272/2011 de 15 de marzo de 2011 - ASFI/N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI/N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011), como acto administrativo tendría un objeto contradictorio, cabe señalar que doctrinalmente se entiende por objeto del acto administrativo 'Aquello que el acto decide, certifica u opina' (Gordillo - Tratado de Derecho Administrativo, VIII I-6), concordante con lo señalado el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2340 de 23 de abril de 2002, señala que se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley; asimismo, el artículo 28 de la citada Ley, establece que los elementos esenciales del acto administrativo, siendo uno de ellos el objeto el cual debe ser cierto, licito y materialmente posible.*

- *Siguiendo el lineamiento citado precedentemente, la Resolución (ASFI/N° 272/2011 de 15 de marzo de 2011 - ASFI/N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI/N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011), tiene un objeto claro, cierto, lícito y materialmente posible, disposiciones establecidas en los Resuelves Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, cuyas decisiones reflejan las fundamentaciones fácticas y legales a través de las cuales se sostiene la legitimidad y oportunidad de la declaración de prescripción y la sanción de multa impuesta al señor (sic) Karina Rojas Cánido.* (El mismo argumento para Javier Navarro Agreda y Mario Saúl Andrade Gutiérrez)

- *Por otra parte, el cargo N° 2 de la carta de* Notificación de Cargos (ASFI/DSR I/R-8511/2011, ASFI/DSR I/R-8517/2011 y ASFI/DSR I/R-8532/2011 todas de 24 de enero de 2011), no se encuentra *vinculado ni condicionado al cargo N° 1, por cuanto, el citado cargo N° 2 se refiere al incumplimiento del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y artículo 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Daza Castellón. Sin embargo, el cargo N° 1, se refiere al incumplimiento del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del*

artículo 28 de dicha Ley y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dicha infracción corresponde por el castigo de la operación crediticia N° 1001909 otorgada al señor Mario Daza Castellón, infracción que ha sido declarada prescrita, siendo que el cargo N° 2 es una infracción a la Ley de Bancos, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y al Código de Comercio, no vinculada ni condicionada al cargo N° 1.

- *En relación a la* inseguridad jurídica al haber declarado la prescripción parcial del inciso 2) de la carta de Notificación de Cargos (ASFI/DSR I/R-8511/2011, ASFI/DSR I/R-8517/2011 y ASFI/DSR I/R-8532/2011 todas de 24 de enero de 2011), los estados financieros de la Mutual estuvieron expuestos en forma errónea por el castigo indebido*, mismo que tuvo efecto en la disminución del índice de pesadez de la cartera durante las gestiones (2008 a 2009), lo cual reflejó en promedio una mora menor a la pesadez real, consecuentemente la Mutual expuso en sus balances una mejor posición financiera, ocasionando que el reporte de cartera y previsiones remitido a este Organismo de Supervisión y presentado a los asociados y público en general no sea veraz.*

- *En virtud a lo antedicho, se tiene que la exposición errónea de los estados financieros de Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009, se consideran como una infracción continua, por cuanto el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida que la entidad exponía sus estados financieros con información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general.*

- *Como consecuencia de lo anterior, la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto son infracciones continuas ya que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo como producto del mal castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón al exponer la entidad en sus estados financieros información inexacta e imprecisa, así lo ratifica la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, al decir que: 'Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, determina que la interrupción no es un efecto único, instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (infracción continuado)'.*

- *En absoluta concordancia respecto a la facultad que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de proteger, supervisar la información respecto a los destinatarios en general, la Resolución Jerárquica SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, ha establecido '(…) Donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplía y clara, puesto que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus*

clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario'.

Con relación a las contradicciones en la fundamentación de la resolución

- *Respecto a la valoración emitida, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cómo Organismo Regulador del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, en el ejercicio de la mencionada competencia tiene la facultad para emitir apreciaciones de valor sobre los hechos acaecidos, en el presente caso, la Resolución (ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, ASFI N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011), en las páginas 11 y 12 señalan que existió una conducta contraria claramente determinada por la Ley de Bancos y Entidades Financieras Ley N° 1488 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin embargo no se puede sancionar ya que las infracciones han sido declaras prescritas.*

Con relación a las deficiencias en la tipificación del cargo imputado

- *En relación al Principio de Tipicidad, los incumplimientos establecidos en la carta de (Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8517/2011,(Notificaciones de Cargos ASFI/DSR I/R-8511/2011 y ASFI/DSR I/R-8532/2011 todas de de 24 de enero de 2011) son infracciones que de ninguna manera inciden o contrarían el deber que tiene la entidad de dar observancia a las disposiciones normativas señaladas en dicha carta, por lo que en el presente caso la entidad no dio cumplimiento al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el articulo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber expuesto la entidad en sus estados financieros, en las gestiones 2008 y 2009, información errónea, conducta que fue adecuadamente calificada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

- *En relación a que la entidad habría presentado sus estados financieros con el respectivo dictamen de los auditores externos, cabe señalar que la auditoría externa tiene como objetivo emitir una opinión sobre la razonabilidad de los Estados Financieros, alcance que no contempla la revisión particular y/o individualizada de las operaciones de castigo, por cuanto el haber presentado Mutual La Paz a esta Autoridad de Supervisión estados financieros con dictámenes de auditoría externa sin observaciones, ello no libera ni desvirtúa la infracción cometida por dicha entidad.*

- *En el artículo 76 del Estatuto de la entidad se encuentra la obligación de cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales que rigen a Mutual La Paz, entre las cuales se encuentra el artículo 36 del Código de Comercio, el cual manda a la entidad a demostrar la situación de sus negocios de manera clara y todos los actos y operaciones sujetos a contabilización, en el presente caso, este mandato legal fue inobservado, puesto que la infracción del cargo N° 2 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8517/2011 (Notificaciones de Cargos (ASFI/DSR I/R-8511/2011 y ASFI/DSR I/R-8532/2011 todas de 24 de enero de 2011), se refiere a la infracción del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capitulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber Mutual La Paz presentado en sus estados financieros en las gestiones 2008 y 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

- *Debe considerarse que, de acuerdo al artículo 21 del Estatuto de Mutual La Paz, se establece que 'La Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberá llevarse a cabo hasta cincuenta días después del cierre del ejercicio anterior para tratar únicamente el siguiente orden del día: a) informe del Directorio sobre la Memorial Anual, el balance General y Estado de Resultados', por lo que la Asamblea de Socios considera los estados financieros de la entidad, previo informe aprobado por el Directorio sobre los citados Estados.*

Con relación a la violación a los principios regulatorios y a los derechos

- *Con relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría violado el principio de congruencia, desnaturalizando la carta de Notificación de Cargos, se tiene qué al respecto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/04/2004 de 12 de febrero de 2004, expresó: 'El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final', en el presente caso la Resolución ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, se encuentra revestida de congruencia específica (petición-prueba-resolución).*

- *Por otra parte, en el presente proceso sancionatorio se advierte que la referida carta de Notificación de Cargos cumple con los requisitos establecidos en el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto se encuentra elaborada de manera escrita, establece las infracciones establecidas y las normas vulneradas; asimismo, se notificó a la señora Karina Rojas Cánido con los cargos impugnados, otorgándole el plazo de ley para que efectué el descargo o explicación correspondiente.*

- *Por lo referido, es imprescindible hacer referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 19/2004 de 08 de noviembre de 2004 que establece "La notificación de cargos es el acto procedimental por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las infracciones presuntamente cometidas por esta, para que presente los descargos, alegaciones y/o justificaciones en los plazos establecidos por ley, a fin de ejercer el irrestricto derecho a la defensa. En consecuencia, la notificación de cargos debe necesariamente contener todas las infracciones atribuidas a la persona o entidad por parte del órgano regulador, puesto que la Resolución Administrativa definitiva que dicte la autoridad administrativa deberá resolver sobre estas infracciones'.*

- *Respecto a la violación del procedimiento punitivo por no establecer el grado de responsabilidad de cada uno de los Directores, cabe señalar que en apego estricto de las disposiciones de los artículos 321 y 322 del Código de Comercio, establece que los Directores serán solidariamente e ilimitadamente responsables frente a la sociedad, accionistas y terceros por las decisiones asumidas en cumplimiento o violación de las leyes, estatutos, reglamentos o resoluciones de las juntas, por tanto, en virtud a la continuidad de la infracción atribuida, los Directores de la Mutual La Paz tienen responsabilidad respecto a la infracción contenida en el segundo cargo notificado, por lo que la Resolución (ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, ASFI N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011), no vulnera el procedimiento punitivo.*

- *En relación a la violación del derecho, a la defensa por no haber concedido audiencia pública para exposición de alegatos y abrir término dé prueba, cabe señalar que las partes, mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 18 de marzo de 2011, solicitó la apertura de término de prueba y señalamiento de día y hora de audiencia pública para exposición de alegatos, cuando la Resolución (ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, ASFI N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011) ya había sido emitida, por lo que el rechazo se debió a que la petición se la realizó en forma extemporánea.*

Con relación a la negativa a petición de nulidad de obrados

- *El artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo detalla los actos administrativos sancionados con nulidad de pleno derecho, sin que ninguno de ellos se adecúe a los fundamentos expuestos por el recurrente en su memorial de impugnación, por tanto la nulidad impetrada carece de sustento para su procedencia. Sin embargo, tal como se expuso anteriormente, mediante Resolución ASFI N° 394/2011 de 6 de mayo de 2011, se dispuso que por la Jefatura de Finanzas se proceda con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI N° 342/2010.*

Con relación a las Dietas Percibidas

- *Cada ordenamiento jurídico constituye la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2340 de Procedimiento Administrativo.*

- *El inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, reconoce el Principio de proporcionalidad, por el cual se determina que la Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en dicha Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.*

- *La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 15 de septiembre de 2005, sobre el Principio de Proporcionalidad señala lo siguiente:*

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

  Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador qué le ha sido conferido.

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

- *Consiguientemente, es necesario definir sobre la dieta aplicable a los efectos del pago de la multa correspondiente a ocho veces la dieta aprobada y percibida por la señora (Karina Rojas Cánido,* Javier Navarro Agreda y Mario Saúl Andrade Gutiérrez*), impuesta en el resuelve tercero de la Resolución (ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, ASFI N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011) en el marco del Principio de Proporcionalidad, considerando que la sanción debe ser aplicada tomando en cuenta las circunstancias y el momento de la infracción cometida, que en el presente caso corresponde a la gestión 2008…"*

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento del artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), ni lo previsto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1.

Que, según Informe Legal (ASFI/DAJ/R-49356/2011, ASFI/DAJ/R-49395/2011 y ASFI/DAJ/R-49376/2011) de 12 de mayo de 2011 se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución (ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, ASFI N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011), al exponer de forma consecutiva los estados financieros con deficiencias de exposición manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2008 y 2009 y por otra parte, en aplicación del Principio de Proporcionalidad, debe establecerse que la multa impuesta al señor (sic) Karina Rojas Cánido (Javier Navarro Agreda y Mario Saúl Andrade Gutiérrez) mediante el resuelve tercero de la citada resolución, será calculada en base a las dietas aprobadas y percibidas por el infractor en la gestión 2008, gestión en la que se produjo la infracción sancionada, debiendo procederse a la devolución del excedente efectivamente pagado, previo cumplimiento de las formalidades.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) tiene atribución a imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el artículo 99 de la mencionada Ley faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para imponer sanciones cuando las Entidades Financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y Empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley.

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2340 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, 'Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras' dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva,

asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) dispone que las entidades financieras presentarán al Órgano de Supervisión, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Autoridad de Supervisión y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

Que, el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que la administración de las entidades financieras bancarlas, se sujetará a las disposiciones de la citada Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es responsabilidad de la entidad supervisada asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la que permanece en la entidad.

Que, el artículo 36 del Código de Comercio establece que todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilizados debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalde.

Que, el artículo 82 del Estatuto de la Mutual La Paz, señala que el Gerente General es la máxima autoridad ejecutiva, a quien se le confían las funciones administrativas y operativas de la Mutual La Paz, mediante poderes otorgados por el Directorio, asimismo, el inciso a) del artículo 87 establece que es atribución del Gerente General, ejecutar y hacer cumplir las disposiciones legales relativas a la entidad, resoluciones de las Asambleas de Asociados, del Directorio y reglamentaciones internas.

Que, el artículo 21 del referido Estatuto señala que la Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberá llevarse a cabo hasta ciento cincuenta (150) días después del cierre del ejercicio anterior para tratar Únicamente el siguiente orden del día: a) Informe del Directorio sobre: 1. La Memoria Anual, el Balance General y Estado de Resultados, 2. Informe del Fiscalizador Interno, 3. Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 de diciembre del año precedente; b)

Resolución sobre la apropiación de los resultados de la gestión precedente; c) Elección de Directores titulares y suplentes; d) Elección de Fiscalizador Interno titular y suplente; e) Elección del Comité Electoral…"

4.2. Resolución Administrativa ASFI N° 423/2011 de 12 de mayo de 2011 correspondiente a Remberto Frías Mercado.-

"CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentado por el señor Remberto Frías Mercado, se ha establecido lo siguiente:

1. *El señor Remberto Frías Mercado, al señalar que los estados financieros fueron presentados con los correspondientes dictámenes de auditoría externa sin errores ni observaciones no hace referencia a justificativos que desvirtúen el cargo notificado, toda vez que la auditoría externa tiene como objetivo emitir una opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros, alcance que no contempla la revisión particular o individualizada de las operaciones de castigo.*

   Adicionalmente, de acuerdo a las obligaciones que le correspondían al señor Remberto Frías Mercado, de acuerdo al artículo 76 del Estatuto de la Mutual, se encuentra la obligación de cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales que rigen a la Mutual La Paz, entre las cuales se encuentra el artículo 36 del Código de Comercio que manda a la entidad a demostrar la situación de sus negocios de manera clara y todos los actos y operaciones sujetos a contabilización, mandato legal, que en el presente caso, fue inobservado por el recurrente.

   Además de lo anterior, el Directorio de la Mutual, en sesión de Directorio N° 002/2010 de 14 de enero de 2010, determinó la reversión contable del castigo, con base en la comunicación interna de Gerencia Legal N° GL/I/1828/2009 NUT-28992 de 31 de diciembre de 2009, que señala: '(...) En sentido de no haberse agotado las instancias judiciales para la recuperación y con la finalidad de que estos castigos se reflejen en los estados financieros para la mejor exposición de éstos préstamos dentro de la cartera de la Mutual se recomienda proceder a la reversión de los castigos realizados..'. En este entendido, la entidad, según consta en la papeleta contable N° 854698 de 18 de enero de 2010, procedió a la reversión del castigo mencionado, circunstancia que implica que Mutual La Paz reconoció explícitamente el incumplimiento y rectificó el mismo a través de la reversión con el justificativo de una mejor exposición, registro que tuvo efecto en la disminución del índice de pesadez de la cartera de la Mutual durante seis (3) gestiones (2007 a 2009), lo cual reflejó en promedio una mora de 0.27 puntos porcentuales a la real, consecuentemente la Mutual expuso en sus balances una mejor posición financiera. Asimismo, ocasionó que el reporte de cartera y previsiones remitido a este Organismo de Supervisión, Asociados y público en general no sea veraz.

2. *El cargo N° 2 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8511/2011 de 24 de enero de 2011, no se encuentra vinculado ni condicionado al cargo N° 1, por cuanto, el citado cargo N° 2 se refiere al incumplimiento del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y artículo 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Daza Castellón, sin embargo, el cargo N° 1, se refiere al incumplimiento del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dicha infracción corresponde por el castigo de la operación crediticia N° 1001909 otorgada al señor Mario Daza Castellón, infracción que ha sido declara prescrita, por lo que el cargo N° 2 es una infracción a la Ley de Bancos, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y al Código de Comercio, no vinculada ni condicionada al cargo N°1.*

3. *En relación a la inseguridad jurídica al haberse declarado la prescripción parcial del inciso 2) de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8500/2011, se tiene que la exposición errónea de los estados financieros de Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009, se consideran como una infracción continua, por cuanto el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida que la entidad exponía sus estados financieros con información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general.*

   Como consecuencia de lo anterior, la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto son infracciones continuas ya que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo como producto del mal castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón al exponer la entidad en sus estados financieros información inexacta e imprecisa, así lo ratifica la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, al decir que: 'Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, determina que la interrupción no es un efecto único, instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (infracción continuado)'.

   En absoluta consonancia respecto a la facultad que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de proteger, supervisar la información respecto a los destinatarios en general, la Resolución Jerárquica SIREFI -RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, ha establecido (...) 'Donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplía y clara, puesto

que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario'.

4. *Con relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría violado el principio de congruencia, desnaturalizando la carta de Notificación de Cargos, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/04/2004 de 12 de febrero expresó 'El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final', en el presente caso la Resolución ASFI N° 288/2011 de 16 de marzo de 2011, se encuentra revestida de congruencia específica (petición-prueba-resolución).*

   Por otra parte, en el presente proceso sancionatorio, se advierte que la referida carta de Notificación de Cargos cumple con los requisitos establecidos en el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto se encuentra elaborada de manera escrita, establece las infracciones establecidas y las normas vulneradas, asimismo, se notificó al señor Remberto Frías Mercado, con los cargos impugnados otorgándole el plazo de ley para que efectué el descargo o explicación correspondiente.

   Por lo referido, es imprescindible hacer referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 19/2004 de 08 de noviembre de 2004 que establece la notificación de cargos es el acto procedimental por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las infracciones presuntamente cometidas por ésta, para que presente los descargos, alegaciones y/o justificaciones en los plazos establecidos por ley, a fin de ejercer el irrestricto derecho a la defensa. En consecuencia, la notificación de cargos debe necesariamente contener todas las infracciones atribuidas a la persona o entidad por parte del órgano regulador, puesto que la Resolución Administrativa definitiva que dicte la autoridad administrativa deberá resolver sobre estas infracciones''.

5. *Con relación a las dietas percibidas, cada ordenamiento jurídico constituye la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2340 de Procedimiento Administrativo.*

El inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, reconoce el Principio de Proporcionalidad, por el cual se determina que la Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en dicha Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 15 de septiembre de 2005, sobre el Principio de Proporcionalidad señala lo siguiente:

> *'El Principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba - corresponder, en primer término, a La Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de La norma que La autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a La idea de la justicia o verdad material.*
>
> *Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.*
>
> *En esa tarea, toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de responsabilidad debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas - es necesariamente individual, a La luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa'.*

Consiguientemente, es necesario establecer la dieta aplicable a los efectos del pago de la multa correspondiente a ocho veces la dieta aprobada y percibida por el señor Remberto Frías Mercado, impuesta en el resuelve tercero de la Resolución ASFI N° 288/2011 de 16 de marzo de 2011.

Por lo tanto, en el marco del Principio de Proporcionalidad, la sanción debe ser aplicada considerando las circunstancias y el momento de la infracción cometida, que en el presente caso corresponde a la gestión 2008.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento del artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), ni lo previsto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1.

Que, según Informe Legal ASFI/DAJ/R-49359/2011 de 12 de mayo de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 288/2011 de 16 de

marzo de 2011, al exponer de forma consecutiva los estados financieros con deficiencias de exposición manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2008 y 2009 y por otra parte, en aplicación del Principio de Proporcionalidad, debe establecerse que la multa impuesta al señor Remberto Frías Mercado, mediante el resuelve tercero de la citada resolución, será calculada en base a las dietas aprobadas y percibidas por el infractor en la gestión 2008, gestión en la que se produjo la infracción sancionada, debiendo precederse a la devolución del excedente efectivamente pagado, previo cumplimiento de las formalidades.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) tiene atribución a imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el artículo 99 de la mencionada Ley faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para imponer sanciones cuando las Entidades Financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y Empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley.

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2340 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa, señalando entre los mismos, en el inciso d), al Principio de Verdad Material referido a que la administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil, disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras dispone en el parágrafo I. que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo de veinte días hábiles administrativos, el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) dispone que las entidades financieras presentarán al Órgano de Supervisión, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras

emitido por la Autoridad de Supervisión y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

Que, el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado) señala que la administración de las entidades financieras bancarlas, se sujetará a las disposiciones de la citada Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Titulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es responsabilidad de la entidad supervisada asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la que permanece en la entidad.

Que, el artículo 36 del Código de Comercio establece que todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalde,

Que, el artículo 82 del Estatuto de la Mutual La Paz, señala que el Gerente General es la máxima autoridad ejecutiva, a quien se le confían las funciones administrativas y operativas de la Mutual La Paz, mediante poderes otorgados por el Directorio, asimismo, el inciso a) del artículo 87 establece que es atribución del Gerente General, ejecutar y hacer cumplir las disposiciones legales relativas a la entidad, resoluciones de las asambleas de asociados, del Directorio y los reglamentos internos.

Que, el artículo 21 del referido Estatuto señala que la Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberá llevarse a cabo hasta ciento cincuenta (150) días después del cierre del ejercicio anterior para tratar únicamente el siguiente orden del día: a) Informe del Directorio sobre: 1 La Memoria Anual, el Balance General y Estado de Resultados, 2. Informe del Fiscalizador Interno, 3. Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 de diciembre del año precedente; b) Resolución sobre la apropiación de los resultados de la gestión precedente; c) Elección de Directores titulares y suplentes; d) Elección de Fiscalizador Interno titular y suplente; e) Elección del Comité Electoral…"

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memoriales presentados en fechas 01 y 03 de junio de 2011, Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda, Mario Saúl Andrade Gutiérrez y Remberto Frías Mercado en su condición de miembros y ex miembros del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presentaron Recurso Jerárquico contra las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 422/2011, ASFI Nº 423/2011 ASFI Nº 425/2011 y ASFI Nº 427/2011 de fechas 12 y 13 de mayo de 2011.

5.1.- Recursos Jerárquicos interpuestos por Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda y Mario Saúl Andrade Gutiérrez.-

Corresponde aclarar que los Recursos Jerárquicos interpuestos por los recurrentes Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda y Mario Saúl Andrade Gutiérrez presentan el mismo texto, cual se transcribe a continuación:

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.

1. RESOLUCIÓN CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

El artículo 35, parágrafo I, inciso d), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. Dicha norma suprema, en su artículo 117, parágrafo II, establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, situación que vulnera los elementales derechos constitucionales a la defensa y a la seguridad jurídica. Este principio se aplica en materia sancionatoria penal y administrativa.

De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que Mutual La Paz ha sido doblemente condenada por el mismo hecho: Mediante Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, se condena a Mutual La Paz, con multa de 1.500 Derechos Especiales de Giro por supuesta incorrecta información contable de las gestiones 2007 - 2009 (relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que ha sido efectivamente pagado por la Mutual La Paz, como consta en el comprobante de 'Depósito en Cuenta` emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 27 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 15.380.14 y que no ha sido devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta por la Resolución ASFI/ N° 606/2010 de fecha 21 de julio de 2010.

En la Resolución ASFI N° 280/2011, de fecha 16 de marzo de 2011, se condena por segunda vez a Mutual La Paz, con multa de 1.000 Derechos Especiales de Giro, por supuesta incorrecta información contable de las gestiones 2008 - 2009 (relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'); monto de dinero que al ser depositado en cumplimiento de esta Resolución constituirá una doble sanción impuesta por la ASFI que responde a una misma causa y al mismo hecho en forma injusta a los intereses de Mutual La Paz.

La ASFI al momento de determinar la nulidad de la primera Resolución que imponía la sanción de multa no debió limitarse a disponer la anulación del proceso sancionatorio sino, además, disponer la devolución de todo lo dado y entregado por Mutual La Paz, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución anulada. Al no haber dispuesto

esta devolución, en los hechos mantuvo la condena y sanción impuesta a Mutual La Paz, convirtiéndose hasta el presente en la beneficiaría de 1.500 Derechos Especiales de Giro efectivamente pagados, después de haber sido declarada la nulidad que legalmente justificaba este pago. En tanto multa no sea efectivamente devuelta a Mutual La Paz, toda otra suma de dinero que la ASFI decida imponerle a título de sanción por el mismo hecho, constituye una doble condena prohibida por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Por otra parte la sanción impuesta al Auditor Interno Lic. Julio Pinto, constituye también una doble sanción ***por los mismos hechos*** *vulnerado uno de los principios que hacen al debido proceso el* ***PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM*** *que en definitiva supone la prohibición de un ejercicio reiterado del* ***ius puniendi*** *del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en las sanciones administrativas y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

De tal manera, el principio del ***non bis in ídem*** *forma parte inmanente del debido proceso que entre sus varias definiciones constituye una garantía infranqueable por todo acto en el que pretenda ilegítimamente imponer sanciones, cargas o castigos y constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los procesos judiciales, en consecuencia la finalidad última de este principio* ***-non bis in ídem-*** *consiste en evitar que los mismos hechos o conductas sancionables, que ya han sido objeto de controversia, posteriormente vuelvan a hacerlo en otro de igual carácter.*

En ese orden de cosas, nuestro Tribunal Constitucional sentenció que 'El principio non bis in ídem implica en términos generales ***la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos.*** *En la doctrina y jurisprudencia española, el principio* ***implica la prohibición de imponer una doble sanción cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad'.*** *'En el principio se debe distinguir el* ***aspecto sustantivo*** *(nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y el* ***aspecto procesal o adjetivo*** *(nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado.*

En ese sentido, ***existe vulneración al non bis in ídem,*** *no sólo cuando se sanciona* ***sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por el mismo hecho'.***
Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, ***CUANDO SE IMPONE A UN MISMO SUJETO UNA DOBLE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.***

En nuestro Ordenamiento Jurídico el principio ***non bis in ídem,*** *si bien no encuentra reconocimiento constitucional autónomo,* ***encuentra protección como elemento de***

la garantía del debido proceso *establecida en el parágrafo II del artículo 117, de la Constitución Política del Estado Plurinacional.*

Por consiguiente, el principio como quedó precisado ***no sólo tiene aplicación protectora en materia penal, sino también en materia administrativa*** *cuando se imponen sanciones por contravenciones cometidas contra la Administración* ***en el ámbito de sus diferentes sectores*** *en las cuales* ***si existe identidad en el hecho, en los sujetos y en el fundamento, no es posible imponer una nueva sanción,*** *siendo aplicable el principio* ***non bis in ídem.***

Consecuentemente, su autoridad velando por el cumplimiento de los principios fundamentales de la actividad administrativa la que se rige por principios del Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al Orden Público Administrativo, no puede dejar de lado que uno de los elementos esenciales del acto administrativo que se encuentra en su motivación o fundamentación debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho respecto a la sanción que fue impuesta en la Resolución ASFI/N° 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, aspecto que no ha merecido el pronunciamiento expreso de su autoridad dejando en el caso particular que nos refiere, en la indeterminación por la imposición de una sanción que debió quedar sin efecto al haberse anulado el proceso sancionatorio del cual se originó dicha sanción.

En atención a los fundamentos antes expuestos, la actividad reguladora debe circunscribirse a los Principios Generales de la Actividad Administrativa debiendo regirse entre otros, por el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley asegurando a los administrados el debido proceso.

Asimismo, la Autoridad Reguladora no ha velado en el presente caso, por el cumplimiento de los principios sancionadores que establecen que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a los regulados estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

2. ***ILEGALIDAD DEL OBJETO DE LA RESOLUCIÓN POR CONTRADICCIÓN DE SU PARTE RESOLUTIVA,***

El artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala: 'Se considera acto administrativo, toda declaración disposición o decisión de la Administración Pública de alcance general o particular, emitido en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional cumpliendo con los requisitos o formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efecto jurídicos sobre los administrados. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo'.

Por su parte, el artículo 28 de la nombrada Ley, en cuanto a los elementos esenciales del acto administrativo, en su literal c) indica que: 'El objeto debe ser cierto lícito y ***materialmente posible'*** *(las negrillas son mías).*

En la doctrina del Derecho Administrativo, el objeto del acto administrativo consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto pero materializado fuera de él.

Ahora bien, en el tratamiento de los elementos esenciales del acto administrativo se presupone, además la existencia de los vicios que lo pudieran afectar. Es así que el artículo 35, parágrafo I, inciso b), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo objeto sea ilícito o imposible.

Siguiendo este razonamiento, se tiene que la imposibilidad del acto administrativo, puede manifestarse por una imposibilidad de hecho, por falta de sustrato material que se configura cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, ha prescrito o simplemente cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible.

Por lo tanto, es contrario a la Ley, todo objeto de un acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias. Esto es lo que ocurre con la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la Resolución impugnada en su relación con las decisiones contenidas en los artículos SEGUNDO Y TERCERO. Ya que al haberse declarado la prescripción sobre los castigos la exposición en los estados financieros también y su exposición reflejaba la inclusión de los mismos.

El artículo PRIMERO declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo (ASFI/DSR I/R - 8511/2011, ASFI/DSR I/R - 8517/2011 y ASFI/DSR I/R - 8532/2011 todas de fecha 24 de enero de 2011). (Esta infracción declarada prescripta corresponde al supuesto incumplimiento a la normativa bancaria sobre el castigo de la operación crediticia N° 1001909, otorgada al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'). Es decir, que al haberse declarado la prescripción de esta supuesta infracción, la ASFI ha determinado, jurídicamente, que mi persona no tiene ninguna responsabilidad por este hecho que se me atribuyó en la formulación de los cargos y, en consecuencia, no corresponde imponerme sanción alguna.

Como claramente se desprende del artículo Primero de la Resolución ASFI/N°342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010 (Resolución que fue anulada por la ASFI), la información supuestamente incorrecta expuesta por Mutual La Paz en sus Estados Financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009, ha sido ocasionada por el "indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'; por tanto el Cargo N° 2 por el que se sanciona a mi persona en los artículos SEGUNDO y TERCERO de la Resolución impugnada (cargo referido a inexactitud de la información contable proporcionada), no es un Cargo

autónomo e independiente con relación al Cargo N° 1, cuya infracción se ha declarado prescripta, (cargo relativo al supuesto incumplimiento de la normativa bancaria referida a la forma de hacer efectivo el castigo contable de un crédito). Por el contrario, el Cargo N°2 está estrechamente vinculado con el Cargo N° 1 y condicionado por éste. En la Resolución impugnada no se sanciona por el registro de cualquier tipo de información contable, supuestamente incorrecta, inexacta o no veraz, sino por el registro de una información contable veraz específicamente referida al castigo contable de un crédito'; extremo que no ha sido determinado por la ASFI porque declaró la prescripción de esta última infracción.

Por tanto, si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que mi persona no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica', es jurídicamente contradictorio sancionarme por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación a derecho no se ha determinado.

Coherentemente, únicamente podría haberse sancionado si existiera defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada la entidad por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

*Asimismo, desde el momento que la Autoridad Reguladora expresamente señala en la parte considerativa de la Resolución Administrativa (ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, ASFI N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011), y acertadamente establece que '...el cómputo de la prescripción obedece a un criterio objetivo es decir comienza a computarse a partir del día siguiente de producido el hecho, en el presente caso, la operación del señor Mario Daza Castellón y once representantes de la CSTSS fue castigada el 12 de junio de 2007….**consiguientemente se establece que desde la fecha de acaecimiento de la infracción, hasta la fecha en la que se presentó denuncia a la Autoridad de Supervisión, dando lugar al inicio del procedimiento sancionados transcurrieron más de dos años configurándose de esta forma la prescripción de la infracción, no habiéndose determinado en ese periodo acciones o condiciones capaces de interrumpir la prescripción,** en base a los antecedentes del caso y al principio de la verdad material.' (Subrayado y negrillas son mías) Consecuentemente, además de la prescripción de la infracción, nos encontramos frente a la prescripción de la acción entendida como un instituto de orden público por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración siendo que el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con **el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolongue indefinidamente.***

Por lo tanto, al declarar esta Autoridad Reguladora la prescripción *parcial del inciso 2 (FIGURA QUE LEGALMENTE NO EXISTE) de la Nota de Cargos Nota de Cargo (ASFI/DSR I/R - 8511/2011, ASFI/DSR I/R - 8517/2011 y ASFI/DSR I/R - 8532/2011 todas de fecha 24 de enero de 2011) en lo referente a la gestión 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al incumplimiento del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Titulo II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1, nos encontramos frente a una situación de inseguridad jurídica en desmedro de nuestros derechos como regulados,* ***conculcando uno de los fundamentos básicos de la prescripción como es el que nadie puede permanecer en incertidumbre por tiempo indefinido, debiendo el ente regulador declarar la prescripción en su totalidad, en virtud a que respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, hechos que en el presente caso no han sucedido por lo que la ASFI carece de argumentos objetivos y facticos que permitan determinar la última infracción en virtud a que la misma habría prescrito, así como la facultad punitiva de la ASFI para imponer una sanción.***

Por consiguiente, y en mérito a los argumentos antes descritos nos encontramos frente a la violación del ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final.*

3. <u>CONTRADICCIONES INSALVABLES EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN,</u>

El artículo 36, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. Un vicio grave del acto administrativo son los defectos de su fundamentación.

La Resolución impugnada (ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, ASFI N° 283/2011 de 16 de marzo de 2011 y ASFI N° 287/2011 de 16 de marzo de 2011), contiene contradicciones en su fundamentación, con relación a los Cargos N° 1 y 2; por una parte fundamenta las razones fácticas y jurídicas, que justifican a criterio de la ASFI <u>la declaración de la prescripción de estas infracciones,</u> pero por otra parte, realiza valoraciones discrecionales de reproche a la conducta de Mutual La Paz y sus Directores, con relación a los mismos cargos e infracciones, que únicamente se justificarían si la ASFI, <u>no hubiera declarado su prescripción</u> y, en consecuencia, hubiera impuesto una sanción por éstas infracciones.

Si la ASFI declara la prescripción de una infracción ya no debe realizar ninguna valoración sobre el mérito o el demérito de la conducta del administrado sujeto al

procedimiento sancionatorio. Estas valoraciones sobre el fondo de los hechos y de la conducta atribuida al supuesto responsable de la infracción, únicamente resultan pertinentes si no se declara la prescripción de las infracciones atribuidas. La declaración de prescripción inhibe cualquier declaración sobre el mérito o el demérito de la conducta; si en el análisis jurídico la prescripción no corresponde, recién cobra sentido formular sanción a una persona porque se la considera responsable de la comisión de una infracción cuya acción administrativa se encuentra todavía vigente y, en consecuencia, se le impone la responsabilidad y sanción que el orden jurídico vigente establece para ese caso. Complementariamente a lo expuesto precedentemente, la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el ***principio de tipicidad*** *de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es el orden de observar un determinado comportamiento, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.*

Por lo tanto lo que la Autoridad Reguladora debe evitar es caer en una decisión discrecional, arbitraria y subjetiva, y no apartarse del Principio de Legalidad que establece que el procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico preservando la legalidad en todos sus actos. Finalmente, la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica de respeto al debido proceso y sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas conexas.

4. DEFICIENCIAS EN LA TIPIFICACIÓN DEL CARGO IMPUTADO.

En la citada Nota de Cargo (ASFI/DSR I/R - 8511/2011, ASFI/DSR I/R - 8517/2011 y ASFI/DSR I/R - 8532/2011 todas de fecha 24 de enero de 2011), en el inciso 2) erróneamente se subsume los hechos al derecho y DESACERTADAMENTE se tipifica la infracción como si mi persona o el Directorio hubiera incumplido el artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual 'La Paz' presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007, hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro del castigo de la operación crediticia concedida al señor Mario Daza Castellón.

El Artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 dice: *'Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de*

contabilidad aplicables a la intermediación financiera. La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa'...

Mutual La Paz en cumplimiento del artículo 94 y en los plazos requeridos remitió a la ASFI los Estados Financieros de la entidad de las gestiones 2008 y 2009 con el respetivo dictamen de los Auditores Independientes PricewaterhouseCoopers S.R.L

Por tanto Mutual La Paz, ni mi persona incumplieron lo establecido por el Artículo 94 de la Ley N°1488, esto consta en publicaciones de prensa, actas de Asambleas Ordinarias y memorias institucionales.

El Artículo 1° parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dice: *Es responsabilidad de la entidad supervisada: 'Asegurarla exactitud y veracidad de la información enviada a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad'.*

La entidad se aseguró de enviar a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y todas las entidades afines, los estados financieros de Mutual La Paz de las gestiones 2008 y 2009 con exactitud y veracidad, por lo que la entidad, el Directorio y ni mi persona incumplieron la normativa de la ASFI, ya que los estados financieros reflejan las decisiones en materia de castigos y no a la inversa.

El Artículo 36 del Código de Comercio dice: *'(Obligación de llevar contabilidad) Todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalden'.*

Mutual La Paz, lleva una contabilidad adecuada a normas que rigen la materia, que demuestra la situación de la entidad, justifica los actos y operaciones sujetos a contabilización y registro; asimismo, conserva sus libros y documentos de respaldo de acuerdo a la normativa vigente, por tanto la entidad, el Directorio y mi persona tampoco incumplieron el artículo 36 del Código de Comercio.

El Ex Director Ejecutivo a.i. de la ASFI Reynaldo Yujra Zegales, tampoco consideró que dentro de las atribuciones del Directorio contenidas en el artículo 76 del Estatuto de Mutual La Paz, NO se encuentra expresamente establecida la responsabilidad del Directorio de elaborar, revisar los asientos contables y estados financieros, exponer, auditar, menos aprobar los Estados Financieros de la entidad.

Las atribuciones sobre los estados financieros de Mutual La Paz se encuentran bajo responsabilidad de otras instancias, como a continuación se expone:

Del Gerente General

Dentro de las atribuciones y deberes del Gerente General contenidas en el artículo 87 inciso b) del Estatuto se encuentran claramente establecidas la de prestar información confiable y oportuna en las áreas contable, administrativa, operativa y otras y asumir responsabilidad por dicha información.

El Directorio otorga crédito al informe del Gerente General.

De las Asambleas Ordinarias:

La Asamblea Ordinaria de Asociados de Mutual La Paz de acuerdo al orden del día establecido en el artículo 21 del Estatuto, anualmente aprueba lo siguiente:

1. *La memoria Anual (que contiene una información general), el Balance General y Estado de Resultados (que es expuesto por el Gerente General).*
2. *Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 diciembre del año precedente.*
3. *Resolución sobre la apropiación de los resultados de la gestión precedente.*

Actos que son recogidos en las Actas de las Asambleas Ordinarias con intervención de Notario de Fe Pública.

El Estado de Resultados es verificado por el Auditor Externo.-

El Auditor Externo Independiente, anualmente audita los estados financieros de la gestión y como resultado del mismo emite su dictamen e informe, el mismo que es publicado, remitido a la ASFI y aprobado por la Asamblea Ordinaria de Asociados.

En el presente caso la firma PricewaterhouseCoopers S.R.L. examinó los estados de situación patrimonial de Mutual La Paz de las gestiones 2008 y 2009, y los correspondientes estados de ganancias y pérdidas, de cambios en el patrimonio neto y de flujo de efectivo por los ejercicios terminados en esas gestiones, así como las notas, aclarando en su dictamen que los estados financieros es responsabilidad de la Gerencia. (…)

Por las atribuciones expuestas, el cargo que imputa a mi persona y al Directorio y por el cual se me pretende sancionar, vulnera el ***PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LEGALIDAD*** *que rige el procedimiento sancionatorio administrativo, conforme lo determinan los artículos 71, 75 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175.*

Al respecto, la Resolución Jerárquica RJ 016/2003 de 8 de septiembre de 2003, dejó claramente establecido que "... debe existir una correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde de acuerdo al grado de participación".

*La sanción impuesta vulnera también el **PRINCIPIO OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO PUNITIVO,** porque no se estableció el **grado de responsabilidad** de cada uno de los Directores como establece el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, disposición que forma parte del considerando de la Resolución objeto de impugnación.*

El Directorio de Mutual La Paz, no elabora, no revisa los asientos contables y Estados Financieros, no expone, no audita y quienes aprueban y asumen la responsabilidad es la Asamblea General Ordinaria de Asociados, la misma que también aprueba el Dictamen del Auditor Externo.

En consecuencia no debería imponerse sanción pecuniaria alguna a los miembros de ese cuerpo colegiado.

La ASFI sostiene que la excepción de prescripción presentada por mi persona, no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto la exposición errónea de los Estados Financieros de la entidad por este período se considera como una infracción de Tracto Sucesivo

El Tratadista Manuel Osorio define en materia contractual al Tracto Sucesivo como las prestaciones de una de las dos partes de cumplimiento reiterado o continuo que no se aplica a ámbito administrativo, por no existir un acuerdo contractual entre partes.

De lo señalado se establece que coherentemente, únicamente podría haberse sancionado a Mutual La Paz por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta Entidad Financiera por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción..."

5.2. Recurso Jerárquico interpuesto por Remberto Frías Mercado.-

El Recurso Jerárquico presentado por Remberto Frías Mercado no es idéntico a los presentados por los anteriores recurrentes por lo que corresponde su transcripción de acuerdo al siguiente texto:

"ANTECEDENTES

Se me notificó con carta ASFI/DSR I/R-8500/2001 de 24 de enero de 2011, por la presunta infracción a los Arts. 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y al Art. 1 parágrafo segundo del titulo II Capitulo II sección 10, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, mediante carta 15 de marzo de 201 me adherí a los fundamentos de hecho y derecho invocando la prescripción e impugnando la notificación y al Informe ASFI/DSR

I/21276/2010 de 5 de marzo de 2010, así como las explicaciones pendientes inherentes a los cargos notificados.

La autoridad (sic) de Supervisión del Sistema Financiero emitido (sic) la (sic) Resoluciones ASFI No. 606/2010 y ASFI No. 608/2010 ambas del 21 de julio de 2010, que se resuelven (sic) anular los actuados administrativos hasta el último vicio bajo el criterio de que no se habrían considerado los reclamos efectuados por los adjudicatarios del Proyecto Habitacional 'Verónica' iniciado en contra de los directores de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, por el Crédito otorgado al Sr. MARIO DAZA CASTELLON y 11 Representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social hasta la emisión de un nuevo Informe de inspección, inclusive.

La autoridad de Supervisión en mérito a la Resolución antes citada emitió un nuevo informe ASFI/DSR I/R-98051/2010 de fecha 27 de septiembre de 2010, el mismo que sustenta la notificación de cargos ASFI/8452/2011 de fecha 24 de enero de 2011, notificada a mi persona 11 de febrero de 2011, con la presunta infracciones a los Arts. 108 y 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras al segundo cargo se encuentra referido en la Carta ASFI/DSR I/R29147/2010 de 29 de marzo de 2010.

ACCIÓN EN CASO DE LA OPERACIÓN CREDITICIA AL SEÑOR MARIO DAZA CASTELLÓN.

Es preciso señalar a la autoridad (sic) de Supervisión del Sistema Financiero, que tanto los inspectores que llevaron la inspección referida al presente caso; que concluyeron en el informe antes señalado, así como las cartas remitidas a su autoridad han podido evidenciar que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo La Paz, han venido (sic) realizando acciones para dar solución al problema que origino (sic) el reclamo por parte de los adjudicatarios del Proyecto Habitacional 'Verónica'. Asimismo, tomando en cuenta la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 110/2007 DE (sic) 10 diciembre de 2007 que establece 'en lo que respecta al consumidor financiero; se reitera que como principio general, que en aquellos casos en los cuales exista una denuncia, queja o reclamo efectuado contra una entidad bajo regulación de la ASFI, el órgano regulador es competente para conocer, investigar y circunscribir su competencia respecto al caso, dentro el ámbito administrativo y de regulación financiera, debiendo observarse que en determinados casos -como analiza - la controversia puede surgir entre el cliente y el usuario del Servicio Financiero y la Entidad de Intermediación Financiera sujeta a la regulación de SBEF, donde, el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes, por parte de la entidad de intermediación financiera y en estos aspectos la competencia, de la SBEF es más amplia y clara, puesto que en todos aquellos temas en los cuales una entidad de intermediación financiera puede hacerse pasibles a sanciones administrativas y en su caso a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecute acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario Procedente (sic) Administrativo que lamisma (sic) ASFI hace cita.

Mediante Resolución ASFI /No 606/2010 de fecha 21 de julio de 2010, se anuló el proceso sancionatorio iniciado en contra de la Mutual La Paz, por el crédito otorgado ante el señor MARIO DAZA CASTELLÓN y 11 representantes de la Confederación Sindical

de Trabajadores del Sistema de Segundad Social para el Proyecto habitacional 'Verónica', hasta la emisión de un nuevo informe de inspección inclusive, en el cual se consideren los lineamientos señalados en esta Resolución.

Entre los Actos Administrativos anulados, por la Resolución mencionada en el párrafo precedente, se encuentra la Resolución ASFI/No. 342/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, cuyo artículo Primero sancionaba a Mutual La Paz con multa de 1.500.- Derechos Especiales de giro 'al haber expuesto en sus estados financieros por la gestión 2008 y 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al Sr. MARIO DAZA CASTELLON y 11 Representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del sistema (sic) de Seguridad Social para el 'Proyecto Habitacional Verónica'.

CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 94 DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINACIERAS.

El Art. 94 parágrafo primero, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras establece que 'las entidades financieras presentaran a al (sic) superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, el (sic) elaborados conforme a normas contenidas en el manual (sic) de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera',

La Mutual cumplió con la presentación de sus estados financieros anuales, con sus correspondientes dictámenes, libres de observaciones, registro de una información contable .específicamente referida a un 'indebido o ilegal castigo contable de un crédito', extremo que no ha sido determinado, por la ASFI por que (sic) declaro la prescripción de esta ultima infracción.

Por tanto si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que mi persona no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito otorgado al Sr. MARIO DAZA CASTELLON y 11 Representantes de la confederación (sic) Sindical de Trabajadores del sistema (sic) de Seguridad social (sic) para el 'Proyecto Habitacional Verónica', es jurídicamente contradictorio sancionarme por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación al derecho no se ha determinado.

Por lo anteriormente expuesto en base a los Argumentos descritos la notificación con la Resolución No. ***423/2011*** *vulnera el principio de congruencia en razón de que la supuesta infracción determinada y sancionaba en el Art. II de la citad (sic) Resolución no guarda relación con el Art. 1 de la misma disposición que determina la prescripción y en consecuencia se vulnera el principio de la congruencia que su autoridad a momento de dictar Resolución deberá tomar en cuenta.*

PETITORIO.

Por lo expuesto anteriormente, interpongo RECURSO JERARQUICO contra de la Resolución No. 423/2011, solicito a vuestra autoridad remita el presente caso al (sic) la AUTORIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS a efecto de que dicha autoridad dicte Resolución y dejando sin efecto la citada Resolución, dejando sin efecto los cargos establecidos en dicha Resolución, antes citada, de conformidad al Art. 52 de la Ley del SISTEMA DE REGULACIÓN FINCANCIERA, y sea con las formalidades de ley…"

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Los recurrentes señalan que la Resolución objeto de impugnación sería contraria a la Constitución Política del Estado por lo tanto la misma seria nula.-

Los Sres. Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda, Saúl Andrade Gutiérrez señalan que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz habría sido doblemente castigada primero a través de Resolución Administrativa ASFI N°341/2010 de fecha 7 de mayo de 2010, con una **multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 1.5% del capital mínimo,** previsto por ley para entidades financieras, y a su vez se hubiera vuelto a sancionar a la Mutual a través de la Resolución Administrativa ASFI N°285/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, **con multa de 3.000 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 1% del capital mínimo,** previsto por ley para entidades financieras, misma que fue confirmada en Recurso de Revocatoria por la Resolución Administrativa ASFI N°392/2011.

De los antecedentes señalados por los recurrentes se tiene que estos hacen referencia a una supuesta doble sanción que habría sufrido Mutual La Paz, sin embargo olvidan que el objeto de este proceso es determinar la responsabilidad intuito personae de los Directores por los incumplimientos al artículos 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, y no así determinar la responsabilidad de Mutual La Paz como institución.

Que a su vez en cuanto a la doble sanción que supuestamente habría sufrido Mutual La Paz, la misma ya fue objeto de pronunciamiento por esta Autoridad Administrativa dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la**

Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 394/2011 de fecha 6 de mayo de 2011, sobre la sanción impuesta a dicha institución financiera por el indebido castigo de la operación crediticia con referencia al proyecto Habitacional Verónica, que ahora también es objeto de análisis empero contra los miembros y ex miembros del Directorio por lo que la compulsa y pronunciamiento necesariamente deberá estar dirigida a la línea fáctica legal y doctrinal pronunciada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2011 de fecha 16 de septiembre de 2011 correspondiendo entonces traer a glosa lo manifestado sobre este punto; a saber:

> *"(…) El recurrente acusa que se ha vulnerado el parágrafo primero del artículo trigésimo quinto de la Ley de Procedimiento Administrativo manifestando que la Autoridad Fiscalizadora habría sancionado doblemente al administrado por un mismo hecho invocando también la disposición constitucional contenida en su artículo 117, parágrafo II en el que establece la prohibición de la dualidad de procesamiento y/o condena por una misma causa.*
>
> *Al respecto, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz realizó dos depósitos bancarios como consecuencia de un proceso sancionatorio administrativo instaurado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el primero fue como consecuencia de la sanción impuesta en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 342/2010 de 07 de mayo de 2010; posteriormente dicho acto administrativo fue anulado por la citada autoridad fiscalizadora mediante Resolución Administrativa 606/2010 de 21 de julio de 2010; dejando en consecuencia sin efecto la sanción pecuniaria impuesta a la "Mutual La Paz"*
>
> *Posteriormente, la ASFI nuevamente retoma el trámite procesal notificando de nuevo con cargos al administrado, presentado este sus descargos correspondientes emitiéndose finalmente la Resolución Administrativa ASFI/Nº 280/2011 de 16 de marzo de 2011, por la cual se dispone sancionar a la "Mutual La Paz" con un multa de un mil Derechos Espaciales de Giro por incumplimiento a la norma administrativa detallada en el tercer considerando de la presente Resolución Ministerial Jerárquica; sanción administrativa que también fue depositada a una cuenta bancaria por el recurrente.*
>
> *En este entendido, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en un caso análogo ha emitido criterio al respecto, correspondiendo dar continuidad a la línea jurídica sentada en esta máxima instancia de impugnación administrativa por lo que a mayor ilustración del administrado resulta pertinente traer a colación el fragmento pertinente de la Resolución Ministerial Jerárquica 007/2010 de 07 de enero de 2010 que refiere:*
>
> > *'..Si bien la anulación de la Resolución ASFI Nº 229/2009 de 16 de septiembre de 2009, tiene como efecto retrotraer el procedimiento sancionatorio a un estado anterior, la existencia de una multa pendiente de devolución, no es óbice para continuar con el procedimiento y dar cumplimiento a la Resolución Jerárquica, máxime si la entidad quedaba en libertad de solicitar la devolución de la multa en cualquier momento, antes de la emisión de la nueva resolución…'*

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

Esta errada pretensión por parte de la entidad recurrente provocó incluso que el órgano de fiscalización emitiera un criterio sesgado, ya que en la Resolución Administrativa ASFI N° 280/2011de 16 de marzo de 2011 señala que el recurrente a tiempo de interponer Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 342/2010 de 07 de mayo de 2010 (misma que fue objeto anulación por la propia ASFI) habría procedido al pago de la multa pecuniaria impuesta, equivalente al 0.5% del capital mínimo por lo que la multa correspondiente al 0.33% del capital mínimo (que se impuso en la Resolución ASFI 280/2011), debe considerarse para fines solamente expositivos correspondiendo la devolución del saldo.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede disponer de recursos que no son de su propiedad ya que al momento de anular la Resolución Administrativa ASFI N° 342/2010 hasta la emisión de un nuevo informe de inspección inclusive; todos los actos procesales llevados a cabo hasta el momento de la anulación quedaron sin efecto legal alguno y esta disposición incluye el empozo de la multa realizada por el administrado, no pudiendo el órgano de fiscalización disponer o presuponer que la sanción con multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI N° 280/2011, ya se encontraría oblada por efecto del depósito realizado anteriormente por un acto administrativo anulado; a no ser que de manera expresa el recurrente manifieste su voluntad y solicite que el monto depositado con anterioridad – como consecuencia de que el anterior acto administrativo haya sido anulado – pase a cubrir la sanción impuesta en el nuevo acto administrativo emitido; situación que no se evidencia en el expediente administrativo.

De acuerdo a lo esbozado, debe quedar claro al órgano de regulación excedió su competencia al pretender disponer de una multa que no gozaba con autoridad de cosa juzgada ni vigente por efecto de la anulación entonces, estos recursos económicos son de propiedad del administrado; debiendo ser este quien decida o solicite si dichos recursos podrían pasar a cubrir una nueva multa impuesta, o en su defecto ejercer su derecho a solicitar su devolución, confundiendo este derecho atributivo solo a ellos con una doble sanción administrativa tal cual se pasará a compulsar a continuación:

La Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" señala que al haber empozado un segundo depósito por un mismo procedimiento administrativo sancionatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estaría sancionando dos veces por una misma acción al regulado desconociendo el alcance de las

anulabilidades procesales, que de manera expresa retrotraen sus efectos al momento en el que se anuló el acto, quedando sin efecto cualquier actuación procesal anterior, debiendo reponerse las cosas donde quedaron, como por ejemplo la multa depositada.

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

Finalmente, la Resolución Administrativa ASFI Nº 394/2011 de 6 de mayo de 2011 de manera expresa dispuso en su artículo segundo la devolución de la multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 342/2010 de 07 de mayo de 2010, como consecuencia de que el recurrente ya en instancia revocatoria acusó a la administración pública de haberse impuesto una doble sanción, siendo su deber realizar los trámites legales y administrativos que correspondan para proceder a su devolución, constituyendo también este otro aspecto legal inequívoco de que no se impuso una doble sanción al administrado ni se contravino la disposición trigésima quinta de la Ley de Procedimiento Administrativo ni el artículo 117 de la Constitución Política del Estado.

Que, congruentemente con lo esgrimido, corresponde precisar que no corresponde la solicitud de anulación de un proceso, por la falta de devolución o restitución de una multa que corresponde a otro proceso anulado, (que ya carece de efectos), implicando que por dicha situación no puede viciar el presente proceso. Argumento que a su vez ya fue objeto de pronunciamiento por esta instancia Jerárquica en su Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011…"

Como se puede apreciar, la fundamentación legal, ya fue objeto de compulsa por esta instancia administrativa y es perfectamente aplicable al presente, debido a que los recurrentes de manera equívoca interpretan la garantía constitucional NON BIS IN ÍDEM, pretendiendo beneficiarse de un hecho que se originó como consecuencia de una declaración de nulidad del procedimiento con una doble sanción administrativa, desconociendo los alcances del instituto jurídico de las nulidades; en consecuencia, al igual que en el tema descrito líneas arriba, en el presente caso tampoco se contravino la garantía constitucional de la prohibición de un doble juzgamiento o sanción por una misma acción.

2. En cuanto a la ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción de su parte resolutiva.-

Los recurrentes señalan que todo acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias son nulas de pleno derecho, que en el presente caso existirían dos decisiones contradictorias contenidas en el acto administrativo impugnado debido en que el artículo primero de las Resoluciones Administrativas recurridas se declara la

prescripción de de la infracción contenida en el inciso 1) de las Notas de Cargos *ASFI/DSR I/R-8517/2011*, ASFI/DSR I/R-8511/2011 y ASFI/DSR I/R-8532/2011de 24 de enero de 2011 correspondientes a Karina Rojas Canido Javier Navarro Agreda y Mario Saúl Andrade Gutiérrez y contradictoriamente los artículos segundo y tercero de la Resoluciones impugnadas los sanciona como por la errónea elaboración de los Estados Financieros correspondientes a las gestiones 2008-2009 como consecuencia de un indebido castigo a la operación crediticia N° 1001909 otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad social para el Proyecto Habitacional "Verónica"

Las Resoluciones Administrativas ASFI N°422/2011, ASFI N° 423/2011, ASFI N° 425/2011 y ASFI N° 427/2011 de fechas 12 y 13 de mayo de 2011 de manera simultánea señalaron que los cargos imputados no se encuentran condicionados no vinculados uno con otro ya que **cargo N° 2** se refiere "*al incumplimiento del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y artículo 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007 hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Daza Castellón. Sin embargo,* ***el cargo N° 1****, se refiere al incumplimiento del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dicha infracción corresponde por el castigo de la operación crediticia N° 1001909 otorgada al señor Mario Daza Castellón, infracción que ha sido declara prescrita…*" concluyendo entonces que el cargo 2° corresponde a una infracción cometida en contravención al artículo 94 a la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el cargo 1° corresponde al a infracción cometida del artículo 108 de la citada disposición legal.

Respecto a ello la autoridad administrativa claramente señalo que los cargos 1° y 2° no se encuentran condicionados ni vinculados entre sí en consecuencia, estos serian cargos autónomos e independientes uno del otro; veamos lo que fundamenta posteriormente la autoridad fiscalizadora en el acto administrativo impugnado:

Acto seguido, en las cuatro Resoluciones Administrativas emitidas por el órgano de fiscalización (Resoluciones Administrativas ASFI N°422/2011, ASFI N° 423/2011, ASFI N° 425/2011 y ASFI N° 427/2011 de fechas 12 y 13 de mayo de 2011), de manera simultánea señala:

- *"En virtud a lo antedicho, se tiene que la exposición errónea de los estados financieros de Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009,* ***se consideran como una infracción continua****, por cuanto el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida que la entidad exponía sus estados financieros con información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general.*

- *Como consecuencia de lo anterior, la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009,* ***por cuanto son infracciones continuas ya que el incumplimiento ha***

perdurado en el tiempo como producto del mal castigo del crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón *al exponer la entidad en sus estados financieros información inexacta e imprecisa, así lo ratifica la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, al decir que: 'Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, determina que la interrupción no es un efecto único, instantáneo, sino que* ***es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (infracción continuado)****".* (Las Negrillas y Subrayado insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se puede apreciar lo manifestado por el órgano de fiscalización nuevamente nos retrotrae a los fundamentos esbozados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2011 de 16 de septiembre de 2011 que señala:

"Asimismo señala que la exposición errónea de los Estados Financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009 se consideran como una infracción continua por cuanto el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida de que la institución financiera exponía información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general; siendo las infracciones cometidas por las gestiones 2008 y 2009 de tracto sucesivo o continuo.

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

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

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

Es así que, la prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho permitiendo la extinción de

derechos pudiendo ser esta suspendida o interrumpida. En el presente caso corresponde realizar un análisis de la interrupción de la prescripción misma que se da como consecuencia de un hecho de la naturaleza o de las personas, que destruyen uno de los elementos necesarios de la prescripción lo cual es el tiempo.

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

En este contexto, corresponde realizar una subsunción de los hechos al derecho, teniendo en cuenta que la autoridad supervisora manifestó que el cargo correspondiente al castigo de la operación no tendría vinculancia directa con el cargo referente a la errónea exposición de estados financieros, puesto que el primer cargo establece el incumplimiento de determinadas infracciones legales del ámbito jurídico administrativo y el segundo a otro tipo contravenciones también administrativas, por tanto estas serían distintas, acto seguido, la citada autoridad señala que el efecto de la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009 por cuanto son infracciones de 'tracto sucesivo' contradiciendo lo manifestado precedentemente, ya que si los cargos en primera instancia corresponderían a infracciones distintas al ordenamiento jurídico administrativo no podemos vincular estos con un efecto continuado o tracto sucesivo porqué si fuese así, no debió declararse la prescripción del primer cargo, puesto que como resultado del efecto continuado de la infracción contenida en el tercer cargo, el instituto jurídico de la prescripción debió ser interrumpido al momento de que la Mutual La paz exponía sus estados financieros erróneos como consecuencia de un mal castigo.

Asimismo es evidente que la aparente exposición de los Estados Financieros de la Mutual La Paz de manera anual conllevaron diferentes consecuencias ante el mercado, sus ahorristas, sujetos de crédito y público en general, creando expectativas ficticias a estos mostrando una situación financiera que no se ajustaba a la realidad material de la Cooperativa, debiendo la autoridad supervisora haber establecido un grado de culpa en base a dicho criterio bajo una fundamentación adecuada de acuerdo al ordenamiento jurídico administrativo que no vincule de manera directa una infracción con otra que haya sido declarada prescrita; fundamentación que debió estar conforme lo establece el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo constituyendo esta un elemento esencial del acto administrativo a efecto que no comprometa la validez y eficacia del acto.

La interrelación otorgada a los cargos entre sí por efecto del 'Tracto Sucesivo' otorgado; sumado esto a la declaración de prescripción que otorgó el órgano de fiscalización a los dos primeros cargos, compromete de manera directa la suerte del tercer cargo con el efecto de la prescripción, puesto que no es posible que instancia ad quem actué en detrimento del administrado empeorando su situación cuando este

precisamente acude ante instancia jerárquica a solicitar el amparo de sus derechos subjetivos e intereses legítimos que fueron agraviados con el pronunciamiento de un acto administrativo emitido por instancia inferior principio procesal denominado como 'Reformatio in peius' recogido por nuestra economía jurídica administrativa.

En este contexto, el aludido principio procesal inhibe a esta instancia administrativa a emitir un pronunciamiento que como consecuencia genere una situación procesal peor a la que se encuentra el regulado como consecuencia de una inadecuada fundamentación realizada por autoridad administrativa fiscalizadora.

Finalmente, importa hacer notar a la ASFI que al haber declarado la prescripción en cuanto al cargo uno y dos, ha hecho justamente que el tercer cargo prescriba en razón a que este no es un cargo autónomo e independiente, situación jurídica que la propia Autoridad Fiscalizadora le otorgó al manifestar que son infracciones continuadas y/o de 'tracto Sucesivo' no habiendo – en todo caso – realizado una correcta aplicación de tal vocablo si posteriormente pretendió señalar dicho tercer cargo consistía a una infracción diferente a la de los cargos anteriores; por consiguiente, y por todo lo compulsado, el tercer cargo al ser accesorio a la infracción principal (castigo de la operación crediticia) correrá la misma suerte de este habiendo también operado la prescripción.

El caso citado se adecua perfectamente al análisis jurídico del presente punto, correspondiendo nuevamente hacer hincapié que la autoridad supervisora no se adentro en una contradicción en la tipificación de los cargos, sino que la incongruencia se suscita al manifestar que son dos cargos que no se encontrarían vinculados ni condicionados entre si y acto seguido señala que la infracción conlleva un "efecto continuado" que perdura en el tiempo habiéndolos de manera directa interrelacionado con dicha fundamentación de manera tal que uno se convierte en una infracción accesoria a la principal; y en todo caso entonces se debió mantener la vigencia del primer cargo como consecuencia del efecto continuado que le dio la autoridad administrativa habiéndose interrumpido el plazo de la prescripción cada vez que se presentaban los Estados Financieros incorrectos; empero como bien lo manifestó la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2011 de 16 de septiembre de 2011, al existir ya un pronunciamiento administrativo que declaró la prescripción de una determinada infracción no es posible empeorar la situación jurídica del administrado en instancia de impugnación en resguardo al principio legal de la no 'Reformatio in peius'; en consecuencia la decisión administrativa tomada respeto a la aplicación del instituto jurídico de la prescripción y sus consecuencias beneficiaran al administrado sin afectar el modo por el cual se determinó sus alcances.

3. Sobre las contradicciones insalvables en la fundamentación de la resolución.-

De la misma manera que en los puntos anteriores, el presente agravio, ya fue objeto de pronunciamiento jerárquico administrativo en la tantas veces aludida Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 046/2011 de 16 de septiembre de 2011 por lo que nuevamente corresponde traer a colación parte pertinente del citado acto administrativo para una mejor ilustración al administrado; a saber:

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

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

Con lo transcrito ut supra queda claro que los recurrentes sí cometieron infracciones al ordenamiento jurídico administrativo regulatorio, debiendo esta quedar como antecedente para futuras actuaciones que merezcan la imposición de una determinada sanción.

4. En cuanto a las deficiencias en la tipificación del cargo imputado.-

Los recurrentes señalan que el artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, hace referencia a que las Entidades Financieras deben presentar a la Superintendencia una vez al año los estados financieros. En el caso de autos la entidad financiera, habría remitido los estados financieros correspondientes a las gestiones 2008 y 2009 a la ASFI, con el respectivo dictamen de Auditoría externa por lo que en el presente caso no existía un incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. En primer término corresponderá verificar la norma, es así que se tiene, que la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en su artículo 94 señala:

"*Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.*

La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa. Las entidades de intermediación financiera publicarán sus estados financieros al 30 de junio y al 31 de diciembre de cada año, en un diario de circulación nacional. Las entidades financieras conservarán, debidamente, los libros y documentos referentes a sus operaciones, microfilmados o registrados en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable".

Como se evidencia, el artículo 94 de la LBEF establece la obligación de remitir los estados financieros una vez al año con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a

normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

En el presente caso la infracción cometida por los recurrentes corresponde a haber expuesto en sus estados financieros gestiones (2008 y 2009), información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a la ASFI.

Nótese en este punto que de la simple lectura del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, no corresponde a la conducta infringida por los recurrentes, debido a que la misma hace referencia a **la obligación que tiene la entidad financiera** de **remitir los estados financieros una vez al año a la Superintendencia** que el objeto del presente proceso es determinar la responsabilidad intuito personae de los directores, por haber expuesto en sus estados financieros información incorrecta y no así se está sancionando la responsabilidad que tendría en este caso la institución (Mutual La Paz), misma que a su vez ya fue determinada y objeto de pronunciamiento por parte de esta instancia Jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 45/2011

Dicho esto tenemos que no corresponde sancionar a los recurrentes por incumplimiento al artículo 94 LBEF debido a que su conducta no se adecua a este tipo.

5. En cuanto al incumplimiento al artículo 1º parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.-

Los recurrentes de la misma forman señalan que no existiría un incumplimiento al artículo 1º parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ya que esta haría referencia a la responsabilidad de la entidad de supervisar y asegurar la exactitud y veracidad de la información, los recurrentes alegan que en el caso de autos la entidad se aseguró de enviar los estados financieros.

Que de igual forma corresponde verificar la norma supuestamente infringida así tenemos que:

> *Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras* ***artículo 1 parágrafo segundo****, Sección 10, Capítulo II, Título II, establece que: "Responsabilidad.- Es responsabilidad de la entidad supervisada:*
>
> - *Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, integridad y legibilidad de la misma.*
> - ***Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad.***
> - *Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento.*
> - *Mantener actualizada la información cargada en sistemas captura de información".*

- *si bien el artículo 99 transcrito supra, establece cuales son los tipos de sanciones administrativas que son pasibles las Entidades Financieras, los artículos 101 y 102 determinan los términos, condiciones y alcance, para su aplicación.*

En cuanto al incumplimiento del artículo 1° parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se tiene que la misma hace referencia a la **responsabilidad que tienen las entidades supervisadas** en asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y no así la responsabilidad intuito personae que tendrían los directores.

Consecuentemente, la infracción imputada a los directores de la Mutual La Paz, no corresponde a la conducta sancionada ya que estos estarían siendo sancionados por haber expuesto en sus estados financieros de las gestiones 2008 y 2009 información incorrecta, que a su vez estos no habrían asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada al órgano de Supervisión y no así se los estaría sancionando como institución.

Por lo que en el presente caso no corresponde sancionar a los directores por incumplimiento a los artículos 94 de la ley de Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido que su conducta no se adecua a estos tipos.

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

> *"…Por lo tanto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite considerar en el presente caso, que si bien una norma tipifica la conducta reprochable y otra norma es la que sanciona, las mismas no son autónomas, es decir que debe existir una relación entre la conducta reprochable y la sanción impuesta, (la primera nos formula una orden o prohibición y la segunda nos remite a la infracción la misma que no puede apartarse de la conducta reprochable).*
>
> *El hecho de que el legislador haya establecido una gama de posibilidades, clasificación de las infracciones en la ley de Bancos y Recopilación de Normas para el Sistema Financiero es justamente para que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adecúe la conducta a la sanción que corresponda, no pudiendo aplicarse cualquier sanción a cualquier conducta, ya que este hecho conllevaría a una inseguridad jurídica.*
>
> *A su vez Alejandro Nieto García en su libro de Derecho Administrativo Sancionador señala:*
> *"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.*

En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*
Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:

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

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

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

"… la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis). ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *" nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria…."*

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

6. Sobre la aprobación de los Estados Financieros y la responsabilidad.-

Los recurrentes señalan que no sería responsabilidad del Directorio aprobar los Estados Financieros por lo que estos no podrían tener responsabilidad sobre la información errónea de los estados financieros.

Por último referente a que no sería responsabilidad del directorio aprobar los estados financieros se tiene que:

> ***ESTATUTO DE LA MUTUAL LA PAZ***
>
> ***Artículo 77.*** *Son también atribuciones del* ***Directorio las contempladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y otras normas legales aplicables****.*
> ***Artículo 87.*** *Son atribuciones del Gerente General:*
>
> *c)* ***Someter a consideración del Directorio para su aprobación, los proyectos de presupuestos de ingresos y gastos y los resultados de su ejecución con detalle de gastos administrativos más relevantes, estados financieros*** *y el proyecto de la Memoria Anual;*
> *s) Firmar conjuntamente con el Presidente del Directorio la Memoria Anual de Mutual La Paz,*
>
> ***TITULO I DISPOSICIONES GENERALES – MANUAL DE CUENTAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS***
>
> ***D. ESTADOS FINANCIEROS A PRESENTAR A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS***
>
> ***1.*** *Las entidades financieras deberán informar a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sus estados financieros en los formatos, plazos, periodicidad y bajo las formas de agrupación indicadas en el inciso 1 del Título V de este manual.(…)"*
>
> ***7.*** *Los estados financieros presentados a la Superintendencia de Bancos y* ***Entidades Financieras deberán ser considerados y aprobados por el Directorio de la Entidad*** *en la primera reunión que se realice con posterioridad a la presentación de dichos estados financieros, debiendo dejar constancia escrita en las actas de Directorio sobre su revisión y análisis. En caso de existir observaciones, éstas deberán ser informadas de inmediato a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.*
>
> .
>
> ***G. APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS***

Los estados financieros de cierre de gestión en los formatos establecidos en el Título V, Numeral 2 de este Manual, ***deben ser incluidos en la memoria anual a presentar a la junta de accionistas*** *y ser aprobados por la misma.*

H. MEMORIA ANUAL

1. *El directorio de cada entidad deberá elaborar y publicar anualmente la memoria, previa su consideración y aprobación en Junta General, dentro de los seis meses siguientes al cierre de cada ejercicio.*

2. *El proyecto de memoria debe estar en las oficinas de la entidad a disposición de los accionistas o socios junto con los documentos justificativos, por lo menos con diez días hábiles de anticipación a la realización de la Junta General. Aprobado el proyecto por la Junta General y por el Directorio u órgano equivalente, procederán a su publicación.*

3. *Además de lo señalado en el Artículo 331° del Código de Comercio, la memoria debe contener el dictamen de auditoría externa y el informe del síndico, u órgano similar de fiscalización, sobre los estados financieros, aún tratándose de entidades no constituidas como sociedades anónimas.*

4. *La información anterior debe presentarse de tal manera que refleje claramente la situación pasada, presente y sus probables proyecciones de acuerdo con la experiencia de la entidad, haciendo una evaluación resumida de cada uno de los rubros más importantes, utilizando términos adecuados y evitando comentarios sobre otras entidades del sistema financiero nacional, de modo que permita al accionista tener una imagen clara de la gestión,*

5. *El contenido de la memoria será analizado por esta Superintendencia con posterioridad a su publicación. Para tal fin, las entidades financieras presentarán la misma en el plazo señalado en el punto H.1. En caso de verificarse datos que no concuerden con la real situación patrimonial y financiera de la entidad, se aplicarán las sanciones establecidas en disposiciones reglamentarias…."*

Por lo que en este punto y de la simple lectura de las normas transcritas se tiene que los directores son responsables de aprobar los estados financieros los mismos que deben contener información fidedigna, sin embargo y como ya se desarrolló en el punto anterior al haber declarado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la prescripción en cuanto a los anteriores cargos ha hecho que los directores no puedan ser sancionados por haber aprobado y expuesto en sus estados financieros de las gestiones 2007, 2008 información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la misma.

CONSIDERANDO:

Que, la seguridad jurídica constituye el elemento fundamental por el que deben regirse los actos de la administración pública. Es tal su relevancia, que ha sido reconocido

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

CONSIDERANDO:

Que, al haber la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero declarado la prescripción de la infracción cometida en el castigo de la operación de crédito otorgada a Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores de la Seguridad Social para el proyecto habitacional "Verónica" y establecer que los demás cargos conllevan un efecto continuado estos pasaron a depender de la suerte de la infracción principal como lo es el indebido castigo de la citada operación crediticia por lo que corresponde revocar el acto administrativo recurrido.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **REVOCAR** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI N° 271/2011 de 15 de marzo de 2011, misma que fue confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa ASFI N° 422/2011 de fecha 12 de mayo de 2011, manteniéndose subsistente los demás artículos referidos a la Resolución Administrativa sancionatoria al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

ARTICULO SEGUNDO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI N° 288/2011 de 16 de marzo de 2011, que fue confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa ASFI N° 423/2011 de 12 de mayo de 2011, manteniéndose subsistente los demás artículos referidos a la Resolución Administrativa sancionatoria al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

ARTÍCULO TERCERO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI Nº 283/2011 de 16 de marzo de 2011, que fue confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa ASFI Nº 425/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, manteniéndose subsistente los demás artículos referidos a la Resolución Administrativa sancionatoria al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

ARTÍCULO CUARTO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI Nº 287/2011 de 16 de marzo de 2011, que fue confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa ASFI Nº 427/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, manteniéndose subsistente los demás artículos referidos a la Resolución Administrativa sancionatoria al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 419/2011 DE 12 DE MAYO DE 2011
ASFI Nº 420/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011
ASFI Nº 429/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 052/2011 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 052/2011

La Paz, 11 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **Karina Rojas Canido en su condición de Directora de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2011 de fecha 12 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **Javier Navarro Agreda en su condición de Presidente del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 429/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011.

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **Mario Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz**", contra la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, todas ellas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 027 de 31 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 110 de 9 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 1 de junio de 2011, la Sra. Karina Rojas Canido en su condición de Directora de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2011 de fecha 12 de mayo de 2011.

Que, por memorial presentado el 3 de junio de 2011, el Sr. Javier Navarro Agreda en su condición de Presidente del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 429/2011 de fecha 13 de mayo de 2011.

Que, por memorial presentado el 3 de junio de 2011, el Sr. Mario Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2011 de fecha 13 de mayo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 8 de junio de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Sra. Karina Rojas Canido en su condición de Directora de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2011 de fecha 12 de mayo de 2011 que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 13 de junio de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el Sr. Javier Navarro Agreda en su condición de Presidente del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI N° 429/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 276/2011 de fecha 16 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 13 de junio de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el Sr. Mario Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de Presidente del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", contra la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2011 de fecha 16 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de fecha 29 de junio se dispuso la acumulación de los Recursos Jerárquicos presentados por los Sres. Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda, Saúl Andrade Gutiérrez contra la Resolución Administrativa ASFI N°419/2011 de fecha 12 de mayo

de 2011, Resolución Administrativa ASFI N° 429/2011 y Resolución Administrativa ASFI N° 420/2011, estas dos últimas de fecha 13 de mayo de 2011.

Que, el 29 de julio de 2011, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de los Sres. Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda, Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de ex miembros del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", sin embargo a la audiencia sólo se presentaron la Sra. Karina Rojas Canido y el Sr. Javier Navarro Agreda.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS Y DESCARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante notas ASFI/DSR I/R-8401/2011, ASFI/DSR I/R-8450/2011, ASFI/DSR I/R-8437/2011 todas ellas de 24 de enero de 2011, notificaron con los cargos a los Sres. Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda, Saúl Andrade Gutiérrez en su calidad de miembros del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", conforme el siguiente texto:

"De la inspección especial realizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como efecto del reclamo presentado por los adjudicatarios del Proyecto Habitacional "Los Ceibos", cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010; remitido a esa entidad financiera mediante carta ASFI/DSR I/R-105581/2010 de 13 de octubre de 2010, se han evidenciado las siguientes presuntas infracciones:

1) *Al artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley, al haber indicios de incumplimiento por lo establecido en el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el castigo de la operación crediticia N°1005317 otorgada al señor Mario Fermín Zenteno, en fecha 21 de enero de 1997, no obstante que esta operación contaba con la garantía de un bien inmueble.*

2) *Al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz" presentado en sus estados financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, infracción que se considera de efecto continuado.*

Para que en un plazo no mayor a 7 días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de recepción, presente sus correspondientes descargos.

Mediante memoriales de fecha 4 de marzo de 2011, Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda, Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de miembros del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" presentan memoriales de descargo invocando la prescripción en virtud al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a su vez y en cuanto al castigo de la operación del Sr Mario Fermín Zenteno Benítez señalan que este se encontraba en una situación de insolvencia por más de 1.100 días de mora y que Mutual hubiera cumplido con los requisitos establecidos en la norma para proceder al castigo es decir que la operación contaba con más de 360 días de mora, que la misma se encontraba previsionada en un 100% y existía un informe de abogados sobre la situación y estado del cobro judicial. Con relación al incumplimiento del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financiera señalan que Mutual hubiera cumplido con la presentación de sus estados financieros anuales correspondientes dictámenes de auditoría externa, sin existir error de registro por que se expuso el valor total de saldo impagado por el Sr. Mario Fermín Zenteno Benítez conforme lo dispone el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

Por su Parte Karina Rojas Canido solicita se tenga presente que su persona no participó en la aprobación del crédito (año 1996) y menos en la autorización del castigo (año 2004 respecto a la operación N° 1005317 del Sr Mario Zenteno Benitez, puesto que asumió el cargo de Director el año de 2006.

2. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS.-

Evaluados los descargos presentados por los miembros y ex miembros del Directorio de la Mutual La Paz, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resoluciones Administrativas ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011 y ASFI N° 276/2011 y ASFI 277/2011 de 16 de marzo de 2011 respectivamente, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO *Declarar la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R-8401/2011 de 24 de enero de 2011, referida a la inobservancia del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

SEGUNDO *Declarar la prescripción parcial del inciso 2) de la citada Nota de Cargos referente a las infracciones correspondientes a las gestiones del 2004 -2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1.*

TERCERO *Sancionar con multa pecuniaria a la Sres. Karina Rojas Cánido* Javier Navarro Agreda, Saúl Andrade Gutiérrez, *equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida por la citada Directora por el incumplimiento al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio al haber expuesto en sus Estados Financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a éste Órgano de Supervisión.*

CUARTO *La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N° 4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A, a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas", en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.*

QUINTO *Instruir al Directorio de la entidad la conformación de una comisión para el seguimiento y solución de cada uno de los puntos objeto de reclamo de los copropietarios del edificio "Los Ceibos", debiendo remitir a esta Autoridad informes mensuales sobre su grado de avance.*

SEXTO *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Mutual La Paz y de la Asamblea de Asociados, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copias de las correspondientes Actas."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 12 de abril de 2011 **Karina Rojas Canido en su condición de Directora de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 270/2011 de fecha 15 de marzo de 2011, con los mismos fundamentos presentados en su Recurso Jerárquico.

Que, en fecha 13 de abril de 2011 **Javier Navarro Agreda en su condición de Presidente del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"** presentó el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 276/2011 de fecha 16 de marzo de 2011 con los mismos fundamentos presentados en su Recurso Jerárquico.

Que, en fecha 13 de abril de 2011 **Mario Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz**", contra la Resolución Administrativa ASFI N° 277/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, con los mismos fundamentos presentados en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REVOCATORIA PRESENTADOS.-

4.1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°419/2011 DE 12 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°419/2011 de 12 de mayo de 2011, correspondiente a la Sra. *Karina Rojas Cánido* la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar parcialmente la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011, manteniendo firmes y subsistentes los resuelves primero, segundo, cuarto, quinto y sexto y modificando parcialmente el resuelve tercero, quedando redactado de la siguiente manera:

"Sancionar con multa pecuniaria a la señora Karina Rojas Cánido equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida en la gestión 2008, por el incumplimiento al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en sus estados financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a éste Órgano de Supervisión.

SEGUNDO.- La multa impuesta a la señora Karina Rojas Cánido mediante el resuelve tercero de la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011, será calculada en base a las dietas aprobadas y percibidas por el infractor en la gestión 2008, gestión en la que se produjo la infracción sancionada, debiendo precederse por la Jefatura de Finanzas a la liquidación y devolución del excedente efectivamente pagado, previo cumplimiento de las formalidades correspondientes al trámite.

Los fundamentos expuestos en la citada Resolución son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por la señora Karina Rojas Cánido, se ha establecido lo siguiente:

Con relación a la resolución contraria

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició un proceso administrativo en contra de la Mutual La Paz, emitiéndose la Resolución ASFI N° 341/2010, posteriormente en recurso de revocatoria a través de la Resolución ASFI N° 603/2010, se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.*

  Bajo este entendido, se emitió un nuevo informe de inspección ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010 y se procedió a notificar cargos a la entidad mediante carta ASFI/DSR I/R-8408/2011 de 24 de enero de 2011.

  Una vez evaluados los descargos de la Mutual La Paz, dentro del plazo previsto por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nª 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo

para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N° 285/2011, disponiendo sancionar a la entidad con multa de 3,000 Derechos Especiales de Giro.

La entidad habiendo sido notificada con la Resolución ASFI N° 341/2010, efectuó la cancelación de la multa según consta en el memorial presentado en fecha 28 de mayo de 2010 y papeleta de depósito N° 155325, sin embargo, una vez que la Mutual La Paz conoció dicha anulación del proceso, no procedió a solicitar la devolución de la sanción impuesta.

Asimismo, la entidad una vez que se notificó con la Resolución ASFI N° 285/2011, efectuó la cancelación de la multa, sin considerar que en la parte considerativa página 16 de dicha Resolución establecía que "La aplicación de la multa impuesta correspondiente al 1% del capital mínimo, debe considerarse para fines solamente expositivos, ya que Mutual La Paz con la finalidad de interponer Recurso de Revocatoria a la citada Resolución ASFI N° 341/2010, procedió al pago total de la multa equivalente al 1.5% del capital mínimo, correspondiendo la devolución del saldo restante a la citada Mutual, al representar la multa impuesta menor a la depositada por la referida entidad", en este entendido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impuesto doble sanción, por lo que no existe violación al principio non bis in ídem, el cual doctrinalmente implica la "prohibición de imponer una doble sanción, cuando exista identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad". (SC506/2005 de 10 de mayo).

Sin embargo, de lo anterior, mediante Resolución ASFI N° 392/2011 de 6 de mayo de 2011, a través del resuelve segundo se dispuso que por la Jefatura de Finanzas se proceda con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI N° 341/2010 de 7 de mayo de 2010, anulada a través de la Resolución ASFI N° 603/2010.

Con relación al objeto contradictorio

- *En relación a que la Resolución ASFI/N^{0} 270/2011 de 15 de marzo de 2011, como acto administrativo tendría un objeto contradictorio, cabe señalar que doctrinalmente se entiende por objeto del acto administrativo "Aquello que el acto decide, certifica u opina" (Gordillo - Tratado de Derecho Administrativo, VIIII-6), concordante con lo señalado el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley; asimismo, el artículo 28 de la citada Ley establece los elementos esenciales del acto administrativo, siendo uno de ellos el objeto el cual debe ser cierto, lícito y materialmente posible.*

  Siguiendo el lineamiento del citado precedente, la Resolución ASFI/N^{0} 270/2011 de 15 de marzo de 2011, tiene un objeto claro, cierto, lícito y materialmente posible disposiciones establecidas en los Resuelves Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, cuyas decisiones reflejan

las fundamentaciones fácticas y jurídicas, a través de las cuales se sostiene la legitimidad y oportunidad de la declaración de prescripción y la sanción de multa impuesta la señora Karina Rojas Canido.

- *Por otra parte, el cargo N° 2 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R 8401/2011 de 24 de enero de 2011, no se encuentra vinculado ni condicionado al cargo N" 1, por cuanto, el citado cargo N° 2 se refiere al incumplimiento del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y artículo 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Fermín Zenteno. Sin embargo, el cargo N° 1, se refiere al incumplimiento del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dicha infracción corresponde por el* ***castigo de la operación crediticia*** *N° 1005317 otorgada al señor Mario Fermín Zenteno, infracción que ha sido declarada prescrita, por lo que el cargo N° 2 es una infracción a la Ley de Bancos, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y al Código de Comercio no vinculada ni condicionada al cargo N° 1.*

- *En relación a la inseguridad jurídica al haber declarado la prescripción parcial del inciso 2) de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8401/2011, los estados financieros de la Mutual estuvieron expuestos en forma errónea por el castigo indebido, mismo que tuvo efecto en la disminución del índice de pesadez de la cartera durante las gestiones (2008 a 2009), lo cual reflejó en promedio una mora menor a la pesadez real, consecuentemente la Mutual expuso en sus balances una mejor posición financiera, ocasionando que el reporte de cartera y previsiones remitido a este Órgano de Supervisión y presentado a los Asociados y público en general no sea veraz.*

  En virtud a lo antedicho, se tiene que la exposición errónea de los estados financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009, se consideran como una infracción continua, por cuanto, el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida que la entidad exponía sus estados financieros con información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general.

  Como consecuencia de lo anterior, la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto son infracciones continuas ya que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo como producto del mal castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno al exponer la entidad en sus estados financieros información inexacta e imprecisa, así lo ratifica la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, al decir que: "Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, determina que la interrupción no es un efecto único,

instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (infracción continuada)".

En absoluta consonancia respecto a la facultad que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de proteger, supervisar la información respecto a los destinatarios en general, la Resolución Jerárquica SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, ha establecido (...) "Donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplia y clara, puesto que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario".

Con relación a la contradicción en la fundamentación

- *Respecto a la valoración emitida, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como Órgano Regulador del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, en el ejercicio de la mencionada competencia tiene la facultad para emitir apreciaciones de valor sobre los hechos acaecidos, en el presente caso, la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011, en las páginas 10, 11 y 12 señalan que existió una conducta contraria claramente determinada por la Ley de Bancos y Entidades Financieras Ley N° 1488 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin embargo no se puede sancionar ya que las infracciones han sido declaras prescritas.*

Con relación a las deficiencias en la tipificación del cargo imputado

- *En relación al Principio de Tipicidad, los incumplimientos establecidos en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8401/2011 de 24 de enero de 2011, son infracciones que de ninguna manera inciden o contrarían el deber que tiene la entidad de dar observancia a las disposiciones normativas señaladas en dicha carta, por lo que en el presente caso, la entidad no dio cumplimiento al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la entidad expuesto en sus estados financieros desde la gestión 2008 y 2009, información errónea, conducta que fue adecuadamente calificada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

- *En relación a que la entidad habría presentado sus estados financieros con el respectivo dictamen de los auditores extremos, cabe señalar que la auditoría externa tiene como objetivo emitir una opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros, alcance que no contempla la revisión particular y/o individualizada de las operaciones de castigo, por cuanto, el haber presentado la Mutual La Paz a esta Autoridad de Supervisión Estados Financieros con dictámenes de auditoría externa sin observaciones, ello no libera ni desvirtúa la infracción cometida por dicha entidad.*

- *En virtud del artículo 76 del Estatuto de la entidad, se encuentra la obligación de cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales que rigen a la Mutual La Paz, entre las cuales se encuentra el artículo 36 del Código de Comercio, el cual manda a la entidad a demostrar la situación de sus negocios de manera clara y todos los actos y operaciones sujetos a contabilización mandato legal que en el presente caso, fue inobservado complementariamente, puesto que la infracción del cargo N° 2 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8401/2011, se refiere a la infracción del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capitulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros en las gestiones 2008 y 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

- *Se debe considerar que de acuerdo al artículo 21 del estatuto de la Mutual La Paz se establece que "La Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberá llevarse a cabo hasta cincuenta días después del cierre del ejercicio anterior para tratar únicamente el siguiente orden del día: a) informe del Directorio sobre la Memorial Anual, el Balance General y Estado de Resultados", por lo que la Asamblea de Socios considera los estados financieros de la entidad, previo informe aprobado por el Directorio sobre los citados Estados.*

Con relación a los principios regulatorios y a los derechos

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría violado el principio de congruencia, desnaturalizando la carta de Notificación de Cargos, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/04/2004 de 12 de febrero expresó "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final", en el presente caso la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, se encuentra revestida de congruencia específica (petición- prueba-resolución).*

  Por otra parte, en el presente proceso sancionatorio, se advierte que la referida carta de Notificación de Cargos cumple con los requisitos establecidos en el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto se encuentra elaborada de manera escrita, establece las infracciones establecidas y las normas vulneradas, asimismo, se notificó a la señora Karina Rojas Canido, con los cargos impugnados otorgándole el plazo de siete días para que efectué el descargo o explicación correspondiente.

  Por lo referido, es imprescindible hacer referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 19/2004 de 08 de noviembre de 2004 que establece "La notificación de cargos es el acto procedimental por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las infracciones presuntamente cometidas por ésta, para que presente los

descargos, alegaciones y/o justificaciones en los plazos establecidos por ley, a fin de ejercer el irrestricto derecho a la defensa. En consecuencia, la notificación de cargos debe necesariamente contener todas las infracciones atribuidas a la persona o entidad por parte del órgano regulador, puesto que la Resolución Administrativa definitiva que dicte la autoridad administrativa deberá resolver sobre estas infracciones".

- *Respecto a la violación del procedimiento punitivo por no establecer el grado de responsabilidad de cada uno de los Directores, cabe señalar que en apego estricto de las disposiciones de los artículos 321 y 322 del Código de Comercio, establece que los Directores serán solidariamente e ilimitadamente responsables frente a la sociedad, accionistas y terceros por las decisiones asumidas en cumplimiento o violación de las leyes, estatutos, reglamentos o resoluciones de las juntas, por tanto, en virtud a la continuidad de la infracción atribuida, los Directores de la Mutual La Paz tienen responsabilidad respecto a la infracción contenida en el segundo cargo notificado, por lo que la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011, no vulnera el procedimiento punitivo.*

- *En relación a la violación del derecho a la defensa por no haber concedido audiencia pública para exposición de alegatos y abrir término de prueba, cabe señalar que la señora Karina Rojas Cánido, mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 18 de marzo de 2011, solicitó la apertura de término de prueba y señalamiento de día y hora de audiencia pública para exposición de alegatos, cuando la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011, ya había sido emitida, por lo que el rechazo se debió a que la petición se realizó en forma extemporánea.*

Respecto a la negativa a petición de nulidad de obrados

- *El artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo detalla los actos administrativos sancionados con nulidad de pleno derecho, sin que ninguno de ellos se adecúe a los fundamentos expuestos por el recurrente en su memorial de impugnación, por lo tanto la nulidad impetrada carece de sustento para su procedencia.*

- *Sin embargo tal, como se expuso anteriormente, mediante Resolución ASFI N°392/2011 de 6 de mayo de 2011, se dispuso que por la Jefatura de Finanzas se proceda con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI N° 341/2010 de 7 de mayo de 2010, anulada a través de la Resolución ASFI N° 603/2010.*

Respecto a las Dietas sobre la cual debe calcularse la sanción impuesta

- *Cada ordenamiento jurídico constituye la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.*

El inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, reconoce el Principio de Proporcionalidad, por el cual se determina que la Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la dicha ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 15 de septiembre de 2005, sobre el Principio de Proporcionalidad señala lo siguiente:

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

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

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

Consiguientemente, es necesario establecer la dieta aplicable a los efectos del pago de la multa correspondiente a ocho veces la dieta aprobada y percibida por la señora Karina Rojas Cánido, impuesta en el resuelve tercero de la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011.

Por lo tanto, en el marco del Principio de Proporcionalidad, la sanción debe ser aplicada considerando las circunstancias y el momento de la infracción cometida, que en el presente caso corresponde a la gestión 2008.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento del artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras Nª 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), ni lo previsto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1.

Que, según Informe Legal ASFI/DAJ/R-48423/2011 de 10 de mayo de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011, al exponer de forma consecutiva los estados financieros con deficiencias de exposición manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2008 y 2009 y por otra parte, en aplicación del Principio de Proporcionalidad, debe establecerse que la multa

impuesta a la señora Karina Rojas Canido, mediante el resuelve tercero de la citada resolución, será calculada en base a las dietas aprobadas y percibidas por el infractor en la gestión 2008, gestión en la que se produjo la infracción sancionada, debiendo precederse a la devolución del excedente efectivamente pagado, previo cumplimiento de las formalidades.

CONSIDERANDO:

"(…)Que, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) tiene atribución a imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el artículo 99 de la mencionada Ley faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para imponer sanciones cuando las Entidades Financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y Empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley.

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad,

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) dispone que las entidades financieras presentarán al Órgano de Supervisión, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Autoridad de Supervisión y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

Que, el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que la administración de las entidades financieras bancarias, se sujetará a las

disposiciones de la citada Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es responsabilidad de la entidad supervisada asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la que permanece en la entidad.

Que, el artículo 36 del Código de Comercio establece que todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalde.

Que, el artículo 82 del Estatuto de la Mutual La Paz, señala que el Gerente General es la máxima autoridad ejecutiva, a quien se le confían las funciones administrativas y operativas de la Mutual La Paz, mediante poderes otorgados por el Directorio, asimismo, el inciso a) del artículo 87 establece que es atribución del Gerente General, ejecutar y hacer cumplir las disposiciones legales relativas a la entidad, resoluciones de las Asambleas de Asociados, del Directorio y reglamentaciones internas.

Que, el artículo 21 del referido Estatuto señala que la Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberá llevarse a cabo hasta ciento cincuenta (150) días después del cierre del ejercicio anterior para tratar Únicamente el siguiente orden del día: a) Informe del Directorio sobre: 1. La Memoria Anual, el Balance General y Estado de Resultados, 2. Informe del Fiscalizador Interno, 3. Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 de diciembre del año precedente; b) Resolución sobre la apropiación de las resultados de la gestión precedente; c) Elección de Directores titulares y suplentes; d) Elección de Fiscalizador Interno titular y suplente; e) Elección del Comité Electoral…"

4.2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°429/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°429/2011 de 13 de mayo de 2011, correspondiente al señor Javier Navarro Agreda, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar parcialmente la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, manteniendo firmes y subsistentes los resuelves primero, segundo, cuarto, quinto y sexto y modificando parcialmente el resuelve tercero quedando redactado de la siguiente manera:

"Sancionar con multa pecuniaria al señor Javier Navarro Agreda equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida en la gestión 2008, por el incumplimiento al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en sus estados financieros por las gestiones

2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a éste Órgano de Supervisión.

***SEGUNDO.-** La multa impuesta al señor Javier Navarro Agreda mediante el resuelve tercero de la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, será calculada en base a las dietas aprobadas y percibidas por el infractor en la gestión 2008, gestión en la que se produjo la infracción sancionada, debiendo procederse por la Jefatura de Finanzas a la liquidación y devolución del excedente efectivamente pagado, previo cumplimiento de las formalidades correspondientes al trámite.*

Los fundamentos expuestos en la citada Resolución son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por el señor Javier Navarro Agreda, se ha establecido lo siguiente:

Con relación a la resolución contraría

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició un proceso administrativo en contra de la Mutual La Paz, emitiéndose la Resolución ASFI N° 341/2010, posteriormente en recurso de revocatoria a través de la Resolución ASFI N° 603/2010, se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.*

  Bajo este entendido, se emitió un nuevo informe de inspección ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010 y se procedió a notificar cargos a la entidad mediante carta ASFI/DSR I/R-8408/2011 de 24 de enero de 2011.

  Una vez evaluados los descargos de la Mutual La Paz, dentro del plazo previsto por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N° 285/2011, disponiendo sancionar a la entidad con multa de 3,000 Derechos Especiales de Giro.

  La entidad habiendo sido notificada con la Resolución ASFI N" 341/2010, efectuó la cancelación de la multa según consta en el memorial presentado en fecha 28 de mayo de 2010 y papeleta de depósito N° 155325, sin embargo, una vez que la Mutual La Paz conoció dicha anulación del proceso, no procedió a solicitar la devolución de la sanción impuesta.

  Asimismo, la entidad una vez que se notificó con la Resolución ASFI N° 285/2011, efectuó la cancelación de la multa, sin considerar que en la parte considerativa página 16 de dicha Resolución establecía que "La aplicación de la multa impuesta correspondiente al 1% del capital mínimo, debe considerarse para fines solamente expositivos, ya que la Mutual La Paz con la finalidad de interponer Recurso de Revocatoria a la citada Resolución ASFI N° 341/2010, procedió al pago total de la multa equivalente al 1.5% del capital mínimo, correspondiendo la devolución del saldo restante a la citada Mutual, al representar la multa impuesta menor a la

depositada por la referida entidad", en este entendido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impuesto doble sanción, por lo que no existe violación al principio non bis in idem, el cual doctrinalmente implica la "prohibición de imponer una doble sanción, cuando exista identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad". (SC506/2005 de 10 de mayo).

Sin embargo, de lo anterior, mediante Resolución ASFI N° 392/2011 de 6 de mayo de 2011, a través del resuelve segundo se dispuso que por la Jefatura de Finanzas se proceda con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI N° 341/2010 de 7 de mayo de 2010, anulada a través de la Resolución ASFI N° 603/2010.

Con relación al objeto contradictorio

- *En relación a que la Resolución ASFI/N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, como acto administrativo tendría un objeto contradictorio, cabe señalar que doctrinalmente se entiende por objeto del acto administrativo "Aquello que el acto decide, certifica u opina" (Gordillo - Tratado de Derecho Administrativo, VIIII-6), concordante con lo señalado el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley; asimismo, el artículo 28 de la citada Ley establece los elementos esenciales del acto administrativo, siendo uno de ellos el objeto el cual debe ser cierto, lícito y materialmente posible.*

  Siguiendo el lineamiento del citado precedente, la Resolución ASFI/N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, tiene un objeto claro, cierto, lícito y materialmente posible disposiciones establecidas en los Resuelves Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, cuyas decisiones reflejan las fundamentaciones fácticas y jurídicas, a través de las cuales se sostiene la legitimidad y oportunidad de la declaración de prescripción y la sanción de la multa impuesta al señor Javier Navarro Agreda.

- *Por otra parte, el cargo N° 2 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8450/2011 de 24 de enero de 2011, no se encuentra vinculado ni condicionado al cargo N° 1, por cuanto, el citado cargo N° 2 se refiere al incumplimiento del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo II del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y artículo 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Fermín Zenteno. Sin embargo, el cargo N° 1, se refiere al incumplimiento del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dicha infracción corresponde por el castigo de la operación crediticia N° 1005317 otorgada al*

señor Mario Fermín Zenteno, infracción que ha sido declarada prescrita, por lo que el cargo N° 2 es una infracción a la Ley de Bancos, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y al Código de Comercio no vinculada ni condicionada al cargo N° 1.

- *En relación a la inseguridad jurídica al haber declarado la prescripción parcial del inciso 2) de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8450/2011, los estados financieros de la Mutual estuvieron expuestos en forma errónea por el castigo indebido, mismo que tuvo efecto en la disminución del índice de pesadez de la cartera durante las gestiones (2008 a 2009), lo cual reflejó en promedio una mora menor a la pesadez real, consecuentemente la Mutual expuso en sus balances una mejor posición financiera, ocasionando que el reporte de cartera y previsiones remitido a este Órgano de Supervisión y presentado a los Asociados y público en general no sea veraz.*

  En virtud a lo antedicho, se tiene que la exposición errónea de los estados financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009, se consideran como una infracción continua, por cuanto, el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida que la entidad exponía sus estados financieros con información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general.

  Como consecuencia de lo anterior, la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto son infracciones continuas ya que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo como producto del mal castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno al exponer la entidad en sus estados financieros información inexacta e imprecisa, así lo ratifica la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, al decir que: "Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, determina que la interrupción no es un efecto único, instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (infracción continuada)".

  En absoluta consonancia respecto a la facultad que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de proteger, supervisar la información respecto a los destinatarios en general, la Resolución Jerárquica SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, ha establecido (...) "Donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplia y clara, puesto que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario".

Con relación a la contradicción en la fundamentación

- *Respecto a la valoración emitida, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como Órgano Regulador del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, en el ejercicio de la mencionada competencia tiene la facultad para emitir apreciaciones de valor sobre los hechos acaecidos, en el presente caso, la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, en las páginas 10, 11 y 12 señalan que existió una conducta contraria claramente determinada por la Ley de Bancos y Entidades Financieras Ley N° 1488 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin embargo no se puede sancionar ya que las infracciones han sido declaradas prescritas.*

Con relación a las deficiencias en la tipificación del cargo imputado

- *En relación al Principio de Tipicidad, los incumplimientos establecidos en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8450/2011 de 24 de enero de 2011, son infracciones que de ninguna manera inciden o contrarían el deber que tiene la entidad de dar observancia a las disposiciones normativas señaladas en dicha carta, por lo que en el presente caso, la entidad no dio cumplimiento al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financiera, al haber la entidad expuesto en sus estados financieros desde la gestión 2008 y 2009, información errónea, conducta que fue adecuadamente calificada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

- *En relación a que la entidad habría presentado sus estados financieros con el respectivo dictamen de los auditores externos, cabe señalar que la auditoría externa tiene como objetivo emitir una opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros, alcance que no contempla la revisión particular y/o individualizada de las operaciones de castigo, por cuanto, el haber presentado la Mutual La Paz a esta Autoridad de Supervisión Estados Financieros con dictámenes de auditoría externa sin observaciones, ello no libera ni desvirtúa la infracción cometida por dicha entidad.*

- *En virtud del artículo 76 del Estatuto de la entidad, se encuentra la obligación de cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales que rigen a la Mutual La Paz, entre las cuales se encuentra el artículo 36 del Código de Comercio, el cual manda a la entidad a demostrar la situación de sus negocios de manera clara y todos los actos y operaciones sujetos a contabilización mandato legal que en el presente caso, fue inobservado complementariamente, puesto que la infracción del cargo N° 2 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8450/2011, se refiere a la infracción del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N" 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capitulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros en las gestiones 2008 y 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

- *Se debe considerar que de acuerdo al artículo 21 del estatuto de la Mutual La Paz se*

establece que "La Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberá llevarse a cabo hasta cincuenta días después del cierre del ejercicio anterior para tratar únicamente el siguiente orden del día: a) informe del Directorio sobre la Memorial Anual, el Balance General y Estado de Resultados", por lo que la Asamblea de Socios considera los estados financieros de la entidad, previo informe aprobado por el Directorio sobre los citados Estados.

Con relación a los principios regulatorios y a los derechos

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría violado el principio de congruencia, desnaturalizando la carta de Notificación de Cargos, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/04/2004 de 12 de febrero expresó "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final", en el presente caso la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, se encuentra revestida de congruencia específica (petición- prueba-resolución).*

- *Por otra parte, en el presente proceso sancionatorio, se advierte que la referida carta de Notificación de Cargos cumple con los requisitos establecidos en el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto se encuentra elaborada de manera escrita, establece las infracciones establecidas y las normas vulneradas, asimismo, se notificó al señor Javier Navarro Agreda, con los cargos impugnados otorgándole el plazo de siete días para que efectué el descargo o explicación correspondiente.*

- *Por lo referido, es imprescindible hacer referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 19/2004 de 08 de noviembre de 2004 que establece "La notificación de cargos es el acto procedimental por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las infracciones presuntamente cometidas por ésta, para que presente los descargos, alegaciones y/o justificaciones en los plazos establecidos por ley, a fin de ejercer el irrestricto derecho a la defensa. En consecuencia, la notificación de cargos debe necesariamente contener todas las infracciones atribuidas a la persona o entidad por parte del órgano regulador, puesto que la Resolución Administrativa definitiva que dicte la autoridad administrativa deberá resolver sobre estas infracciones".*

- *Respecto a la violación del procedimiento punitivo por no establecer el grado de responsabilidad de cada uno de los Directores, cabe señalar que en apego estricto de las disposiciones de los artículos 321 y 322 del Código de Comercio, establece que los Directores serán solidariamente e ilimitadamente responsables frente a la sociedad, accionistas y terceros por las decisiones asumidas en cumplimiento o violación de las leyes, estatutos, reglamentos o resoluciones de las juntas, por tanto, en virtud a la*

continuidad de la infracción atribuida, los Directores de la Mutual La Paz tienen responsabilidad respecto a la infracción contenida en el segundo cargo notificado, por lo que la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, no vulnera el procedimiento punitivo.

- *En relación a la violación del derecho a la defensa por no haber concedido audiencia pública para exposición de alegatos y abrir término de prueba, cabe señala que el señor Javier Navarro Agreda, mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 18 de marzo de 2011, solicitó la apertura de término de prueba y señalamiento de día y hora de audiencia pública para exposición de alegatos, cuando la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, ya había sido emitida, por lo que el rechazo se debió a que la petición se realizó en forma extemporánea.*

Respecto a la negativa a petición de nulidad de obrados

- *El artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo detalla los actos administrativos sancionados con nulidad de pleno derecho, sin que ninguno de ellos se adecúe a los fundamentos expuestos por el recurrente en su memorial de impugnación, por lo tanto la nulidad impetrada carece de sustento para su procedencia.*

- *Sin embargo, como se expuso anteriormente, mediante Resolución ASFI N°392/2011 de 6 de mayo de 2011, se dispuso que por la Jefatura de Finanzas se proceda con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI N° 341/2010 de 7 de mayo de 2010, anulada a través de la Resolución ASFI N° 603/2010.*

Respecto a las Dietas sobre la cual debe calcularse la sanción impuesta

- *Cada ordenamiento jurídico constituye la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.*

  El inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, reconoce el Principio de Proporcionalidad, por el cual se determina que la Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la dicha ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

  La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 15 de septiembre de 2005, sobre el Principio de Proporcionalidad señala lo siguiente:

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

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

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

Consiguientemente, es necesario establecer la dieta aplicable a los efectos del pago de la multa correspondiente a ocho veces la dieta aprobada y percibida por el señor Javier Navarro Agreda, impuesta en el resuelve tercero de la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011.

Por lo tanto, en el marco del Principio de Proporcionalidad, la sanción debe ser aplicada considerando las circunstancias y el momento de la infracción cometida, que en el presente caso corresponde a la gestión 2008.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento del artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), ni lo previsto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1.

Que, según Informe Legal ASFI/DAJ/R-48418/2011 de 10 de mayo de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, al exponer de forma consecutiva los estados financieros con deficiencias de exposición manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2008 y 2009 y por otra parte, en aplicación del Principio de Proporcionalidad, debe establecerse que la multa impuesta al señor Javier Navarro Agreda, mediante el resuelve tercero de la citada resolución, será calculada en base a las dietas aprobadas y percibidas por el infractor en la gestión 2008, gestión en la que se produjo la infracción sancionada, debiendo procederse a la devolución del excedente efectivamente pagado, previo cumplimiento de las formalidades

(…)CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) tiene atribución a imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el artículo 99 de la mencionada Ley faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para imponer sanciones cuando las Entidades Financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y Empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley.

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) dispone que las entidades financieras presentarán al Órgano de Supervisión, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Autoridad de Supervisión y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

Que, el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que la administración de las entidades financieras bancarias, se sujetará a las disposiciones de la citada Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es responsabilidad de la entidad supervisada asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la que permanece en la entidad.

Que, el artículo 36 del Código de Comercio establece que todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a

contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalde.

Que, el artículo 82 del Estatuto de la Mutual La Paz, señala que el Gerente General es la máxima autoridad ejecutiva, a quien se le confían las funciones administrativas y operativas de la Mutual La Paz, mediante poderes otorgados por el Directorio, asimismo, el inciso a) del artículo 87 establece que es atribución del Gerente General, ejecutar y hacer cumplir las disposiciones legales relativas a la entidad, resoluciones de las Asambleas de Asociados, del Directorio y reglamentaciones internas.

Que, el artículo 21 del referido Estatuto señala que la Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberá llevarse a cabo hasta ciento cincuenta (150) días después del cierre del ejercicio anterior para tratar únicamente el siguiente orden del día: a) Informe del Directorio sobre: 1. La Memoria Anual, el Balance General y Estado de Resultados, 2. Informe del Fiscalizador Interno, 3. Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 de diciembre del año precedente; b) Resolución sobre la apropiación de los resultados de la gestión precedente; c) Elección de Directores titulares y suplentes; d) Elección de Fiscalizador Interno titular y suplente; e) Elección del Comité Electoral…."

4.3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°420/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°420/2011 de 13 de mayo de 2011, correspondiente al Sr. Mario Saúl Andrade Gutiérrez, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar parcialmente la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, manteniendo firmes y subsistentes los resuelves primero, segundo, cuarto, quinto y sexto y modificando parcialmente el resuelve tercero quedando redactado de la siguiente manera:

"Sancionar con multa pecuniaria al señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida en la gestión 2008, por el incumplimiento al artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en sus estados financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a éste Órgano de Supervisión.

***SEGUNDO.-** La multa impuesta al señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez mediante el resuelve tercero de la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, será calculada en base a las dietas aprobadas y percibidas por el infractor en la gestión 2008, gestión en la que se produjo la infracción sancionada, debiendo procederse por la Jefatura de Finanzas a la liquidación y devolución del excedente efectivamente pagado, previo cumplimiento de las formalidades correspondientes al trámite.*

Los fundamentos expuestos en la citada Resolución son los siguientes:

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por el señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez, se ha establecido lo siguiente:

Con relación a la resolución contraria

- *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició un proceso administrativo en contra de la Mutual La Paz, emitiéndose la Resolución ASFI N° 341/2010, posteriormente en recurso de revocatoria a través de la Resolución ASFI N° 603/2010, se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.*

  Bajo este entendido, se emitió un nuevo informe de inspección ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010 y se procedió a notificar cargos a la entidad mediante carta ASFI/DSR I/R-8408/2011 de 24 de enero de 2011.

  Una vez evaluados los descargos de la Mutual La Paz, dentro del plazo previsto por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N° 285/2011, disponiendo sancionar a la entidad con multa de 3,000 Derechos Especiales de Giro.

  La entidad habiendo sido notificada con la Resolución ASFI N° 341/2010, efectuó la cancelación de la multa según consta en el memorial presentado en fecha 28 de mayo de 2010 y papeleta de depósito N° 155325, sin embargo, una vez que la Mutual La Paz conoció dicha anulación del proceso, no procedió a solicitar la devolución de la sanción impuesta.

  Asimismo, la entidad una vez que se notificó con la Resolución ASFI N° 285/2011, efectuó la cancelación de la multa, sin considerar que en la parte considerativa página 16 de dicha Resolución establecía que "La aplicación de la multa impuesta correspondiente al 1% del capital mínimo, debe considerarse para fines solamente expositivos, ya que la Mutual La Paz con la finalidad de interponer Recurso de Revocatoria a la citada Resolución ASFI N° 341/2010, procedió al pago total de la multa equivalente al 1.5% del capital mínimo, correspondiendo la devolución del saldo restante a la citada Mutual, al representar la multa impuesta menor a la depositada por la referida entidad", en este entendido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impuesto doble sanción, por lo que no existe violación al principio non bis in idem, el cual doctrinalmente implica la "prohibición de imponer una doble sanción, cuando exista identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad". (SC506/2005 de 10 de mayo).

  Sin embargo, de lo anterior, mediante Resolución ASFI N° 392/2011 de 6 de mayo de 2011, a través del resuelve segundo se dispuso que por la Jefatura de Finanzas se proceda

con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI N° 341/2010 de 7 de mayo de 2010, anulada a través de la Resolución ASFI N° 603/2010.

Con relación al objeto contradictorio

- *En relación a que la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, como acto administrativo tendría un objeto contradictorio, cabe señalar que doctrinalmente se entiende por objeto del acto administrativo "Aquello que el acto decide, certifica u opina" (Gordillo - Tratado de Derecho Administrativo, VIII-6), concordante con lo señalado el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley; asimismo, el artículo 28 de la citada Ley establece los elementos esenciales del acto administrativo, siendo uno de ellos el objeto el cual debe ser cierto, lícito y materialmente posible.*

  Siguiendo el lineamiento del citado precedente, la Resolución ASFI/N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, tiene un objeto claro, cierto, lícito y materialmente posible disposiciones establecidas en los Resuelves Primero, Segundo, Tercero y Cuarto, cuyas decisiones reflejan las fundamentaciones tácticas y jurídicas, a través de las cuales se sostiene la legitimidad y oportunidad de la declaración de prescripción y la sanción de multa impuesta al señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez.

- *Por otra parte, el cargo N° 2 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8437/2011 de 24 de enero de 2011, no se encuentra vinculado ni condicionado al cargo N° 1, por cuanto, el citado cargo N° 2 se refiere al incumplimiento del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo II del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y artículo 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Fermín Zenteno. Sin embargo, el cargo N° 1, se refiere al incumplimiento del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el parágrafo primero del artículo 28 de dicha Ley y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dicha infracción corresponde por el* ***castigo de la operación crediticia N°*** *1005317 otorgada al señor Mario Fermín Zenteno, infracción que ha sido declarada prescrita, por lo que el cargo N° 2 es una infracción a la Ley de Bancos, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y al Código de Comercio no vinculada ni condicionada al cargo N° 1.*

- *En relación a la inseguridad jurídica al haber declarado la prescripción parcial del inciso 2) de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8437/2011, los estados financieros*

de la Mutual estuvieron expuestos en forma errónea por el castigo indebido, mismo que tuvo efecto en la disminución del índice de pesadez de la cartera durante las gestiones (2008 a 2009), lo cual reflejó en promedio una mora menor a la pesadez real, consecuentemente la Mutual expuso en sus balances una mejor posición financiera, ocasionando que el reporte de cartera y previsiones remitido a este Órgano de Supervisión y presentado a los Asociados y público en general no sea veraz.

En virtud a lo antedicho, se tiene que la exposición errónea de los estados financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009, se consideran como una infracción continua, por cuanto, el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida que la entidad exponía sus estados financieros con información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general.

Como consecuencia de lo anterior, la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto son infracciones continuas ya que el incumplimiento ha perdurado en el tiempo como producto del mal castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno al exponer la entidad en sus estados financieros información inexacta e imprecisa, así lo ratifica la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, al decir que: "Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, determina que la interrupción no es un efecto único, instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (infracción continuada)".

En absoluta consonancia respecto a la facultad que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de proteger, supervisar la información respecto a los destinatarios en general, la Resolución jerárquica SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, ha establecido (...) "Donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplia y clara, puesto que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario".

Con relación a la contradicción en la fundamentación

- *Respecto a la valoración emitida, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como Órgano Regulador del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del país, en el ejercicio de la mencionada competencia tiene la facultad para emitir apreciaciones de*

valor sobre los hechos acaecidos, en el presente caso, la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, en las páginas 10, 11 y 12 señalan que existió una conducta contraria claramente determinada por la Ley de Bancos y Entidades Financieras Ley N° 1488 (Texto Ordenado) y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin embargo no se puede sancionar ya que las infracciones han sido declaradas prescritas.

Con relación a las deficiencias en la tipificación del cargo imputado

- *En relación al Principio de Tipicidad, los incumplimientos establecidos en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8437/2011 de 24 de enero de 2011, son infracciones que de ninguna manera inciden o contrarían el deber que tiene la entidad de dar observancia a las disposiciones normativas señaladas en dicha carta, por lo que en el presente caso, la entidad no dio cumplimiento al artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financiera, al haber la entidad expuesto en sus estados financieros desde la gestión 2008 y 2009, información errónea, conducta que fue adecuadamente calificada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

- *En relación a que la entidad habría presentado sus estados financieros con el respectivo dictamen de los auditores externos, cabe señalar que la auditoría externa tiene como objetivo emitir una opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros, alcance que no contempla la revisión particular y/o individualizada de las operaciones de castigo, por cuanto, el haber presentado la Mutual La Paz a esta Autoridad de Supervisión Estados Financieros con dictámenes de auditoría externa sin observaciones, ello no libera ni desvirtúa la infracción cometida por dicha entidad.*

- *En virtud del artículo 76 del Estatuto de la entidad, se encuentra la obligación de cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales que rigen a la Mutual La Paz, entre las cuales se encuentra el artículo 36 del Código de Comercio, el cual manda a la entidad a demostrar la situación de sus negocios de manera clara y todos los actos y operaciones sujetos a contabilización mandato legal que en el presente caso, fue inobservado complementariamente, puesto que la infracción del cargo N° 2 de la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-8437/2011, se refiere a la infracción del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Titulo II, Capitulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber la Mutual La Paz presentado en sus estados financieros en las gestiones 2008 y 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.*

- *Se debe considerar que de acuerdo al artículo 21 del estatuto de la Mutual La Paz se establece que "La Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberé llevarse a cabo hasta cincuenta días después del cierre del ejercicio anterior para tratar únicamente el siguiente orden del día: a) informe del Directorio sobre la Memorial Anual, el Balance General y Estado de Resultados", por lo que la Asamblea de Socios considera*

los estados financieros de la entidad, previo informe aprobado por el Directorio sobre los citados Estados.

Con relación a los principios regulatorios y a los derechos

- *En relación a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría violado el principio de congruencia, desnaturalizando la carta de Notificación de Cargos, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/04/2004 de 12 de febrero expresó "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final", en el presente caso la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, se encuentra revestida de congruencia especifica (petición- prueba-resolución).*

  Por otra parte, en el presente proceso sancionatorio, se advierte que la referida carta de Notificación de Cargos cumple con los requisitos establecidos en el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto se encuentra elaborada de manera escrita, establece las infracciones establecidas y las normas vulneradas, asimismo, se notificó al señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez, con los cargos impugnados otorgándole el plazo de siete días para que efectúe el descargo o explicación correspondiente.

  Por lo referido, es imprescindible hacer referencia a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG S1REFI RJ 19/2004 de 08 de noviembre de 2004 que establece "La notificación de cargos es el acto procedimental por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las infracciones presuntamente cometidas por ésta, para que presente los descargos, alegaciones y/o justificaciones en los plazos establecidos por ley, a fin de ejercer el irrestricto derecho a la defensa. En consecuencia, la notificación de cargos debe necesariamente contener todas las infracciones atribuidas a la persona o entidad por parte del órgano regulador, puesto que la Resolución Administrativa definitiva que dicte la autoridad administrativa deberá resolver sobre estas infracciones".

- *Respecto a la violación del procedimiento punitivo por no establecer el grado de responsabilidad de cada uno de los Directores, cabe señalar que en apego estricto de las disposiciones de los artículos 321 y 322 del Código de Comercio, establece que los Directores serán solidariamente e ilimitadamente responsables frente a la sociedad, accionistas y terceros por las decisiones asumidas en cumplimiento o violación de las leyes, estatutos, reglamentos o resoluciones de las juntas, por tanto, en virtud a la continuidad de la infracción atribuida, los Directores de la Mutual La Paz tienen responsabilidad respecto a la infracción contenida en el segundo cargo notificado, por lo que la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, no vulnera el procedimiento punitivo.*

- *En relación a la violación del derecho a la defensa por no haber concedido audiencia pública para exposición de alegatos y abrir término de prueba, cabe señalar que el señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez, mediante memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 18 de marzo de 2011, solicitó la apertura de término de prueba y señalamiento de día y hora de audiencia pública para exposición de alegatos, cuando la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, ya había sido emitida, por lo que el rechazo se debió a que la petición se realizó en forma extemporánea.*

Respecto a la negativa a petición de nulidad de obrados

- *El artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo detalla los actos administrativos sancionados con nulidad de pleno derecho, sin que ninguno de ellos se adecúe a los fundamentos expuestos por el recurrente en su memorial de impugnación, por lo tanto la nulidad impetrada carece de sustento para su procedencia.*

- *Sin embargo, como se expuso anteriormente, mediante Resolución ASFI N°392/2011 de 6 de mayo de 2011, se dispuso que por la Jefatura de Finanzas se proceda con la liquidación y devolución de la multa impuesta en la Resolución ASFI N° 341/2010 de 7 de mayo de 2010, anulada a través de la Resolución ASFI N° 603/2010.*

Respecto a las Dietas sobre la cual debe calcularse la sanción impuesta

- *Cada ordenamiento jurídico constituye la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.*

  El inciso p) del artículo 4 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, reconoce el Principio de Proporcionalidad, por el cual se determina que la Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la dicha ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

  La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 15 de septiembre de 2005, sobre el Principio de Proporcionalidad señala lo siguiente:

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

  Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

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

Consiguientemente, es necesario establecer la dieta aplicable a los efectos del pago de la multa correspondiente a ocho veces la dieta aprobada y percibida por el señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez, impuesta en el resuelve tercero de la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011.

Por lo tanto, en el marco del Principio de Proporcionalidad, la sanción debe ser aplicada considerando las circunstancias y el momento de la infracción cometida, que en el presente caso corresponde a la gestión 2008.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento del artículo 94 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), ni lo previsto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Titulo II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1.

Que, según Informe Legal ASFI/DAJ/R-48418/2011 de 10 de mayo de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 277/2011 de 16 de marzo de 2011, al exponer de forma consecutiva los estados financieros con deficiencias de exposición manteniendo la recurrencia y continuidad de la infracción durante las gestiones 2008 y 2009 y por otra parte, en aplicación del Principio de Proporcionalidad, debe establecerse que la multa impuesta al señor Mario Saúl Andrade Gutiérrez, mediante el resuelve tercero de la citada resolución, será calculada en base a las dietas aprobadas y percibidas por el infractor en la gestión 2008, gestión en la que se produjo la infracción sancionada, debiendo procederse a la devolución del excedente efectivamente pagado, previo cumplimiento de las formalidades

"(…)CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) tiene atribución a imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el artículo 99 de la mencionada Ley faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para imponer sanciones cuando las Entidades Financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y Empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley.

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) dispone que las entidades financieras presentarán al Órgano de Supervisión, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Autoridad de Supervisión y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

Que, el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que la administración de las entidades financieras bancarias, se sujetará a las disposiciones de la citada Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 1, Sección 10, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que es responsabilidad de la entidad supervisada asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la que permanece en la entidad.

Que, el artículo 36 del Código de Comercio establece que todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalde.

Que, el artículo 82 del Estatuto de la Mutual La Paz, señala que el Gerente General es la máxima autoridad ejecutiva, a quien se le confían las funciones administrativas y operativas de la Mutual La Paz, mediante poderes otorgados por el Directorio, asimismo,

el inciso a) del artículo 87 establece que es atribución del Gerente General, ejecutar y hacer cumplir las disposiciones legales relativas a la entidad, resoluciones de las Asambleas de Asociados, del Directorio y reglamentaciones internas.

Que, el artículo 21 del referido Estatuto señala que la Asamblea Ordinaria, a convocatoria exclusiva del Directorio, deberá llevarse a cabo hasta ciento cincuenta (150) días después del cierre del ejercicio anterior para tratar únicamente el siguiente orden del día; a) Informe del Directorio sobre: 1. La Memoria Anual, el Balance General y Estado de Resultados, 2. Informe del Fiscalizador Interno, 3. Dictamen de Auditaría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 de diciembre del año precedente; b) Resolución sobre la apropiación, de los resultados de la gestión precedente; c) Elección de Directores titulares y suplentes; d) Elección de Fiscalizador Interno titular y suplente; e) Elección del Comité Electoral."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 1 de junio de 2011, la Sra. Karina Rojas Canido en su condición de Directora de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 419/2011 de fecha 12 de mayo de 2011.

Mediante memorial presentado el 3 de junio de 2011,el Sr. **Javier Navarro Agreda en su condición de Presidente del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 429/2011 de fecha 13 de mayo de 2011.

A través del memorial presentado el 3 de junio de 2011, el Sr. **Mario Saúl Andrade Gutiérrez en su condición de Director de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 420/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, siendo que los tres Recursos Jerárquicos presentan el siguiente tenor y texto:

"I. ANTECEDENTES.

Mediante Resolución ASFI/ Nº 607/2010 de fecha 21 de julio de 2010, se anuló el proceso sancionatorio iniciado en contra de los Directores de Mutual La Paz, por el crédito otorgado al señor Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social para el "Proyecto Habitacional El Ceibo", hasta la emisión de un nuevo Informe de Inspección, inclusive, en el cual se consideren los lineamientos señalados en esta Resolución.

Entre los actos administrativos anulados, por la Resolución N°603/2010 de fecha 21 de julio de 2010 se anuló la Resolución ASFI/N⁰ 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, en cuyo Artículo Primero sancionaba a la Mutual La Paz con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro "al haber expuesto en sus Estados Financieros desde la gestión 2004

hasta la gestión 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez".

Posteriormente, mediante carta ASFI/DSR I/R-8401/2011 de 24 de enero de 2011, fuí notificada con cargos por las presuntas infracciones del artículo 108 y 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993.

En fecha 4 de marzo de 2011 presenté descargos, en término hábil en base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en mi memorial, invoqué la prescripción, asimismo impugné el informe ASFI/DSR I/R-98051/2010 de 27 de septiembre de 2010, y notificación de cargos ASFI/DSR I/R-8401/2011 de 24 de enero de 2011, y presenté la explicación pertinente, conforme establece el Art. 109, última parte de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, pidiendo que, previo el trámite de rigor legal, se dicte el fallo previo y definitivo declarando prescrito los supuestos cargos y sea con todas las formalidades de ley.

Posteriormente fuí notificada con la Resolución ASFI N° 270/2011 de fecha 15 de marzo de 2011 dentro del proceso administrativo denominado edificio "Los Ceibos", que en su parte resolutiva dispone lo siguiente:

***Primero.-** Se declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/ R - 8401/2011, de 24 de enero de 2011 referido a la inobservancia del artículo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) y el Título V, Anexo I, Sección 6, artículo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

***Segundo.-** Se declara la prescripción parcial del inciso 2) de la citada Nota de Cargos, en lo referente a la gestión 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009 (Incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488).*

***Tercero.-** Se sanciona a mi persona con multa pecuniaria equivalente en bolivianos a ocho veces la dieta aprobada y percibida como Director por el incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos Y Entidades Financieras, Título II, Capítulo II, Sección 10 del artículo 1 concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, al haber expuesto en sus Estados Financieros por las gestiones 2008 y 2009, información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada al Órgano de Supervisión.*

En fecha 12 de abril de 2011, sin haber sido notificada personalmente, en transgresión del articulo 25 parágrafo II del D.S. N°27175 de 15/09/2033 y no obstante del incumplimiento de fondo, en término hábil, previo cumplimiento de los requisitos formales y en base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, interpuse Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI/N°270/2011 de fecha 15 de marzo de 2011, con la siguiente invocación: 1. La revocatoria parcial del artículo SEGUNDO, por el cargo de las gestiones 2008 y 2009, y la revocatoria total del artículo TERCERO y CUARTO de la Resolución ASFI N° 270/2011, de fecha 15 de marzo de 2011 en mérito a que el

Directorio y menos mi persona, no elabora los estados financieros, ya que es responsabilidad del área contable y Gerencia General; y 2. La devolución de la multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro, efectivamente pagados por Mutual La Paz en cumplimiento de la Resolución ASFI/N⁰ 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, que resultó posteriormente anulada por la ASFI.

II. ***FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO JERÁRQUICO.***

Los artículos 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, establecen que contra la resolución expresa o tácita, que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos, como es el caso de la Resolución ASFI N°419/2011 de fecha 12 de mayo de 2011, procede el Recurso Jerárquico, siendo este el caso que se origina en la inobservancia de la prescripción de la infracción e incumplimiento del procedimiento sancionatorio establecido en el D.S. 27175 y como consecuencia la inaplicabilidad de la sanción, más aún cuando no se han considerado enteramente las pruebas proporcionadas en su oportunidad y menos aún las atenuantes expuestas.

III. ***FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.***

1. <u>RESOLUCIÓN CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.</u>

El artículo 35, parágrafo I, inciso d), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. La Constitución Política del Estado, en su artículo 117, parágrafo II, establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, situación que vulnera los elementales derechos constitucionales a la defensa y a la seguridad jurídica. Este principio se aplica a materia sancionatoria penal y administrativa.

De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que Mutual La Paz ha sido doblemente condenada por el mismo hecho:

Mediante Resolución ASFI/N⁰ 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, se condena a Mutual La Paz, con multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2004 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Fermín Zenteno Benítez); monto de dinero que ha sido efectivamente pagado por la Mutual La Paz como consta en el comprobante de "Depósito en Cuenta" emitido por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en fecha 27 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 46.140.44, y que no ha sido devuelto por la ASFI como consecuencia de la nulidad dispuesta por la Resolución ASFI/ N° 603/2010 de fecha 21 de julio de 2010.

En la Resolución ASFI N° 285/2011, de fecha 16 de marzo de 2011, se condena a Mutual La Paz, con multa de 3.000 Derechos Especiales de Giro, por supuestos defectos de información contable de las gestiones 2008 - 2009 (información relativa al castigo contable de la operación de crédito del señor Mario Fermín Zenteno Benítez); monto de

dinero que al ser depositado en cumplimiento de esta Resolución constituirá un enriquecimiento ilícito de la ASFI porque a partir de ese momento tendrá en su propiedad dos sumas de dinero que responden a una misma causa prohibida por la Constitución en el artículo 117, parágrafo II: doble condena por el mismo hecho.

La ASFI al momento de determinar la nulidad de la primera Resolución que imponía la sanción de multa no debió limitarse a disponer la anulación del proceso sancionatorio sino, además y principalmente, disponer la devolución de todo lo dado y entregado por Mutual La Paz, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución anulada. Al no haber dispuesto esta devolución, en los hechos y en esencia, mantuvo la condena y sanción impuesta a Mutual La Paz, al convertirse hasta la fecha presente en la beneficiaría de 4.500 Derechos Especiales de Giro efectivamente pagados, después de haber sido removida por obra de la nulidad la causa que legalmente justificaba esta adquisición. Mientras esta suma de dinero no sea efectivamente devuelta a la Mutual La Paz, toda otra suma de dinero que la ASFI decida imponerle a título de sanción por el mismo hecho, constituye la doble condena prohibida por la Constitución Política del Estado.

Por otra parte la sanción impuesta a Mutual La Paz, constituye también una doble sanción ***por los mismos hechos*** *vulnerando uno de los principios que hacen al debido proceso el* ***PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM*** *que en definitiva supone la prohibición de un ejercicio reiterado del* ***iuspuniendi*** *del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en las sanciones administrativas y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

De tal manera, el principio del ***non bis in ídem*** *forma parte inmanente del debido proceso que entre sus varias definiciones constituye una garantía infranqueable por todo acto en el que pretenda ilegítimamente imponer sanciones, cargas o castigos y constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los procesos judiciales, en consecuencia la finalidad última de este principio* ***- non bis in ídem-*** *consiste en evitar que los mismos hechos o conductas sancionables, que ya han sido objeto de controversia, posteriormente vuelvan a hacerlo en otro de igual carácter.*

En ese orden de cosas, nuestro Tribunal Constitucional sentenció que "El principio non bis in ídem implica en términos generales ***la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos.*** *En la doctrina y jurisprudencia española, el principio* ***implica la prohibición de imponer una doble sanción cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad".*** *"En el principio se debe distinguir el* ***aspecto sustantivo*** *(nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y el* ***aspecto procesal o adjetivo*** *(nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado. En ese sentido,* ***existe vulneración al non bis in ídem,*** *no sólo cuando se sanciona* ***sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por el mismo hecho".***

Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, ***CUANDO SE IMPONE A UN MISMO SUJETO UNA DOBLE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.***

En nuestro Ordenamiento Jurídico el principio ***non bis in ídem,*** *si bien no encuentra reconocimiento constitucional autónomo,* ***encuentra protección como elemento de la garantía del debido proceso*** *establecida en el parágrafo II del artículo 117, de la Constitución Política del Estado Plurinacional.*

Por consiguiente, el principio como quedó precisado - ***no sólo tiene aplicación protectora en materia penal, sino también en materia administrativa*** *cuando se imponen sanciones por contravenciones cometidas contra la Administración* ***en el ámbito de sus diferentes sectores*** *en las cuales* ***si existe identidad en el hecho, en los sujetos y en el fundamento, no es posible imponer una nueva sanción,*** *siendo aplicable el principio* ***non bis in*** *ídem.*

Consecuentemente, su autoridad velando por el cumplimiento de los principios fundamentales de la actividad administrativa la que se rige por principios del Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al Orden Público Administrativo, no puede dejar de lado que uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación debiendo observarse las circunstancia de hecho y de derecho respecto a la sanción que fue impuesta en la Resolución ASFI/N^{0} 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010, aspecto que no ha merecido el pronunciamiento expreso de su autoridad dejando en el caso particular que nos refiere, en la indeterminación por la imposición de una sanción que debió quedar sin efecto al haberse anulado el proceso sancionatorio del cual se originó dicha sanción. En atención a los fundamentos antes expuestos, la actividad reguladora debe circunscribirse a los Principios Generales de la Actividad Administrativa debiendo regirse entre otros, por el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley asegurando a los administrados el debido proceso.

Asimismo, la Autoridad Reguladora no ha velado en el presente caso, por el cumplimiento de los Principios Sancionadores que establecen que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a los regulados estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

2. <u>ILEGALIDAD DEL OBJETO DE LA RESOLUCIÓN POR CONTRADICCIÓN DE SU PARTE RESOLUTIVA.</u>

El artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala: "Se considera (sic) acto administrativo, toda declaración disposición o decisión de la Administración Pública de alcance general o particular, emitido en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional cumpliendo con los requisitos o formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre los administrados. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".

Por su parte, el artículo 28 de la nombrada Ley, en cuanto a los elementos esenciales del acto administrativo, en su literal c) indica que: "El objeto debe ser cierto lícito y ***materialmente posible"*** *(las negrillas son mías).*

En la doctrina del Derecho Administrativo, el objeto del acto administrativo consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto pero materializado fuera de él.

Ahora bien, en el tratamiento de los elementos esenciales del acto administrativo se presupone, además la existencia de los vicios que lo pudieran afectar. Es así que el artículo 35, parágrafo I, inciso b), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos cuyo objeto sea ilícito o imposible.

Siguiendo este razonamiento, se tiene que la imposibilidad del acto administrativo, puede manifestarse por una imposibilidad de hecho, por falta de sustrato material que se configura cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, ha desparecido o simplemente cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible.

Por lo tanto, es contrario a la Ley, todo objeto de un acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias. Esto es lo que ocurre con la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la Resolución impugnada en su relación con las decisiones contenidas en los artículos

SEGUNDO Y TERCERO.

El artículo PRIMERO declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de la Nota de Cargo ASFI/DSR I/R - 8401/2011 de fecha 24 de enero de 2011. Esta infracción declarada prescripta (sic) corresponde al supuesto incumplimiento a la normativa bancaria sobre el castigo de la operación crediticia N° 1005317 otorgada al señor Mario Fermín Zenteno. Es decir, que al haberse declarado la prescripción de esta supuesta infracción, la ASFI ha determinado, jurídicamente, que mi persona no tiene ninguna responsabilidad por este hecho que se le atribuyó en la formulación de los cargos y, en consecuencia, no corresponde imponerme sanción alguna.

Como claramente se desprende del artículo Primero de la Resolución ASFI/N⁰ 341/2010, de fecha 7 de mayo de 2010 (resolución que fue anulada por la ASFI), la información supuestamente incorrecta expuesta por la Mutual La Paz en sus Estados Financieros desde la gestión 2004 hasta la gestión 2009, ha sido ocasionada por el "indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez"; por tanto el Cargo N° 2 por el que se sanciona a mi persona en los artículos SEGUNDO y TERCERO de la resolución impugnada (cargo referido a inexactitud de la información contable proporcionada), no es un Cargo autónomo e independiente con relación al Cargo N° 1, cuya infracción se ha declarado prescripta, (sic) (cargo relativo al supuesto incumplimiento de la normativa bancaria referida a la forma de hacer efectivo el castigo contable de un crédito). Por el contrario, el Cargo N° 2 está estrechamente

vinculado con el Cargo N° 1 y condicionado por éste. En la resolución impugnada no se sanciona por el registro de cualquier tipo de información contable, supuestamente incorrecta, inexacta o no veraz, sino por el registro de una información contable específicamente referida a un "indebido o ilegal castigo contable de un crédito"; extremo que no ha sido determinado por la ASFI porque declaró la prescripción de esta última infracción. Por tanto, si como consecuencia de la declaración de la prescripción de la infracción se ha determinado que mi persona no ha violado ninguna norma bancaria relativa al castigo del crédito otorgado al señor Mario Fermín Zenteno, es jurídicamente contradictorio sancionarla por el registro y exposición de una información contable cuya ilegalidad o violación a derecho no se ha determinado.

Coherentemente, únicamente podría haberse sancionado por los defectos del registro contable relativo al castigo del crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta entidad financiera por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

Por consiguiente, y en mérito a los argumentos antes descritos nos encontramos frente a la violación del ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final. Asimismo, desde el momento que esa Autoridad Reguladora expresamente señala en la parte considerativa de la Resolución Administrativa ASFI N°270/2Q11 de 15 de marzo de 2011, y acertadamente establece que "...el cómputo de la prescripción obedece a un criterio objetivo es decir comienza a computarse a partir del día siguiente de producido el hecho, el en presente caso, la operación crediticia del señor Mario Fermín Zenteno Benítez que fue castigada el 22 de diciembre de 2004* ***consiguientemente*** *se establece que* ***desde la fecha de acaecimiento de la infracción, hasta la fecha en la que se presentó denuncia a la ASFI,*** *(sic)* ***dando lugar al inicio del procedimiento sancionador, transcurrieron más de dos años*** *configurándose de esta forma* ***la prescripción de la infracción, no habiéndose determinado en ese periodo acciones o condiciones capaces de interrumpir la prescripción,*** *en base a los antecedentes del caso y al principio de la verdad material." (Subrayado y negrillas son mías)*

Consecuentemente, además de la prescripción de la infracción, nos encontramos frente a la prescripción de la acción entendida como un instituto de orden público por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración siendo que el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con ***el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolongue indefinidamente.***

Por lo tanto, al declarar esta Autoridad Reguladora la prescripción *parcial del inciso 2) de la Nota de Cargos ASFI/DSR 1/8401/2011 de 24 de enero de 2011 en lo referente a la gestión 2007, manteniendo firme el cargo por las gestiones 2008 y 2009, respecto al*

incumplimiento del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado) y a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Titulo II, Capitulo II, Sección 10 del artículo 1, nos encontramos frente a una situación de inseguridad jurídica en desmedro de nuestros derechos como regulados, ***conculcando uno de los fundamentos básicos de la prescripción como es el que nadie puede permanecer en incertidumbre por tiempo indefinido, debiendo ese ente regulador declarar la prescripción en su totalidad, en virtud a que respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente, hechos que en el presente caso no han sucedido por lo que la ASFI carece de argumentos que permitan determinar la última infracción en virtud a que la misma habría prescrito, así como la facultad punitiva de la ASFI para imponer una sanción.***

Por consiguiente, y en mérito a los argumentos antes descritos nos encontramos frente a la violación del ***principio de congruencia*** *que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final.*

3. CONTRADICCIONES INSALVABLES EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.

El artículo 36, parágrafo I, de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior. Un vicio grave del acto administrativo son los defectos de su fundamentación.

La Resolución impugnada ASFI N°270/2011 contiene contradicciones en su fundamentación, con relación a los Cargos N° 1 y 2; por una parte fundamenta las razones fácticas y jurídicas, que justifican a criterio de la ASFI la declaración de la prescripción de estas infracciones, pero por otra parte, realiza valoraciones discrecionales de reproche a la conducta de Mutual La Paz y sus Directores, con relación a los mismos cargos e infracciones, que únicamente se justificarían sí la ASFI, no hubiera declarado su prescripción y, en consecuencia, hubiera impuesto una sanción por éstas infracciones.

Si la ASFI declara la prescripción de una infracción ya no debe realizar ninguna valoración sobre el mérito o el demérito de la conducta del administrado sujeto al procedimiento sancionatorio. Estas valoraciones sobre el fondo de los hechos y de la conducta atribuida al supuesto responsable de la infracción, únicamente resultan pertinentes si no se declara la prescripción de las infracciones atribuidas. La declaración de prescripción inhibe cualquier declaración sobre el mérito o el demérito de la conducta; si en el análisis jurídico la prescripción no corresponde, recién cobra sentido formular sanción a una persona porque se la considera responsable de la comisión de una infracción cuya acción administrativa se encuentra todavía vigente y, en consecuencia, se le impone la responsabilidad y sanción que el orden jurídico vigente establece para ese caso. Complementariamente a lo expuesto precedentemente, la

Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el ***principio de tipicidad*** *de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en la las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es el orden de observar un determinado comportamiento, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. Por lo tanto lo que la Autoridad Reguladora debe evitar es caer en una decisión discrecional, arbitraria y subjetiva, y no apartarse del Principio de Legalidad que establece que el procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico preservando la legalidad en todos sus actos. Finalmente, la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica de respeto al debido proceso y sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas conexas.*

4. <u>DEFICIENCIAS EN LA TIPIFICACIÓN DEL CARGO IMPUTADO.</u>

En la citada Nota de Cargo ASFI/DSR I/ R - 8401/2011, en el inciso 2) erróneamente se subsume los hechos al derecho y DESHACERTADAMENTE (sic) se tipifica la infracción como si mi persona hubiera incumplido el artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 de 14/04/1993,(Texto Ordenado) concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y 36 del Código de Comercio, al haber la Mutual "La Paz" presentado en sus estados financieros desde la gestión 2007, hasta la gestión 2009, información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro del castigo de la operación crediticia concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez.

El Artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 dice: *"Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera. La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa"...*

Mutual La Paz en cumplimiento del artículo 94 y en los plazos requeridos remitió a la ASFI los Estados Financieros de la entidad de las gestiones 2008 y 2009 con el respetivo (sic) dictamen de los Auditores Independientes Pricewaterhouse CooperS S.R.L.

Por tanto Mutual La Paz, ni mi persona incumplieron lo establecido por el Artículo 94 de la Ley N°1488, esto consta en publicaciones de prensa, actas de Asambleas Ordinarias y memorias institucionales.

El Artículo 1° parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dice: *Es responsabilidad de la entidad supervisada: "Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad".*

La entidad se aseguró de enviar a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y todas las entidades afines, los estados financieros de Mutual La Paz de las gestiones 2008 y 2009 con exactitud y veracidad, por lo que la entidad, el Directorio y ni mi persona incumplieron la normativa de la ASFI, ya que los estados financieros reflejan las decisiones en materia de castigos y no a la inversa.

El Artículo 36 del Código de Comercio dice: *"(Obligación de llevar contabilidad) Todo comerciante está en la obligación de llevar una contabilidad adecuada a la naturaleza, importancia y organización de la empresa, sobre una base uniforme que permita demostrar la situación de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos y operaciones sujetos a contabilización, debiendo además conservar en buen estado los libros, documentos y correspondencia que los respalden".*

Mutual La Paz, lleva una contabilidad adecuada a normas que rigen la materia, que demuestra la situación de la entidad, justifica los actos y operaciones sujetos a contabilización y registro; asimismo, conserva sus libros y documentos de respaldo de acuerdo a la normativa vigente, por tanto la entidad, el Directorio y mi persona tampoco incumplieron el artículo 36 del Código de Comercio.

El Ex Director Ejecutivo a.i. de la ASFI Reynaldo Yujra Zegales, tampoco consideró que dentro de las atribuciones del Directorio contenidas en el artículo 76 del Estatuto de Mutual La Paz, NO se encuentra expresamente establecida la responsabilidad del Directorio de elaborar, revisar los asientos contables y estados financieros, exponer, auditar, menos aprobar los Estados Financieros de la entidad.

Las atribuciones sobre los estados financieros de Mutual La Paz se encuentra bajo responsabilidad de otras instancias, como a continuación se expone:

Del Gerente General

Dentro de las atribuciones y deberes del Gerente General contenidas en el artículo 87 inciso b) del Estatuto se encuentran claramente establecidas la de prestar información confiable y oportuna en las áreas contable, administrativa, operativa y otras y asumir responsabilidad por dicha información.

El Directorio otorga crédito al informe del Gerente General.

De las Asambleas Ordinarias:

La Asamblea Ordinaria de Asociados de Mutual La Paz de acuerdo al orden del día establecido en el artículo 21 del Estatuto, anualmente aprueba lo siguiente:

1. *La memoria Anual (que contiene una información general), el Balance General y Estado de Resultados (que es expuesto por el Gerente General).*
2. *Dictamen de Auditoría Externa correspondiente a la gestión anual que finaliza el 31 diciembre del año precedente.*
3. *Resolución sobre la apropiación de los resultados de la gestión precedente.*

Actos que son recogidos en las Actas de las Asambleas Ordinarias con intervención de Notario de Fe Pública.

El Estado de Resultados es verificado por el Auditor Externo.-

El Auditor Externo Independiente, anualmente audita los estados financieros de la gestión y como resultado del mismo emite su dictamen e informe, el mismo que es publicado, remitido a la ASFI y aprobado por la Asamblea Ordinaria de Asociados. En el presente caso la firma Pricewaterhouse Coopers S.R.L. examinó los estados de situación patrimonial de Mutual La Paz de las gestiones 2008 y 2009, y los correspondientes estados de ganancias y pérdidas, de cambios en el patrimonio neto y de flujo de efectivo por los ejercicios terminados en esas gestiones, así como las notas, aclarando en su dictamen que los estados financieros es responsabilidad de la Gerencia.

Por las atribuciones expuestas, el cargo que imputa a mi persona y al Directorio y por el cual se me pretende sancionar, vulnera el ***PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LEGALIDAD*** *que rige el procedimiento sancionatorio administrativo, conforme lo determinan los artículos 71, 75 de la Ley 2341 y 62 del D.S. 27175.*

Al respecto, la Resolución Jerárquica RJ 016/2003 de 8 de septiembre de 2003, dejó claramente establecido que "... debe existir una correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde de acuerdo al grado de participación".

La sanción impuesta vulnera también el ***PRINCIPIO OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO PUNITIVO,*** *porque no se estableció el* ***grado de responsabilidad*** *de cada uno de los Directores como establece el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, disposición que forma parte del considerando de la Resolución objeto de impugnación.*

El Directorio de Mutual La Paz, no elabora, no revisa los asientos contables y Estados Financieros, no expone, no audita y quienes aprueban y asumen la responsabilidad es la Asamblea General Ordinaria de Asociados, la misma que también aprueba el Dictamen del Auditor Externo.

En consecuencia no debería imponerse sanción pecuniaria alguna a los miembros de ese cuerpo colegiado.

La ASFI sostiene que la excepción de prescripción presentada por mi persona, no alcanza a las gestiones 2008 y 2009, por cuanto la exposición errónea de los Estados Financieros de la entidad por este período se considera como una infracción de Tracto Sucesivo

El Tratadista Manuel Osorio define en materia contractual al Tracto Sucesivo como las prestaciones de una de las dos partes de cumplimiento reiterado o continuo que no se aplica a ámbito administrativo, por no existir un acuerdo contractual entre partes.

De lo señalado se establece que coherentemente, únicamente podría haberse sancionado a Mutual La Paz por los defectos del registro contable relativo al castigo del

crédito si a la vez hubiera sido sancionada esta Entidad Financiera por haber castigado ilegalmente este crédito; hecho que no ocurrió porque con relación a esta supuesta infracción la ASFI declaró la prescripción.

IV. PETITORIO

Por lo fundamentado y habiéndose acreditado la vulneración de mis derechos subjetivos así como mis intereses legítimos debido a la inadecuada aplicación del proceso sancionatorio, donde además no se determinó daño económico que sea atribuible a mi persona, y menos aún reincidencia en este tipo de hechos, y por la ausencia de los elementos constitutivos que fundamentan la sanción de multa pecuniaria, en aplicación del numeral I del artículo 11 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 y el artículos 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado por Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N°419/2011 de 12 de mayo de 2011 y por consiguiente contra Resolución ASFI/N°270/2011 de fecha 15 de marzo de 2011 que fue confirmada parcialmente, solicitando además que se admita el Recurso Jerárquico en cumplimiento al artículo 55 del mismo Decreto Supremo y se deje sin efecto las resoluciones recurridas y por tanto se deje sin efecto la sanción de multa pecuniaria interpuesta a mi persona…"

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Los recurrentes señalan que la Resolución objeto de impugnación sería contraria a la Constitución Política del Estado por lo tanto la misma serian nula.-

Los Sres. Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda, Saúl Andrade Gutiérrez señalan que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz habría sido doblemente castigada primero a través de Resolución Administrativa ASFI N°341/2010 de fecha 7 de mayo de 2010, con una **multa de 4.500 Derechos Especiales de Giro, equivalente al 1.5% del capital mínimo,** previsto por ley para entidades financieras, y a su vez se hubiera vuelto a sancionar a la Mutual a través de la Resolución Administrativa ASFI N°285/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, **con multa de 3.000 Derechos Especiales de Giro, equivalente al**

1% del capital mínimo, previsto por ley para entidades financieras, misma que fue confirmada en Recurso de Revocatoria por la Resolución Administrativa ASFI N°392/2011.

De los antecedentes señalados por los recurrentes se tiene que estos hacen referencia a una supuesta doble sanción que habría sufrido Mutual La Paz, sin embargo olvidan que el objeto de este proceso es determinar la responsabilidad intuito personae de los Directores por los incumplimientos al artículos 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 36 del Código de Comercio, y no así determinar la responsabilidad de Mutual La Paz como institución.

Que a su vez en cuanto a la doble sanción que supuestamente habría sufrido Mutual La Paz la misma ya fue objeto de pronunciamiento por esta Autoridad Administrativa dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz"**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 392/2011 de fecha 6 de mayo de 2011, mismo que determino a través de Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2011 de fecha 16 de septiembre de 2011 lo siguiente:

> *"(…)El recurrente acusa que se ha vulnerado el parágrafo primero del artículo trigésimo quinto de la Ley de Procedimiento Administrativo manifestando que la Autoridad Fiscalizadora habría sancionado doblemente al administrado por un mismo hecho invocando también la disposición constitucional contenida en su artículo 117, parágrafo II en el que establece la prohibición de la dualidad de procesamiento y/o condena por una misma causa.*
>
> *Al respecto, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz realizó dos depósitos bancarios como consecuencia de un proceso sancionatorio administrativo instaurado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el primero fue como consecuencia de la sanción impuesta en la Resolución Administrativa ASFI/N° 342/2010 de 07 de mayo de 2010; posteriormente dicho acto administrativo fue anulado por la citada autoridad fiscalizadora mediante Resolución Administrativa 606/2010 de 21 de julio de 2010; dejando en consecuencia sin efecto la sanción pecuniaria impuesta a la "Mutual La Paz"*
>
> *Posteriormente, la ASFI nuevamente retoma el trámite procesal notificando de nuevo con cargos al administrado, presentado este sus descargos correspondientes emitiéndose finalmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 280/2011 de 16 de marzo de 2011, por la cual se dispone sancionar a la "Mutual La Paz" con un multa de un mil Derechos Espaciales de Giro por incumplimiento a la norma administrativa detallada en el tercer considerando de la presente Resolución Ministerial Jerárquica; sanción administrativa que también fue depositada a una cuenta bancaria por el recurrente.*
>
> *En este entendido, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en un caso análogo ha emitido criterio al respecto, correspondiendo dar continuidad a la línea jurídica sentada en esta máxima instancia de impugnación administrativa por lo que a mayor*

ilustración del administrado resulta pertinente traer a colación el fragmento pertinente de la Resolución Ministerial Jerárquica 007/2010 de 07 de enero de 2010 que refiere:

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

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

Esta errada pretensión por parte de la entidad recurrente provocó incluso que el órgano de fiscalización emitiera un criterio sesgado, ya que en la Resolución Administrativa ASFI Nº 280/2011de 16 de marzo de 2011 señala que el recurrente a tiempo de interponer Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 342/2010 de 07 de mayo de 2010 (misma que fue objeto anulación por la propia ASFI) habría procedido al pago de la multa pecuniaria impuesta, equivalente al 0.5% del capital mínimo por lo que la multa correspondiente al 0.33% del capital mínimo (que se impuso en la Resolución ASFI 280/2011), debe considerarse para fines solamente expositivos correspondiendo la devolución del saldo.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede disponer de recursos que no son de su propiedad ya que al momento de anular la Resolución Administrativa ASFI Nº 342/2010 hasta la emisión de un nuevo informe de inspección inclusive; todos los actos procesales llevados a cabo hasta el momento de la anulación quedaron sin efecto legal alguno y esta disposición incluye el empozo de la multa realizada por el administrado, no pudiendo el órgano de fiscalización disponer o presuponer que la sanción con multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 280/2011, ya se encontraría oblada por efecto del depósito realizado anteriormente por un acto administrativo anulado; a no ser que de manera expresa el recurrente manifieste su voluntad y solicite que el monto depositado con anterioridad – como consecuencia de que el anterior acto administrativo haya sido anulado – pase a cubrir la sanción impuesta en el nuevo acto administrativo emitido; situación que no se evidencia en el expediente administrativo.

De acuerdo a lo esbozado, debe quedar claro al órgano de regulación excedió su competencia al pretender disponer de una multa que no gozaba con autoridad de cosa juzgada ni vigente por efecto de la anulación entonces, estos recursos

económicos son de propiedad del administrado; debiendo ser este quien decida o solicite si dichos recursos podrían pasar a cubrir una nueva multa impuesta, o en su defecto ejercer su derecho a solicitar su devolución, confundiendo este derecho atributivo solo a ellos con una doble sanción administrativa tal cual se pasara a compulsar a continuación:

La Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" señala que al haber empozado un segundo depósito por un mismo procedimiento administrativo sancionatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estaría sancionando dos veces por una misma acción al regulado desconociendo el alcance de las anulabilidades procesales, que de manera expresa retrotraen sus efectos al momento en el que se anuló el acto, quedando sin efecto cualquier actuación procesal anterior, debiendo reponerse las cosas donde quedaron, como por ejemplo la multa depositada.

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

Finalmente, la Resolución Administrativa ASFI Nº 394/2011 de 6 de mayo de 2011 de manera expresa dispuso en su artículo segundo la devolución de la multa impuesta en la Resolución Administrativa ASFI Nº 342/2010 de 07 de mayo de 2010, como consecuencia de que el recurrente ya en instancia revocatoria acusó a la administración pública de haberse impuesto una doble sanción, siendo su deber realizar los trámites legales y administrativos que correspondan para proceder a su devolución, constituyendo también este otro aspecto legal inequívoco de que no se impuso una doble sanción al administrado ni se contravino la disposición trigésima quinta de la Ley de Procedimiento Administrativo ni el artículo 117 de la Constitución Política del Estado.

Que, congruentemente con lo esgrimido, corresponde precisar que no corresponde la solicitud de anulación de un proceso, por la falta de devolución o restitución de una multa que corresponde a otro proceso anulado, (que ya carece de efectos), implicando que por dicha situación no puede viciar el presente proceso. Argumento que a su vez ya fue objeto de pronunciamiento por esta instancia Jerárquica en su Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011…"

2. En cuanto a la ilegalidad del objeto de la Resolución por contradicción de su parte resolutiva.-

Los recurrentes señalan que todo acto administrativo que contenga de manera simultánea dos decisiones contradictorias son nulas de pleno derecho, que en el presente caso existirían dos decisiones contradictorias contenidas en el artículo segundo y tercero ya que el

primero declara la prescripción de la infracción contenida en el inciso 1) de las notas de Cargo de fecha 24 de enero de 2011.

Al respecto y revisadas las Resoluciones Administrativas ASFI N°419/2011 de 12 de mayo de 2011, ASFI N° 429/2011, ASFI N° 420/2011 estas dos últimas de fecha 13 de mayo de 2011, correspondientes a los recurrentes Karina Rojas Canido, Javier Navarro Agreda, Saúl Andrade Gutiérrez, se tienen que las mismas no contendrían decisiones contradictorias en la parte resolutiva haciendo referencia el resuelve primero a la multa pecuniaria que tendría que pagar los directores por incumplimiento al artículo 94 y el segundo resuelve a que la multa será calculada en base a las dietas aprobadas por el infractor en la gestión 2008 gestión en la que se produjo la infracción sancionada.

Que en el presente caso, los recurrentes confunden la Resoluciones Administrativas sancionatoria ASFI 270/2011 de 15 de marzo de 2011, ASFI N° 276/2011, ASFI N° 277/2011 estas dos últimas de fecha de 16 de marzo de 2011, con las resoluciones objeto de impugnación es decir con las que resuelven el Recurso de Revocatoria.

En cuanto a la prescripción de las infracciones contenidas en las notas de cargo ASFI/DSRIR-8401/2011, ASFI/DSRI/R-8450/2011 y ASFI/ DSR I/R- 8437/2011 todas ellas de 24 de enero de 2011 referidas a la inobservancia del artículo 108 de la LBEF y el Título V, Anexo I, Sección 6, articulo 3 numeral 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Así como en cuanto al cargo dos correspondiente a la infracción del artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber los directores presentado en sus estados financieros desde la gestión 2008 y 2009 información que no se adecúa al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por el registro de la operación crediticia concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez, se tiene que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ya emitió criterio en su Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 45/2011 misma que determinó lo siguiente:

"(…)Contrario sensu a lo manifestado por el administrado, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala que no existe correlación entre los cargos imputados puesto que el primero señala la inobservancia a los artículos 50 inciso b) numeral 4 y articulo 108 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras entre otros y el tercer cargo refiere al incumplimiento del articulo 94 parágrafo I) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras correspondiendo esta a la errónea exposición de los estados financieros.

Asimismo señala que la exposición errónea de los Estados Financieros de la Mutual La Paz por las gestiones 2008 y 2009 se consideran como una infracción continua por cuanto el incumplimiento ha perdurado en el tiempo en la medida de que la institución financiera exponía información inexacta e imprecisa, afectando la calidad de esta información respecto a los destinatarios en general; siendo las infracciones cometidas por las gestiones 2008 y 2009 de tracto sucesivo o continuo.

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

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

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

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

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

En este contexto, corresponde realizar una subsunción de los hechos al derecho, teniendo en cuenta que la autoridad supervisora manifestó que el cargo correspondiente al castigo de la operación no tendría vinculancia directa con el cargo referente a la errónea exposición de estados financieros, puesto que el primer cargo establece el incumplimiento de determinadas infracciones legales del ámbito jurídico administrativo y el segundo a otro tipo contravenciones también administrativas, por tanto estas serían distintas, acto seguido, la citada autoridad señala que el efecto de la prescripción no alcanza a las gestiones 2008 y 2009 por cuanto son infracciones de "tracto sucesivo" contradiciendo lo manifestado precedentemente, ya que si los cargos en primera instancia corresponderían a infracciones distintas al ordenamiento jurídico administrativo no podemos vincular estos con un efecto continuado o tracto sucesivo

porqué si fuese así, no debió declararse la prescripción de los cargos imputados, puesto que como resultado del efecto continuado de la infracción contenida en el tercer cargo, el instituto jurídico de la prescripción debió ser interrumpido al momento de que la Mutual La paz exponía sus estados financieros erróneos como consecuencia de un mal castigo.

Asimismo es evidente que la aparente exposición de los Estados Financieros de la Mutual La Paz de manera anual conllevaron diferentes consecuencias ante el mercado, sus ahorristas, sujetos de crédito y público en general, creando expectativas ficticias a estos mostrando una situación financiera que no se ajustaba a la realidad material de la Mutual, debiendo la autoridad supervisora haber establecido un grado de culpa en base a dicho criterio bajo una fundamentación adecuada de acuerdo al ordenamiento jurídico administrativo que no vincule de manera directa una infracción con otra que haya sido declarada prescrita; fundamentación que debió estar conforme lo establece el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo constituyendo esta un elemento esencial del acto administrativo a efecto que no comprometa la validez y eficacia del acto.

La interrelación otorgada a los cargos entre sí por efecto del "Tracto Sucesivo" otorgado; sumado esto a la declaración de prescripción que otorgó el órgano de fiscalización a los dos primeros cargos, compromete de manera directa la suerte del tercer cargo con el efecto de la prescripción, puesto que no es posible que instancia ad quem actué en detrimento del administrado empeorando su situación cuando este precisamente acude ante instancia jerárquica a solicitar el amparo de sus derechos subjetivos e intereses legítimos que fueron agraviados con el pronunciamiento de un acto administrativo emitido por instancia inferior principio procesal denominado como "Reformatio in peius" recogido por nuestra economía jurídica administrativa.

En este contexto, el aludido principio procesal inhibe a esta instancia administrativa a emitir un pronunciamiento que como consecuencia genere una situación procesal peor a la que se encuentra el regulado como consecuencia de una inadecuada fundamentación realizada por autoridad administrativa fiscalizadora.

Por lo expuesto, se debe hacer notar a la Entidad Reguladora que al haber declarado la prescripción en cuanto al cargo uno y dos ha hecho justamente que el cargo carezca de validez en razón a que como ya dijimos el cargo tres no es un cargo autónomo e independiente situación jurídica que la propia Autoridad Fiscalizadora le otorgó al manifestar que son infracciones continuadas y/o de "tracto Sucesivo" no habiendo – en todo caso – realizado una correcta aplicación de tal vocablo si posteriormente pretendió señalar dicho tercer cargo consistía a una infracción diferente a la de los cargos anteriores, como sugiere la ASFI, sino que el mismo estaba íntimamente relacionado al castigo del crédito del Sr. Mario Fermín Zenteno Benítez , por lo que mal se le puede sancionar por haber expuesto en sus Estados Financieros 2008 y 2009 información incorrecta si este justamente es el resultado del indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Fermín Zenteno Benítez. …"

3. En cuanto a las deficiencias en la tipificación del cargo imputado.-

Los recurrentes señalan que el artículo 94 parágrafo primero de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, hace referencia a que las Entidades Financieras deben presentar a la Superintendencia una vez al año los estados financieros. En el caso de autos la entidad financiera, habría remitido los estados financieros correspondientes a las gestiones 2008 y 2009 a la ASFI , con el respectivo dictamen de Auditoría externa por lo que en el presente caso no existía un incumplimiento al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

En primer término corresponderá verificar la norma, es así que se tiene, que la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en su artículo 94 señala:

> *"Las entidades financieras presentarán a la Superintendencia, una vez al año, sus estados financieros, con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.*
>
> *La Superintendencia mantendrá un registro de firmas de auditoría externa. Las entidades de intermediación financiera publicarán sus estados financieros al 30 de junio y al 31 de diciembre de cada año, en un diario de circulación nacional. Las entidades financieras conservarán, debidamente, los libros y documentos referentes a sus operaciones, microfilmados o registrados en medios magnéticos y electrónicos, por un período no menor a diez (10) años, desde la fecha del último asiento contable".*

Como se evidencia, el artículo 94 de la LBEF establece la obligación de remitir los estados financieros una vez al año con dictamen de auditoría externa, elaborados conforme a normas de contabilidad contenida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por la Superintendencia y normas internacionales de contabilidad aplicables a la intermediación financiera.

En el presente caso la infracción cometida por los recurrentes corresponde a haber expuesto en sus estados financieros gestiones (2008 y 2009), información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada a la ASFI.

Nótese en este punto que de la simple lectura del artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, no corresponde a la conducta infringida por los recurrentes, debido a que la misma hace referencia a **la obligación que tiene la entidad financiera** de **remitir los estados financieros una vez al año a la Superintendencia** que el objeto del presente proceso es determinar la responsabilidad intuito personae de los directores, por haber expuesto en sus estados financieros información incorrecta y no así se está sancionando la responsabilidad que tendría en este caso la institución (Mutual La Paz), misma que a su vez ya fue determinada y objeto de pronunciamiento por parte de esta instancia Jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 45/2011

Dicho esto tenemos que no corresponde sancionar a los recurrentes por incumplimiento al artículo 94 LBEF debido a que su conducta no se adecua a este tipo.

4.-En cuanto al Incumplimiento al artículo 1° parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Los recurrentes de la misma forman señalan que no existiría un incumplimiento al artículo 1° parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ya que esta haría referencia a la responsabilidad de la entidad de supervisar y asegurar la exactitud y veracidad de la información, los recurrentes alegan que en el caso de autos la entidad se aseguró de enviar los estados financieros.

Que de igual forma corresponde verificar la norma supuestamente infringida así tenemos que:

> *Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras* ***artículo 1 parágrafo segundo****, Sección 10, Capítulo II, Título II, establece que: "Responsabilidad.- Es responsabilidad de la entidad supervisada:*
>
> - *Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvaguardando la confidencialidad, integridad y legibilidad de la misma.*
> - ***Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad.***
> - *Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento.*
> - *Mantener actualizada la información cargada en sistemas captura de información".*
> - *Si bien el artículo 99 transcrito supra, establece cuales son los tipos de sanciones administrativas que son pasibles las Entidades Financieras, los artículos 101 y 102 determinan los términos, condiciones y alcance, para su aplicación.*

En cuanto al incumplimiento del artículo 1° parágrafo segundo del título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se tiene que la misma hace referencia a la **responsabilidad que tienen las entidades supervisadas** en asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a la ASFI, al Banco Central de Bolivia y no así la responsabilidad intuito personae que tendrían los directores.

Consecuentemente, la infracción imputada a los directores de la Mutual La Paz , no corresponde a la conducta sancionada ya que estos estarían siendo sancionados por haber expuesto en sus estados financieros de las gestiones 2008 y 2009 información incorrecta, que a su vez estos no habrían asegurado la exactitud y veracidad de la información enviada al órgano de Supervisión y no así se los estaría sancionando como institución.

Por lo que en el presente caso no corresponde sancionar a los directores por incumplimiento a los artículos 94 de la ley de Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 1 parágrafo segundo del Título II, Capítulo II, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido que su conducta no se adecua a estos tipos.

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

> *"…Por lo tanto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite considerar en el presente caso, que si bien una norma tipifica la conducta reprochable y otra norma es la que sanciona, las mismas no son autónomas, es decir que debe existir una relación entre la conducta reprochable y la sanción impuesta, (la primera nos formula una orden o prohibición y la segunda nos remite a la infracción la misma que no puede apartarse de la conducta reprochable).*
>
> *El hecho de que el legislador haya establecido una gama de posibilidades, clasificación de las infracciones en la ley de Bancos y Recopilación de Normas para el Sistema Financiero es justamente para que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adecúe la conducta a la sanción que corresponda, no pudiendo aplicarse cualquier sanción a cualquier conducta, ya que este hecho conllevaría a una inseguridad jurídica.*
>
> *A su vez Alejandro Nieto García en su libro de Derecho Administrativo Sancionador señala:*
>
> *"… la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.*
>
> *En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera* ***a) Subsunción de la actuación en un tipo*** *normativo de infracción, b)* ***subsunción del tipo en una clase de infracción****; c) Determinación de la correlación entre la* ***clase de infracción y la clase de sanción*** *d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*
>
> *Que, a su vez el tratadista Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández en su libro curso de Derecho Administrativo II, nos señala:*
>
> *"El principio de legalidad impone pues, la exigencia material absoluta de* ***predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigentes que, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas (****...)"*

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

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

"… la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis). ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *" nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria…."*

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

5.- Los recurrentes señalan que no sería responsabilidad del directorio aprobar los estados financieros por lo que estos no podrían tener responsabilidad sobre la información errónea de los estados financieros.

Por último referente a que no sería responsabilidad del directorio aprobar los estados financieros se tiene que :

ESTATUTO DE LA MUTUAL LA PAZ

Artículo 77. *Son también atribuciones del* ***Directorio las contempladas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y otras normas legales aplicables****.*
Artículo 87. *Son atribuciones del Gerente General:*

c) ***Someter a consideración del Directorio para su aprobación, los proyectos de presupuestos de ingresos y gastos y los resultados de su ejecución con detalle de gastos administrativos más relevantes, estados financieros*** *y el proyecto de la Memoria Anual;*

s) Firmar conjuntamente con el Presidente del Directorio la Memoria Anual de Mutual La Paz,

TITULO I DISPOSICIONES GENERALES – MANUAL DE CUENTAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS

D. ESTADOS FINANCIEROS A PRESENTAR A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS

1. *Las entidades financieras deberán informar a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sus estados financieros en los formatos, plazos, periodicidad y bajo las formas de agrupación indicadas en el inciso 1 del Título V de este manual.(…)"*

7. *Los estados financieros presentados a la Superintendencia de Bancos y* ***Entidades Financieras deberán ser considerados y aprobados por el Directorio de la Entidad*** *en la primera reunión que se realice con posterioridad a la presentación de dichos estados financieros, debiendo dejar constancia escrita en las actas de Directorio sobre su revisión y análisis. En caso de existir observaciones, éstas deberán ser informadas de inmediato a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.*

.

G. APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

Los estados financieros de cierre de gestión en los formatos establecidos en el Título V, Numeral 2 de este Manual, ***deben ser incluidos en la memoria anual a presentar a la junta de accionistas*** *y ser aprobados por la misma.*

H. MEMORIA ANUAL

1. *El directorio de cada entidad deberá elaborar y publicar anualmente la memoria, previa su consideración y aprobación en Junta General, dentro de los seis meses siguientes al cierre de cada ejercicio.*
2. *El proyecto de memoria debe estar en las oficinas de la entidad a disposición de los accionistas o socios junto con los documentos justificativos, por lo menos con diez días hábiles de anticipación a la realización de la Junta General. Aprobado el proyecto por la Junta General y por el Directorio u órgano equivalente, procederán a su publicación.*
3. *Además de lo señalado en el Artículo 331° del Código de Comercio, la memoria debe contener el dictamen de auditoría externa y el informe del síndico, u órgano similar de fiscalización, sobre los estados financieros, aún tratándose de entidades no constituidas como sociedades anónimas.*
4. *La información anterior debe presentarse de tal manera que refleje claramente la situación pasada, presente y sus probables proyecciones de acuerdo con la experiencia de la entidad, haciendo una evaluación resumida de cada uno de los rubros más importantes, utilizando términos adecuados y evitando comentarios sobre*

otras entidades del sistema financiero nacional, de modo que permita al accionista tener una imagen clara de la gestión,

***5.** El contenido de la memoria será analizado por esta Superintendencia con posterioridad a su publicación. Para tal fin, las entidades financieras presentarán la misma en el plazo señalado en el punto H.1. En caso de verificarse datos que no concuerden con la real situación patrimonial y financiera de la entidad, se aplicarán las sanciones establecidas en disposiciones reglamentarias…."*

Por lo que en este punto y de la simple lectura de las normas transcritas se tiene que los directores son responsables de aprobar los estados financieros los mismos que deben contener información fidedigna, sin embargo y como ya se desarrollo en el punto anterior al haber declarado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la prescripción en cuanto a los anteriores cargos ha hecho que los directores no puedan ser sancionados por haber aprobado y expuesto en sus estados financieros de las gestiones 2007, 2008 información incorrecta y no haber asegurado la exactitud y veracidad de la misma.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho un incorrecto análisis de la norma al haber declarado la prescripción, por lo que, el presente caso se debe revocar totalmente la presente Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **REVOCAR** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI N° 270/2011 de 15 de marzo de 2011, misma que fue confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2011 de fecha 12 de mayo de 2011, manteniéndose subsistente los demás artículos referidos a la Resolución Administrativa sancionatoria al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

ARTICULO SEGUNDO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI N° 276/2011 de 16 de marzo de 2011, que fue confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa ASFI N° 429/2011 de fecha 13 de mayo de 2011,

manteniéndose subsistente los demás artículos referidos a la Resolución Administrativa sancionatoria al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

ARTÍCULO TERCERO.- REVOCAR TOTALMENTE los artículos tres y cuatro de la Resolución Administrativa ASFI Nº 277/2011 de 16 de marzo de 2011 que fue confirmada parcialmente por la Resolución Administrativa ASFI Nº 420/2011 de fecha 13 de mayo de 2011, manteniéndose subsistente los demás artículos referidos a la Resolución Administrativa sancionatoria al no haber sido objeto de pronunciamiento por esta instancia jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 426/2011 DE 13 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 053/2011 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 053/2011

La Paz, 11 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna** de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 426/2011de 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 281/2011 de 16 de marzo de 2011; ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 028 de 31 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 111 de 9 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 03 de junio de 2011, **Julio Carlos Pinto Lascano** en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"** interpuso Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa ASFI N° 426/2011de 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 281/2011 de 16 de marzo de 2011; ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-58461/2011 con fecha de recepción de 08 de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 426/2011de 13 de mayo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 13 de junio de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Julio Carlos Pinto Lascano en su condición de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz", mismo que fue notificado el 15 de junio de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

Mediante nota ASFI/DSR I/R- 8497/2011 de 24 de enero de 2011 recepcionada por el recurrente en fecha 07 de febrero de 2011 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó con cargos a Julio Pinto Lazcano en su calidad de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Paz" conforme el siguiente texto:

> *"De la inspección especial realizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como efecto del reclamo presentado por los adjudicatarios del Proyecto Habitacional Verónica, cuyos resultados se encuentran contenidos en el Informe ASFI/DSR I/R-97650/2020 de 24 de septiembre de 2010, remitido a esa entidad financiera mediante carta ASFI/DSR I/R-105592/2010 de 13 de octubre de 2010, se ha evidenciado presuntas infracciones a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), por no informar o advertir al Directorio que el castigo de la operación crediticia otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social, no fue informado de manera oportuna a la Asamblea de Asociados aún cuando el monto de ésta operación superaba el 1% del patrimonio neto de la entidad, ni que se procedió con dicho castigo, aún cuando existían garantías que hacían recuperable el crédito.*
>
> *En consecuencia y a los efectos del artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), concordante con el artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera"*

NOTIFICAMOS a su persona como Auditor Interno de Mutual de Ahorro y Préstamo "La Paz", por no haber observado debidamente las disposiciones legales y normativa citadas anteriormente, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de su legal notificación, para que efectúe el descargo o explicación correspondiente debidamente documentado."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En principio corresponde manifestar que la entidad recurrente en la presentación de sus descargos hace alusión a la disposición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero de anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección inclusive; posterior a ello se refirió expresamente a los cargos imputados en la nota ASFI/DSR I/R- 8497/2011 de 24 de enero de 2011 de acuerdo a lo siguiente:

"En sesión de Directorio N° 45/2007 de fecha 12 de junio de 2007 y de acuerdo a lo establecido en el capítulo II, numeral 3, inciso g), del manual de procedimientos de la Mutual La Paz y de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, que indica: El castigo cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1% del patrimonio de la Mutual, deberá contar con la autorización previa del Directorio y ser puesto en conocimiento de la Asamblea Ordinaria de Asociados, como parte del informe de la gestión.

La operación se encontraba en mora por más de un año y cuenta con la siguiente documentación:

1. *El informe del abogado a cargo, sobre el grado de incobrabilidad.*

2. *El informe del departamento de Normalización de Cartera, sobre la situación del deudor conteniendo saldos de capital, como de intereses adeudados, garantía y la opinión sobre la recuperabilidad.*

3. *Informe y declaración jurada del Fiscalizador Interno de la Mutual.*

El Directorio después de considerar la solicitud, con la opinión favorable del fiscalizador interno, autorizó el castigo del préstamo N° 1001909 de acuerdo al Manual de Procedimiento de la Mutual y de la Ex Superintendencia de Bancos

En la XXXVIII Asamblea Ordinaria de Asociados de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo 'La Paz' de fecha 23 de mayo de 2008, el fiscalizador interno informó sobre los castigos realizados, de acuerdo a la normativa establecida, el castigo de créditos señala lo siguiente:

De acuerdo a lo establecido en el Título V, Capítulo I, Sección 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la S.B.E.F, se ha realizado el castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1% del patrimonio neto de la

Mutual con previa autorización del Directorio, y de todo crédito en mora por más de 90 días al que no se haya iniciado la acción judicial durante el periodo anual'.

Respecto al castigo de la operación manifiesta:

'(...) Los requisitos exigidos para el castigo de créditos señalados en la normativa vigente antes descrita, para el caso del Proyecto Habitacional 'Verónica' han sido cumplidos por la Mutual, aseveración sustentada en los siguientes argumentos:

a) *Al encontrarse el crédito N° 1001909 en mora por 2.652 días, con una previsión del 100% $US.210.898.29 se procedió al castigo contra las previsiones constituidas y traspasadas a cuentas de orden de acuerdo a Normativa vigente a esa fecha.*
b) *El informe del abogado en el formulario de castigo para créditos incobrables de fecha 2 de febrero de 2007 en la parte referida a los comentarios sobre de la recuperabilidad de la operación menciona:*
   El crédito se encuentra con 2.652 días de mora, y por la cantidad de copropietarios se hace difícil encontrar alternativas de solución, pero durante el segundo semestre del año 2006, se realizaron diferentes reuniones entre representantes del proyecto Verónica y personeros de la Mutual La Paz.
   Asimismo, en caso de no existir ningún punto de solución, las acciones judiciales continuaran hasta la adjudicación del lote de terreno'.

La Unidad de Auditoría Interna mediante nota AI/E/33/2009 NUT 19725 de 17 de agosto de 2009, solicitó al Dr. Nemtala, abogado externo, un informe legal sobre la recuperabilidad del crédito y sus contingencias legales con relación a la garantía, al respecto, el abogado externo emitió la siguiente respuesta en fecha 21 de agosto de 2009:

A solicitud de su persona, tengo a bien en informarle que, el caso denominado COMPLEJO HABITACIONAL VERÓNICA viene tramitándose en el Juzgado 6° de Partido en lo Civil desde el año 2006 y pese al embargo realizado en fecha 11 de diciembre de 2006, a la fecha, no se logró el cobro de la deuda, dado a que ya existen errores en los nombres de los prestamistas entre la escritura de préstamo y la partida computarizada en Derechos Reales (…)

(…) Cabe indicar que por lo óbices legales señalados precedentemente y la no existencia de otras garantías reales perteneciente a los deudores, hacen que a la fecha aún no se haya podido cobrar la suma que se persigue a través de la demanda en referencia".

3.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°281/2011 DE 16 DE MARZO DE 2011.-

Evaluados los descargos presentados por Julio Pinto Lazcano la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N°281/2011 de 16 de marzo de 2011, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO *Desestimar parcialmente los cargos notificados al señor Julio Pinto Lazcano por el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) en lo referido al informe extemporáneo a la Asamblea de Asociados sobre el castigo de la operación otorgada al señor Mario Daza Castellon y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores de la Seguridad Social.*

SEGUNDO *Sancionar al Auditor Interno señor Julio Pinto Lascano, con multa personal equivalente al 50% de su remuneración mensual percibida por el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993, por no advertir al Directorio el castigo irregular de la operación otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de CSTSS, aún cuando ésta contaba con garantía que hacía posible la recuperación del crédito de acuerdo a los argumentos expuestos en la presente Resolución.*

TERCERO *La Multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N° 4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a nombre de la "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas" en el plazo de quince días hábiles administrativos computables, desde el momento de la notificación con la presente Resolución y a partir del 1 de abril de 2011 en la cuenta N° 1-4678352 del Banco Unión S.A. debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado*

CUARTO *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero instruye al Directorio de la entidad la conformación de una comisión para el seguimiento y atención de cada uno de los puntos de los reclamantes del Proyecto Habitacional Verónica, debiendo remitir informes mensuales sobre su grado de avance.*

QUINTO *En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Mutual La Paz y de la Asamblea de Asociados, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador copias de las correspondientes Actas.*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 13 de abril de 2011, Julio Pinto Lascano presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N°281/2011 de 16 de marzo de 2011, con los siguientes argumentos:

"III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVOCATORIA.

1. Resolución contraria a la Constitución Política del Estado.

El artículo 35, parágrafo I, inciso d), de la Ley N° 2341 (Ley de Procedimiento Administrativo), establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución Política del Estado. La Constitución Política del Estado, en su artículo 117, parágrafo II, establece que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. Este principio se aplica a materia sancionatoria penal y administrativa.

De los antecedentes reseñados en este memorial, claramente se deduce que mi persona ha sido doblemente sancionado por (sic) los mismos hechos aspecto que se sustenta en los siguientes argumentos de orden legal:

- *Mediante R.A ASFI/N° 342/2010 de 07 de mayo de 2010 esa autoridad reguladora dispuso en el punto dos de su parte resolutiva lo siguiente:*

  ***SEGUNDO.-** Sancionar al Auditor Interno Lic. Julio Pinto Lascano, con una multa personal equivalente al 50% de una vez su remuneración mensual* percibida, por incumplimiento a los Artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social, contaba con garantía que hacía posible la recuperación del Crédito…'

  Dicha sanción fue depositada de manera inmediata por mi persona en cumplimiento a la Resolución Administrativa dictada por esa autoridad, tal como se puede evidenciar en el comprobante de depósito de fecha 24 de mayo de 2010 en la cuenta N° 4010695761 del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por la suma de Bs.10.240.50. Posteriormente, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 606/2010 de 21 de julio de 2010, su autoridad dispuso:

  ÚNICO.- ANULAR el proceso sancionatorio iniciado en contra de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Paz, por el crédito otorgado al Sr. Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social, hasta la emisión de un nuevo Informe de Inspección inclusive, en el cual se consideren los lineamientos señalados en la presente Resolución.'

  Por lo anteriormente expuesto, y siendo que al emitir la Resolución Administrativa precedentemente mencionada, su autoridad ha advertido que la Resolución Administrativa ASFI No. 342/2010 omitió pronunciarse sobre los derechos de los reclamantes que dieron inicio al proceso sancionatorio correspondiente vulnerando de esta manera el derecho de petición y de obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que se formulan, por lo que en procura de resguardar el debido proceso se **resolvió anular el procedimiento administrativo** hasta el vicio más antiguo retrotrayendo los efectos al momento de la vigencia del acto que presentó el vicio.

Consecuentemente, su autoridad velando por el cumplimiento de los principios fundamentales de la actividad administrativa la que se rige por los principios del Derecho Administrativo que integran el bloque de Legalidad y hacen al Orden Público administrativo, no puede dejar de lado que uno de los elementos esenciales del Acto Administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho respecto a la sanción que me fue impuesta en la Resolución Administrativa 342/2010 aspecto que no ha merecido el pronunciamiento expreso de su autoridad dejando en el caso particular que me refiere, **en la indeterminación por la imposición de una sanción que debió quedar sin efecto al haberse anulado el Proceso Sancionatorio del cual se originó dicha sanción.**

- *En atención a los fundamentos antes expuestos, resulta importante señalar que la actividad reguladora debe circunscribirse a los Principios Generales de la Actividad Administrativa debiendo regirse entre otros, por el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley asegurando a los administrados el debido proceso.*

- *Asimismo, la Autoridad Reguladora no ha velado en el presente caso, por el cumplimiento de los Principios Sancionadores que establecen que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a los regulados estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo* ***e*** *irretroactividad.*

- *Por los antecedentes expuestos y en virtud a la sanción que me fue impuesta* ***dos veces por los mismos hechos*** *encontramos que se ha vulnerado uno de los principios que hacen al debido proceso el* ***PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM*** *que en definitiva supone la prohibición de un ejercicio reiterado del iuspuniendi del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las sanciones administrativas y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

De tal manera, el principio del ***non bis in Idem*** *forma parte inmanente del debido proceso que entre sus varias definiciones constituye una garantía infranqueable por todo acto en el que pretenda ilegítimamente imponer sanciones, cargas o castigos y constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los procesos judiciales, en consecuencia la finalidad última de este principio* ***-non bis in idem-*** *consiste en evitar que los mismos hechos o conductas sancionables, que ya han sido objeto de controversia, posteriormente vuelvan a hacerlo en otro de igual carácter. En ese orden de cosas, nuestro Tribunal Constitucional sentenció que 'El principio non bis in idem implica en términos generales* ***la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos.*** *En la doctrina y jurisprudencia española, el principio* ***implica la prohibición de imponer una doble sanción cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad'.*** *'En el principio se debe distinguir el* ***aspecto sustantivo*** *(nadie puede ser sancionado doblemente*

por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y el ***aspecto procesal o adjetivo*** *(nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado.*

En ese sentido, existirá ***vulneración al non bis in ídem,*** *no sólo cuando se sanciona* ***sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por el mismo hecho'.***

Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, ***CUANDO SE IMPONE A UN MISMO SUJETO UNA DOBLE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.***

En nuestro Ordenamiento Jurídico el principio ***non bis in ídem,*** *si bien no encuentra reconocimiento constitucional autónomo,* ***encuentra protección como elemento de la garantía del debido proceso*** *establecida en el parágrafo II del artículo 117, de la Constitución Política del Estado Plurinacional.*

Por consiguiente, el principio como quedó precisado ***no sólo tiene aplicación protectiva en materia penal, sino también en materia administrativa*** *cuando se imponen sanciones por contravenciones cometidas contra la Administración* ***en el ámbito de sus diferentes sectores*** *en las cuales* ***sí existe identidad en el hecho, en los sujetos y en el fundamento, no es posible imponer una nueva*** *sanción, siendo aplicable* ***el*** *principio* ***non bis in idem.***

- ***DEVOLUCIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA CUYO PROCESO SANCIONATORIO FUE ANULADO***

  Me permito señalar que su autoridad no se pronunció expresamente sobre la sanción que fue depositada por mi persona en el Banco Mercantil en fecha 24 de mayo de 2010, por la suma de ***Bs.10.240,50.-como*** *consecuencia de la injusta determinación contendida en la* ***Resolución Administrativa ASFI N°342/2010 de 07 de mayo de 2010,*** *siendo que en mis últimos descargos hice notar a su autoridad y solicité en ese ente regulador quevelando (sic) por el cumplimiento de los principios fundamentales de la actividad administrativa la que se rige por principios del Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al Orden Público administrativo, no puede dejar de lado que uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación debiendo observarse las circunstancia de hecho y de derecho respecto a la sanción que fue impuesta en la* ***Resolución Administrativa 342/2010 de 07 de mayo de 2010,*** *aspectos que no han merecido el pronunciamiento expreso de su autoridad dejando en el caso particular que me refiere,* ***en la indeterminación por la imposición de una sanción que debió quedar sin efecto al haberse anulado el proceso sancionatorio del cual se originó dicha sanción.***

2. Imprecisiones en la fundamentación de la Resolución.

En mérito al argumento precedente y en razón que la Resolución Administrativa ASFI/N°281/2011, de 16 de marzo de 2011, señala en su parte considerativa que '...la ***sanción actual debe considerarse únicamente para fines expositivos...'*** *nos encontramos frente a la violación del* ***Principio de Congruencia*** *que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración* ***deben ser claras, precisas, y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación con los hechos imputados y la resolución final.***

En ese contexto la Resolución Administrativa definitiva (R.A. ASFI/N°281/2011, de 16 de marzo de 2011) que fue dictada por su autoridad ha omitido el pronunciamiento expreso respecto a la ***SANCIÓN*** *que se me impuso con anterioridad en virtud a lo dispuesto en la* ***Resolución Administrativa 342/2010 de 07 de mayo de 2010*** *y que fue depositada en el Banco Mercantil en fecha 24 de mayo de 2010 por la suma de Bs. 10,240.50.- la misma que se califica* ***'para fines expositivos'*** *adjetivo que no es aplicable en materia jurídica y que constituye una flagrante violación a los Principios de la Actividad Administrativa, al debido proceso y a los principios consagrados en la Constitución Política del Estado.*

Complementariamente a lo expuesto precedentemente, la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el ***principio*** *de* ***tipicidad*** *de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarías. Bajo ese criterio el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es el orden de observar un determinado comportamiento, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.*

Por lo tanto lo que la Autoridad Reguladora debe evitar es caer en una decisión arbitraria y subjetiva, y no apartarse del Principio de Legalidad que establece que el procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico preservando la legalidad en todos sus actos.
Finalmente, la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica de respeto al debido proceso y sujeción estrictaa (sic) los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 426/2011DE 13 DE MAYO DE 2011.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI

Nº 426/2011 de 13 de mayo de 2011 resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 281/2011 de 16 de marzo de 2011 con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por Julio Pinto Lascano, se establece lo siguiente:

1. Al argumento sobre la resolución contraria a la Constitución Política del Estado

Respecto a los argumentos esgrimidos por el recurrente en los fundamentos 1 y 2 se tiene que, si bien es cierto que la obligación se encontraba en mora por más de un año y el Manual de Procedimientos de Mutual La Paz, en el Capítulo XII, numeral 3, inciso G, establece los requisitos para el castigo de las operaciones de crédito, es también cierto que el artículo 3, Sección 6, Anexo 1, Titulo V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras determina el procedimiento y los requisitos para el castigo de créditos, así como su registro contable, señalando entre los requisitos el Informe del abogado a cargo de la causa sobre la situación y estado del cobro judicial acompañando copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito.

En los argumentos expuestos por el señor Julio Pinto Lascano, dentro de los cuales se incluye una parte textual del informe del Abogado Raúl Nemtala, se evidencia que si bien existió informe del abogado a cargo de la causa para el castigo de la operación crediticia a favor de Mario Daza Castellón y once representantes de la CSTSS, este no hace mención a la irrecuperabilidad sino a errores de registro que habían retrasado su cobranza, tampoco señala la falta de embargo por el contrario manifiesta haberse procedido al embargo y que se continuaran acciones hasta la adjudicación del terreno sin negar o excluir la existencia de garantías que hagan recuperable el crédito.

Asimismo de acuerdo a la comunicación de Gerencia Legal Nº GL/1/1828/2009 NUT-28992 de 31 de diciembre de 2009, a través de la cual se revierte el castigo de la operación bajo el argumento '... en sentido de no haberse agotado las instancias judiciales para la recuperación y con la finalidad de que estos castigos se reflejen en los estados financieros para la mejor exposición de estos préstamos dentro de la cartera de la Mutual se recomienda proceder a la reversión de los castigos realizados.'

La entidad reconoce que hubieron irregularidades en el castigo de la operación del señor Daza, aspecto que no fue oportunamente advertido ni comunicado por el Auditor Interno de la entidad.
En ese marco, la falta de diligencia en la labor del Auditor Interno determina que la Entidad adopte decisiones erróneas que se tradujeron en el irregular castigo de la operación del señor Daza.

Por lo anteriormente expuesto el señor Julio Pinto Lascano incumplió con sus obligaciones por cuanto se ha determinado que el castigo incumplía los requisitos normativos para su realización.

2. Respecto a la Violación al principio non in bis ídem

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inició un proceso administrativo en contra del señor Julio Pinto Lascano, emitiéndose la Resolución ASFI N° 342/2010 de 7 de mayo de 2010, posteriormente en recurso de revocatoria a través de la Resolución ASFI N° 606/2010 de 21 de julio 2010, se resolvió anular el proceso sancionatorio hasta la emisión de un nuevo informe de inspección.
Al anularse el proceso, quedaron sin efecto legal alguno, todas las disposiciones emergentes del mismo, incluida la Resolución ASFI N° 342/2010 con todos sus accesorios y disposiciones emitidas.

En esta circunstancia, se emitió un nuevo informe de inspección ASFI/DSR I/R-97650/2010 de 24 de septiembre de 2010 y se procedió a notificar cargos al señor Julio Pinto Lascano mediante carta ASFI/DSR I/R-8497/2011 de 24 de enero de 2011.

Una vez evaluados los descargos presentados por el señor Julio Pinto Lascano, dentro del plazo previsto por ley, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI N° 281/2011 de 16 de marzo de 2011, disponiendo sancionar al Auditor Interno de la Mutual La Paz con multa personal equivalente al 50% de una vez su remuneración mensual percibida.

En virtud a lo expuesto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha impuesto doble sanción, puesto que la Resolución ASFI N° 606/2010, dispuso la anulación del proceso sancionatorio contra Mutual La Paz referido al Proyecto Habitacional 'Verónica', por lo que no existe violación al principio non bis in idem, el cual doctrinalmente implica la 'prohibición de imponer una doble sanción, cuando exista identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad', (SC506/2005 de 10 de mayo 2005).

3. Respecto al argumento de imprecisión en la fundamentación de la Resolución

Además de lo vertido en el punto 1) de este considerando, debe tenerse en cuenta que, tal como fue considerado en el Informe Técnico Legal ASFI/DSR I/R-97650/2010 y en la Resolución recurrida, la infracción imputada a Julio Pinto Lascano, constituye el incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), por la cual le correspondía advertir al Directorio de la entidad sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales relacionados al correcto castigo de las operaciones de la Mutual La Paz, dentro de las cuales se encontraba la operación crediticia N° 1001909 otorgada a Mario Daza Castellón y once representantes de la CSTSS. En este contexto, la resolución no desconoce el principio de tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley del Procedimiento Administrativo, máxime si se consideran los alcances y el efecto vinculante de las resoluciones jerárquicas SIREFI -

RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007 y SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, ya consideradas en la Resolución recurrida, que analizan la relación entre la infracción cometida (praeceptum legis) y la sanción a imponer (sancio legis).

La Resolución ASFI/ N° 281/2011 de 16 de marzo de 2011, consideró: 'Que en cumplimiento a lo establecido en el parágrafo I. del artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el señor Javier Pinto Lascano, a tiempo de interponer Recurso de Revocatoria a la Resolución ASFI N° 342/2010 de 7 de mayo de 2010, procedió al pago de la multa correspondiente al 50% de su salario mensual. Por lo tanto, la sanción actual debe considerarse únicamente para fines expositivos', queda evidenciado que la Autoridad de Supervisión consideró que al sancionado no le correspondía efectuar en doble pago de la multa, es por ese criterio que se manifestó que 'la sanción actual debe considerarse únicamente para fines expositivos'.

En el entender del recurrente, él fue víctima de una doble sanción, aspecto que manifiesta en su recurso, al no haberse pronunciado expresamente en la parte dispositiva de la Resolución ASFI/ N° 281/2011, sobre este punto, sin embargo, conforme se establece en el artículo 36 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo, el recurrente pudo impetrar complementación a la resolución en este sentido, sin embargo no lo hizo, guardando este derecho para hacerlo valer en la instancia de revocatoria…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 03 de junio de 2011, **Julio Carlos Pinto Lascano** presenta el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 426/2011 de 13 de mayo de 2011, expresando lo siguiente:

"… I. ANTECEDENTES
Mediante Notificación de Cargos ASFI/DSR I/R-29178/2010 de 29 de marzo de 2010, la Autoridad de Supervisión del sistema (sic) Financiero me imputó cargos por presunto incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por no informar o advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Daza Castellón ***y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social, no fue informado a la Asamblea de Asociados aun cuando el mismo superaba el 1% del patrimonio neto de la entidad, ni que se procedió con el mismoaun (sic) cuando existían garantías que hacían recuperable el crédito,*** *(negrillas son nuestras).*

Mi persona en ejercicio de mi amplio derecho a la defensa y en resguardo de mis derechos subjetivos e intereses legítimos mediante Informe de Descargos de fecha 22 de abril de 2010, establecí los siguientes argumentos:

- *De acuerdo a lo establecido en el* ***Título V, Capítulo I. Sección 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la S.B.E.F.,*** *se ha realizado el castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1 % del patrimonio neto de la Mutual con previa autorización del Directorio, y de todo crédito*

en mora por más de 90 días al que no se haya iniciado la acción judicial durante el periodo anual.

- *La normativa establece que los prestatarios cuyos saldos adeudados se encuentran en mora y previsionados en su totalidad* ***por más de un año, necesariamente*** *deberán ser castigados contra las previsiones constituidas y traspasadas a cuentas de orden. Cabe hacer notar que el castigo de las obligaciones de los prestatarios no extingue ni afecta los derechos de la Mutual de ejercer las acciones legales para la recuperación de las acreencias.*

- *Complementariamente, de acuerdo a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Título V, Anexo I, Sección 6: Castigo de Créditos y Registro en Cuentas de Orden, establece:*

  Artículo1°- Efecto del Castigo de créditos.- *El castigo de las obligaciones de los prestatarios no extingue ni afecta los derechos de las EIFs de ejercer las acciones legales para la recuperación de las acreencias.*

  Artículo 2º - Autorización.- *El castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1 % del patrimonio neto de la EIF, deberá contar con la autorización previa del Directorio u órgano equivalente y ser puesto en conocimiento de la Junta General Ordinaria de Accionistas u órgano equivalente como parte del informe de la gestión.*

- *En sesión de Directorio N° 045/2007 de fecha 12 de junio de 2007 y de acuerdo a lo establecido en el capítulo XII, numeral 3, inciso G, del Manual de Procedimientos de Mutual La Paz y de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, que indica: 'El castigo cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1 % del patrimonio de la Mutual, deberá contar con la autorización previa del Directorio y ser puesto en conocimiento de la Asamblea Ordinaria de Asociados, como parte del informe de la gestión'.*

- *La operación se encontraba en mora por más de un año y por lo que a momento de proceder al castigo de la misma contaba con la siguiente documentación:*

1. *El informe del abogado a cargo, sobre el grado de incobrabilidad.*

2. *El informe del departamento de Normalización de Cartera, sobre la situación del deudor conteniendo saldos de capital, como de intereses adeudados, garantía y la opinión sobre la recuperabilidad.*

3. *Informe y declaración jurada del Fiscalizador Interno de la Mutual.*

- *El Directorio después de considerar la solicitud, con la opinión favorable del fiscalizador interno, autorizó el castigo del préstamo N° 1001909 de acuerdo al Manual de Procedimientos de la Mutual y de la Ex Superintendencia de Bancos.*

- *Por lo tanto, el castigo fue realizado correctamente en apego y en cumplimiento de la normativa vigente y su posterior informe a la Asamblea de Asociados que fue realizado de manera detallada y precisa.*

- *Posteriormente, mediante Resolución Administrativa ASFI N°342/2010 de 07 de mayo de 2010, la ASFI resolvió lo siguiente:*

  'Sancionar a Mutual La Paz con multa de 1.000 Derechos Especiales de Giro, "al haber expuesto en sus Estados Financieros por las gestiones 2007 al 2009, información incorrecta ocasionada por el indebido castigo de la operación concedida al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social'.

  Sancionar al Auditor Interno Lic. Julio Pinto Lascano, con una multa personal equivalente al 50% de una vez su remuneración mensual percibida, por el incumplimiento a los Artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por no advertir al Directorio que el castigo de la operación otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social, contaba con garantía que hacía posible la recuperación del crédito.

  '...Las multas impuestas deberán depositarse en el plazo de 10 días posteriores a la notificación. Se le ordena el depósito de la misma en la Cuenta Fiscal N° 4010695761 de la ASFI, dentro del plazo de 15 días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación.

- *En un acto de justicia la ASFI mediante Resolución Administrativa N°426/2011 de 13 de mayo de 2011, dispuso la devolución del monto depositado en fecha 24 de mayo de 2010, pero contradictoriamente confirmó TOTALMENTE la Resolución Administrativa N°281/2011 de 16 de marzo de 2011 que resolvió lo siguiente:*

  ***PRIMERO.-** Desestimar parcialmente los cargos notificados al señor Julio Pinto Lascano por el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) en lo referido al informe extemporáneo a la Asamblea de Asociados sobre el castigo de la operación otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores de Seguridad Social.*

  - *Sin embargo, la disposición segunda de la (R.A. ASFI/N°281/2011, de 16 de marzo de 2011), **UNA VEZ MAS** dispuso se me **SANCIONE** con una multa personal equivalente al 50% de mi remuneración mensual por no advertir al Directorio el **'castigo irregular'** de la operación otorgada al señor Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores del Sistema de Seguridad Social, aun cuando ésta contaba con garantía que hacía posible la recuperación del crédito. (subrayado y negrillas son nuestros).*

- *La norma prevé que los préstamos que se encuentran en mora por más de un año y previsionados en su totalidad* ***NECESARIAMENTE DEBEN SER CASTIGADOS,*** *por lo tanto, el no obrar de la forma cómo lo hizo Mutual La Paz, sería actuar en contra de lo establecido en la normativa vigente la que es de cumplimiento obligatorio e inexcusable.*

- ***el castigo de las obligaciones de los prestatarios no extingue ni afecta los derechos de la Mutual de ejercer las acciones legales para la recuperación de las acreencias.***

II.- CONCLUSIONES

Por lo expuesto, Mutual La Paz ha cumplido a cabalidad la normativa que rige el castigo de créditos y ha cumplido de manera estricta los requisitos para realizar un castigo, por lo tanto, el no obrar de la forma cómo lo hizo Mutual La Paz, sería actuar en contra de lo establecido en la normativa vigente, la misma que es de cumplimiento obligatorio e inexcusable.

De igual manera mi persona ha obrado con apego a la normativa vigente, en mi calidad de Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de Mutual La Paz, tomando en cuenta que mi conducta no ha infringido los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), cuando la ASFI señala que me correspondía advertir al Directorio de la entidad sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales relacionadas al correcto castigo de las operaciones de Mutual La Paz.

Al respecto, resulta importante señalar una vez más que el castigo de la operación N°1001909 se realizó en cumplimiento a lo establecido en el ***Título V, Capítulo I, Sección 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la S.B.E.F.,*** *que establece que el castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1 % del patrimonio neto se realizarán previa autorización del Directorio, y de todo crédito en mora por más de 90 días al que no se haya iniciado la acción judicial durante el periodo anual.*

La normativa establece que los prestatarios cuyos saldos adeudados se encuentran en mora y previsionados en su totalidad ***por más de un año, necesariamente*** *deberán ser castigados contra las previsiones constituidas y traspasadas a cuentas de orden. Cabe hacer notar que el castigo dejas obligaciones de los prestatarios no extingue ni afecta los derechos de la Mutual de ejercer las acciones legales para la recuperación de las acreencias. Asimismo, la norma antes citada ha sido recientemente modificada, sin embargo, a momento de iniciar el proceso sancionatorio la ASFI aplicó la norma anterior que es la que tomamos en cuenta.*

Por lo tanto, el castigo fue realizado correctamente en apego y en cumplimiento de la normativa vigente y su posterior informe a la Asamblea de Asociados que fue realizado de manera detallada y precisa.

Por lo tanto, corresponde DESVIRTUAR el argumento de la ASFI cuando manifiesta que a momento de realizarse el castigo de la operación del señor MARIO DAZA CASTELLÓN NO SE CUMPLIERON CON LAS DISPOSICIONES ESTABLECIDAS EN LA NORMA aspecto que es completamente errado y que se ha demostrado en el Recurso de Revocatoria planteado y en el presente Recurso Jerárquico. En mi calidad de auditor interno he cumplido a cabalidad mi deber y he cumplido con las disposiciones internas y externas que rigen la entidad, asimismo, no era necesario informar o advertir al Directorio respecto al castigo de la operación del señor Mario Daza Castellón, en razón a que el castigo fue correctamente realizado con apego estricto a la normativa establecida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

II. PETITORIO

Señora Directora Ejecutiva, al haberse conculcado mis derechos e intereses legítimos al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, y los artículos 43, 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, solicito a su autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa ASFI/N°426/2011 de 13 de mayo de 2011, que confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI/N°281/2011 de 16 de marzo de 2011."

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, siendo deber de este verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

El Sr. Julio Carlos Pinto Lascano, manifiesta que el castigo efectuado a la operación crediticia otorgada a Mario Daza Castellón y once representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores de la Seguridad Social para el proyecto habitacional Verónica, fue realizado de manera correcta puesto que contaba con todos los requisitos legales establecidos en el Titulo V, Capitulo I, Sección 6° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras; agrega también que la operación se encontraba en mora por más de un año y para proceder a su

castigo se contaba con el Informe del abogado a cargo sobre el grado de incobrabilidad, el informe del Departamento de Normalización de Cartera, Informe de la Declaración Jurada del Fiscalizador Interno de la Mutual y con dicha documentación de respaldo, el Directorio tomó la decisión – ajustada en derecho – de castigar la operación crediticia Nº 1001909 de acuerdo al Manual de procedimiento de la Mutual y de la Ex Superintendencia de Bancos.

Para determinar la procedencia de un correcto castigo tal cual lo expresa el recurrente, es necesario realizar una retrospección tanto de aspectos fácticos como jurídicos aplicables a momento de realizar dicho castigo; veamos entonces:

En fecha 19 de noviembre de 2002, después de 1.146 días considerando la primera fecha de pago el 30 de septiembre de 1999, la Mutual La Paz inició la demanda judicial, que quedó anulada debido a defectos procesales, identificados en la tramitación del proceso judicial de cobro, los cuales no fueron sujetos a un debido seguimiento y control previo por el Área Legal, aspecto que – sin perjuicio de los cargos imputados y de manera referencial – también estaba incumpliendo lo establecido en la Circular SB/291/99 del 21 de junio de 1999, con relación al Título V, Anexo I, Sección 5, que determina: "*Las acciones judiciales deben ser iniciadas a más tardar a los 91 días de la fecha que entró en mora un prestatario a menos que cuente con autorización para su postergación...*". Al respecto, no se tiene evidencia de una orden superior de suspensión de acciones judiciales.

En fecha 2 de agosto de 2005, después de 2.036 días, la Mutual La Paz, prosiguió el proceso ejecutivo ante el Juzgado 6to. de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial de La Paz desde su inicio como consecuencia de la nulidad declarada. Asimismo, se evidencia que de manera verbal la Dra. Alarcón miembro del Directorio instruyó al abogado patrocinante suspender el juicio por un tiempo de cinco (5) meses aproximadamente, y el 7 noviembre de 2006 el Directorio solicito reiniciar las acciones judiciales mediante nota de la Subgerencia Legal.

En fecha 12 de diciembre de 2007, mediante comunicación interna de la Gerencia General de la Mutual La Paz (C.I./GG/NC/837/2007) se presentó la documentación para la aprobación del castigo del crédito a consideración del Directorio, y mediante Acta Nº045/2007 autorizó que se proceda con el registro contable.

En el proceso de castigo, no se consideró lo informado por el Subgerente Legal, Jefe de Normalización y Oficial de Normalización, que establece textualmente:

"…*en caso de no existir ningún punto de solución, las acciones judiciales continuarían hasta la adjudicación del lote de terreno*".

Al respecto, de acuerdo a la Resolución Nº11/2006 de 27 de enero de 2006 del Juzgado 6º de Partido en lo Civil y Comercial, el bien inmueble estaba embargado, lo que demuestra, la existencia de una fuente de recuperación del crédito; aspecto que no fue tomado en cuenta por el Auditor Interno de la Mutual realizando una errada apreciación de lo

informado por el Subgerente Legal, Jefe de Normalización y Oficial de Normalización; ya que en ningún momento se dijo que el crédito era irrecuperable.

En consecuencia es evidente que no se agotaron las instancias judiciales de recuperación, de acuerdo a lo establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículo 3, numeral 1 (**norma a esa fecha**), que determina: "….*no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito*".

Asimismo, consta en antecedentes, que la Gerencia General mediante informe MLP/GG/010/2004 de fecha 23 de diciembre de 2004, recomienda al Directorio aprobar el castigo y poner en conocimiento de la Asamblea de Asociados por tratarse de un crédito superior al 1% del patrimonio de la Mutual La Paz. A su vez, recomendó continuar con las acciones legales hasta la adjudicación y desapoderamiento del inmueble, sin considerar lo informado en el formulario NC/CRE/CAST/45/04 de fecha 9 diciembre de 2004, firmado por el abogado de la causa y Jefe del Departamento Legal, en el que indica de manera textual: "*Por la existencia de garantía hipotecaria el crédito es recuperable*"; todo ello concordante con el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras Título 3, Código 865.00, Grupo "Cuentas de Registro", Cuenta "**Cuentas Incobrables Castigadas**", es en la que, se hace el registro de los créditos castigados, **cuando se hayan clausurado las acciones tendentes a recuperar** los créditos y haberse declarado y autorizado su castigo por su irrecuperabilidad, o que no existía un bien en garantía que hacia recuperable el crédito.

Finalmente respecto al castigo específico y la normativa a cumplir a momento de realizarlo, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículos 2 y 3, (**norma a esa fecha**) establece:

> "***Artículo 2 – Autorización.-*** *El castigo de créditos cuyos saldos son iguales o mayores al equivalente al 1% del patrimonio neto de la EIF, debe contar con la autorización previa del Directorio u órgano equivalente y ser puesto en conocimiento de la Junta General Ordinaria de Accionistas u órgano equivalente como parte del informe de la gestión.*
>
> ***Artículo 3 – Procedimiento para el castigo de créditos.-*** *Los prestatarios cuyos saldos adeudados se encuentren en mora y previsionados en su totalidad por más de un año, necesariamente deberán ser castigados contra las previsiones constituidas y traspasados a cuentas de orden; no obstante, de acuerdo al criterio de las EIFs los prestatarios en mora y previsionados en su totalidad podrán ser castigados antes del año. En ambos deberán contar con la documentación siguiente:*
>
> 1. *Informe del abogado a cargo de la causa sobre la situación y estado del cobro judicial acompañando copias, testimonios, edictos, providencias, resoluciones, sentencias y cualquier otro documento de las actuaciones que evidencie no haberse logrado embargo de bienes ni retención de fondos o valores, o que los obtenidos han resultado insuficientes para recuperar totalmente el crédito.*

2. *Informe del área respectiva sobre la situación del deudor, conteniendo saldos de capital e intereses adeudados, previsión específica constituida, garantías y opinión sobre el grado de recuperabilidad.*

3. *Declaración jurada del síndico u órgano equivalente referente a que los créditos a castigar no son vinculados a la propiedad, dirección, gestión o control de la EIF.*

4. *Acta de sesión del Directorio donde conste haber tomado conocimiento del castigo del crédito y haberlo autorizado.*

Los informes y documentos mencionados deberán archivarse en las respectivas carpetas de crédito".

Corresponde mencionar que la normativa precedentemente glosada establece una serie de requisitos para proceder al castigo de créditos que necesariamente deben ser cumplidos todos y cada uno de estos, es así que el punto 1) del artículo 3 de la aludida disposición normativa establece como requisito un informe del abogado asignado que refleje mediante actuaciones judiciales la imposibilidad de haberse obtenido embargo de bienes, retención de fondos o valores o en su caso que habiendo sido obtenidos estos no sean suficientes para cubrir la obligación crediticia.

Como es evidente el crédito otorgado a Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores de la Seguridad Social, contaba con una garantía real inmobiliaria, que avalaba el cumplimiento del pago de tal operación, tal cual se evidencia del informe del abogado asignado, en el que en ningún momento expresa que dicha garantía era insuficiente para cubrir el monto de la obligación. El citado informe legal señalaba la complejidad de las acciones judiciales tramitadas en el Juzgado 6º de Partido en lo Civil empero en ningún momento hizo una valoración de que la garantía no llegaría a cubrir el monto adeudado.

Este hecho, <u>no fue observado</u> por el Auditor Interno, ni en el Informe de Auditoría AI-C-006-B/2008 (a requerimiento del Directorio) de fecha 30 de mayo de 2008, ni en el Informe de Auditoría Interna Nº AI-044/2009 de 31 de agosto de 2009 (a requerimiento de la ASFI), donde debió determinarse el incumplimiento de la normativa, más aún cuando no considera la existencia de un bien inmueble en garantía y que no se agotaron los recursos legales para lograr su recuperación. Por lo anterior, se puede establecer el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Asimismo y en consecuencia la apreciación realizada por el recurrente sobre el informe legal y demás informes emitidos fue errada y conllevó a que se continúe en el tiempo con un castigo indebido aspecto que hace pasible al recurrente a un grado de responsabilidad al no haber hecho notar tal situación en el control interno posterior que ejerció, conforme se tiene establecido dentro de sus obligaciones.

Finalmente no puede ser soslayado el hecho de que, se procedió a la reversión del castigo, de acuerdo con la comunicación interna GL/I/1828/2009 NUT-28992 de 31 de diciembre de 2009, de la Gerencia Legal que establece textualmente lo siguiente:

> "…*en sentido de no haberse agotado las instancias judiciales para la recuperación y con la finalidad de que estos castigos se reflejen a los estados financieros para su mejor exposición de éstos préstamos dentro de la cartera de la Mutual se recomienda proceder a la reversión de los castigos realizados y sea con autorización del Directorio de la entidad a través de la Gerencia General*".

De acuerdo la comunicación interna del Directorio DI/I/3/2010 NUT 28992 de fecha 15 de enero de 2010, instruye se proceda con lo establecido en el acta de sesión de Directorio Nº002/10 de 14 de enero de 2010, que dice textualmente:

> "…*con el objeto de levantar la observación de la ASFI y habiendo analizado el informe de la Gerencia Legal GL/I/1828/2009 remitido por la Gerencia General a.i. mediante comunicación interna GO/I/2/2010, determinó revertir el castigo del citado proyecto*…".

Para concluir el proceso, a través de la comunicación interna de la Gerencia General GG/I/20/2010 NUT 28992 de 16 de enero de 2010 instruye a la Subgerencia de Operaciones, que se dé cumplimiento a lo establecido por el Directorio de la Mutual.

En conclusión esta determinación adoptada por la Mutual La Paz, refleja de manera clara y concisa que el castigo realizado a la operación de crédito Nº 1001909 otorgado a Mario Daza Castellón y 11 representantes de la Confederación Sindical de Trabajadores de la Seguridad Social no ha cumplido con lo dispuesto en el Título V, Capítulo I, Anexo I, Sección 6, Artículos 2 y 3, (norma a esa fecha), en consecuencia el recurrente ha incurrido en las previsiones establecidas en los artículos 98 y 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, ya que de manera clara sostiene que el castigo realizado se lo hizo de manera correcta y en cumplimiento a la normativa reglamentaria vigente

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a lo precedentemente compulsado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido adecuadamente con el procedimiento regulatorio administrativo, no siendo suficientemente sustentables legalmente los agravios alegados por el recurrente

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inciso a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 426/2011de 13 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 281/2011 de 16 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DF/Nº 030/2011 DE 23 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 054/2011 DE 17 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2011

La Paz, 17 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 030-2011 de 23 de mayo de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 318-2010 de 29 de diciembre de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 032/2011 de fecha 31 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 114/2011 de fecha 19 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 13 de junio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 030-2011 de 23 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 318-2010 de 29 de diciembre de 2010.

Que, mediante nota APS/DJ/1273/2011 con fecha de recepción de 16 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 030-2011 de 23 de mayo de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 24 de junio de 2011 y notificado a la recurrente el día 1º de julio de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS AP/DJ/DF/3421/2010 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), mediante nota AP/DJ/DF/3421/2010 de fecha 25 de noviembre de 2010, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con el siguiente cargo:

> *"**II.- IMPUTACIÓN DE CARGO:***
>
> *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 123 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, los artículos 6 y 7 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 229 de 04 de marzo de 2008 y las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008 y AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009; al evidenciar que en cuatro (4) expedientes correspondientes a los NUA: 6794041, 13576057, 5188106 y 30316509; la AFP no adjuntó el Certificado emitido por el SENASIR ni cursa en el expediente dicho documento, para la tramitación de las solicitudes."*

2. NOTA FUT.AP-GG-2257/12/10 DE 30 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante nota FUT.AP-GG-2257/12/10 recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) el 30 de diciembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP comunica lo siguiente:

> *"En atención a la nota mencionada en la referencia de fecha 25 de noviembre de la presente gestión, notificada en fecha 13 de diciembre, lamentamos que la misma no haya sido atendida en el tiempo concedido, y que recién podrá ser enviada en fecha 4 de enero de 2011."*

3. NOTA DE DESCARGOS FUT.AP.BEN. 0014/2010 DE 4 DE ENERO DE 2011.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 4 de enero de 2011 mediante nota FUT.AP.BEN.0014/2010, fuera del plazo otorgado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones) presentó los siguientes descargos:

> *"**Descargos***
> *Con relación a las solicitudes de Retiros Mínimos de los cuatro (4) Afiliados que se acogieron a la Devolución Total del Capital Acumulado de su Cuenta Individual, detallados en su nota de cargos, nos permitimos esgrimir los siguientes argumentos de orden técnico y legal:*
>
> *a) La nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 fue dirigida a BBVA Previsión AFP S.A. como respuesta a su nota PREV-PR 8031/2008 cuyo párrafo segundo establece que "A fin de tener el debido respaldo para la verificación de que la Pensión referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, es necesario comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, por lo que esta Intendencia no tiene objeción a la exigencia de dicha una* (sic) *certificación del SENASIR que avale tal situación". Asimismo el último párrafo de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 señala textualmente que **"Sin perjuicio** de lo mencionado y **que esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en el Artículo 17 del Decreto Supremo No. 29537, la Administradora a su cargo debe cumplir con la recepción y proceso de solicitudes que cumplan con los requisitos establecidos en la mencionada norma.**" (las negrillas y el subrayado son nuestros).*
>
> *b) De lo anterior se desprende que mientras no se cuente con la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes que se acogen a los alcances del artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537 del 1º de mayo de 2008, se deben seguir recibiendo y procesando las solicitudes que cumplan*

los requisitos establecidos por dicha norma sin perjuicio o independientemente de contar o no con la Certificación emitida por el SENASIR.

c) *Importante señalar que nuestra AFP al momento de recibir el 31 de octubre de 2008 una copia de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008, no recibió copia de la nota de BBVA Previsión AFP S.A, por lo que desconocía el tipo de certificación que los Afiliados deberían solicitar al SENASIR. Este último aspecto fue aclarado mediante nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009 que en la parte final del segundo párrafo establece que en conformidad a la no objeción otorgada mediante nota SPVS/IP/DPC/2667/2008, el SENASIR debe certificar que el Afiliado... no tiene un Certificado de Compensación de Cotizaciones emitido o por emitirse. "*

d) *La parte final del segundo párrafo del parágrafo I. <u>ANTECEDENTES:</u> de la nota AP/DJ/DF/3421/2010 establece que nuestra AFP ...no contaba con el certificado del SENASIR respecto a la densidad de aportes en el anterior sistema..." olvidándose que las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008; y AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, están referidas a una no objeción para solicitar una Certificación del SENASIR sobre la existencia o no de un Certificado de Compensación de Cotizaciones, que en ninguno de sus acápites establece la densidad de aportes, por lo que su exigencia fuera de no ser obligatoria como se explica en nuestro inciso b), resulta extemporánea al no contar con la densidad de aportes que el Afiliado tendría en el Sistema de Reparto.*

e) *Nuestra AFP en cumplimiento al último párrafo de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 ha dado curso a las solicitudes objeto de controversia de acuerdo a normativa vigente tomando en cuenta que hasta la fecha el ente regulador no ha emitido regulación complementaría que permita la correcta operativa de las solicitudes que se acogen a los alcances del artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537 de 1° de mayo de 2008; que la no objeción a la solicitud efectuada por BBVA Previsión AFP S.A. no ha modificado los requisitos necesarios para acceder a Retiros Mínimos en conformidad a lo dispuesto por el artículo 6 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 229 de 4 de marzo de 2008 ya que para ello se requiere pronunciamiento expreso por parte del ente Regulador.*

Como su Autoridad podrá colegir, no se ha vulnerado ningún marco normativo vigente relacionado a la otorgación de Retiros Mínimos bajo la modalidad de Devolución Total de nuestros cuatro (4) Afiliados, ya que sus solicitudes cuentan con toda la documentación exigida por la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 229 de 4 de marzo de 2008, y cumplen con los requisitos establecidos por el artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537 de 1° de mayo de 2008 ya que hasta el día de hoy no cuentan con ningún Certificado de Compensación de Cotizaciones (Mensual ni Global) registrado en nuestra

base de Compensación de Cotizaciones, por lo que desvirtuamos todos los cargos imputados mediante Nota AP/DJ/DF/3421/2010 solicitando a su Autoridad se sirva desestimar los mismos."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/Nº 318-2010 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2010.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 318-2010 de 29 de diciembre de 2010, notificada el 21 de enero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), presenta los siguientes argumentos:

"…CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis del presente caso, que sigue a continuación:

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado con cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP al advertir que en cuatro (4) expedientes correspondientes a los NUA: 6794041, 13576057, 5188106 y 30316509; la AFP no adjuntó el Certificado emitido por el Servicio Nacional del Sistema de Reparto ni cursa en el expediente dicho documento, para la tramitación de las solicitudes.

Que al presente, la AFP no ha remitido ningún descargo hasta el momento de emitir la presente Resolución Administrativa.

Que los artículos 24 parágrafo I, 25 y 26 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, prevé la validez y eficacia de los actos administrativos y la notificación de los mismos, considerándose que se presumen válidos y producen efectos jurídicos desde la fecha de su legal notificación.

Que la normativa aludida en el párrafo anterior, establece que la notificación con cargos debe ser practicada al o los involucrados mediante comunicación escrita, para que en el plazo respectivo se apersonen a la Secretaria General a fin de tomar conocimiento y notificarse, en caso de incomparecencia se citará por segunda vez.

Que de la revisión de los antecedentes se puede establecer los siguientes actos administrativos de comunicación de los cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP:

a) Mediante nota AP/DJ/DF/3422/2010 de 25 de noviembre de 2010, recibida por la AFP el 25 de noviembre de 2010, se cita a Futuro de Bolivia S.A. AFP, para que se notifique con los cargos imputados.

b) Debido a la falta de apersonamiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se emite la Segunda Citación con nota AP/DJ/3530/2010 de 06 de diciembre de 2010, recibida por la AFP el 06 de diciembre de 2010.

c) En fecha 13 de diciembre de 2010, se notifica los cargos al representante legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, señor José Ardaya C, donde se dispone además el plazo para la presentación de los descargos.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, al haber sido notificado legalmente con la Nota de Cargos AP/DJ/DF/3421/2010 de 25 de noviembre de 2010, en fecha 13 de diciembre de 2010, disponía del plazo de diez (10) días hábiles administrativos, que fueron otorgados bajo el criterio legal previsto en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, para la presentación de sus descargos y justificativos en forma escrita.

Que de la revisión de obrados que cursan en la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, se llega a establecer que el plazo para la presentación de los descargos por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP fenecía el 27 de diciembre de 2010 y que, a esta fecha, no se ha presentado descargo alguno, habiendo operado la preclusión para la presentación de descargos, por lo que corresponde al regulador proceder a calificar los hechos y dictar la Resolución Administrativa motivada correspondiente.

Que por lo señalado precedentemente, al no existir elementos aportados contrarios al cargo; pruebas, alegatos, fundamentos, justificaciones, o en su caso cualquier forma de pronunciamiento, se demuestra una conducta de inactividad y pasividad de la AFP respecto a la imputación del cargo previsto en la Nota de Cargos AP/DJ/DF/3421/2010 de 25 de noviembre de 2010; por lo que corresponde se ratifique el cargo imputado debiendo emitirse la resolución de sanción correspondiente…"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 123 y 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, los artículos 6 y 7 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 229 de 04 de marzo de 2008 y las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008 y AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009.*

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 10 de febrero de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 318-2010 de 29 de diciembre de 2010, con los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.-***

Si bien el plazo para la presentación de descargos con relación a las solicitudes de Retiros Mínimos de los cuatro (4) Afiliados que se acogieron a la devolución total del capital acumulado en su Cuenta Individual, en conformidad al plazo establecido por la nota de cargos AP/DJ/3421/2010 de fecha 25 de noviembre de 2010 fenecía el 27 de diciembre de 2010; y que por ello hubiera operado la preclusión de esta etapa administrativa, su Autoridad debe considerar que:

a) Al imperio de lo establecido por el inciso r) del artículo 49 de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, su Autoridad se encuentra obligada a dictaminar sobre los reglamentos relativos a su sector.

b) La disposición final única del Decreto Supremo N° 29537 de 1° de mayo de 2008, estableció que la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros en un plazo no mayor a los 30 días hábiles administrativos reglamentaría los aspectos relacionados a lo dispuesto por el Decreto Supremo ya citado. Sin embargo y habiendo transcurrido dos años y ocho meses desde la promulgación del citado Decreto Supremo, hasta la fecha no se cuenta con la norma regulatoria que permita una correcta operativa en las solicitudes de Retiros Mínimos que se acogen a los alcances del artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537 de 12 de mayo de 2008.

c) Nuestra Constitución Política del Estado consagra el principio de la jerarquía normativa, por lo que en aplicación del mismo se tiene que una carta de no objeción, emanada por la Ex SPVS, no modifica los documentos requeridos para iniciar una solicitud de Retiros Mínimos en el marco de lo dispuesto por la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 229 de 4 de marzo de 2008. Ya que para ello se debía contar con reglamentación específica de acuerdo a lo establecido por el Decreto Supremo N° 29537 de 1° de mayo de 2008.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

Tomando en cuenta las consideraciones preliminares arriba vertidas, y a efectos de que su Autoridad pueda aplicar los principios de la sana crítica y valoración razonada, me permito esgrimir los siguientes fundamentos de orden técnico y legal:

a) La nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 fue dirigida a BBVA Previsión AFP S.A. como respuesta a su nota PREV-PR 8031/2008 cuyo párrafo segundo establece que "A fin de tener el debido respaldo para la

verificación de que la Pensión referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, es necesario comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, por lo que esta Intendencia no tiene objeción a la exigencia de dicha una certificación del SENASIR que avale tal situación".

Asimismo el último párrafo de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 señala textualmente que ***"Sin perjuicio de lo mencionado y que esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en el Artículo 17 del Decreto Supremo No. 29537, la Administradora a su cargo debe cumplir con la recepción y proceso de solicitudes que cumplan con los requisitos establecidos en la mencionada norma."*** *(las negrillas y el subrayado son nuestros).*

b) *De lo anterior se desprende que mientras no se cuente con la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes que se acogen a los alcances del artículo 17 del decreto* (sic) *Supremo Nº 29537 del 1º de mayo de 2008, se deben seguir recibiendo y procesando las solicitudes que cumplan los requisitos establecidos por dicha norma sin perjuicio o independientemente de contar o no con la Certificación emitida por el SENASIR.*

c) *Es importante señalar que nuestra AFP al momento de recibir el 31 de octubre de 2008 una copia de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008, no recibió copia de la nota de BBVA Previsión AFP S.A, por lo que desconocía el tipo de certificación que los Afiliados deberían solicitar al SENASIR. Este último aspecto fue aclarado mediante nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009 que en la parte final del segundo párrafo establece que en conformidad a la no objeción otorgada mediante nota SPVS/IP/DPC/2667/2008, el SENASIR debe certificar que el Afiliado...no tiene un Certificado de Compensación de Cotizaciones emitido o por emitirse."*

d) *La parte final del segundo párrafo del parágrafo I. ANTECEDENTES: de la nota AP/DJ/DF/3421/2010 establece que nuestra AFP ...no contaba con el certificado del SENASIR respecto a la densidad de aportes en el anterior sistema..." olvidándose que las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008; y AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, están referidas a una no objeción para solicitar una Certificación del SENASIR sobre la existencia o no de un Certificado de Compensación de Cotizaciones, que en ninguno de sus acápites establece la densidad de aportes, por lo que su*

exigencia fuera de no ser obligatoria como se explica en nuestro inciso b), resulta extemporánea al no contar con la densidad de aportes que el Afiliado tendría en el Sistema de Reparto.

e) *Nuestra AFP en cumplimiento al último párrafo de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 ha dado curso a las solicitudes objeto de controversia de acuerdo a normativa vigente tomando en cuenta que hasta la fecha el ente regulador no ha emitido regulación complementaría que permita la correcta operativa de las solicitudes que se acogen a los alcances del artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537 de 12 de mayo de 2008; que la no objeción a la solicitud efectuada por BBVA Previsión AFP S.A. no ha modificado los requisitos necesarios para acceder a Retiros Mínimos en conformidad a lo dispuesto por el artículo 6 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 229 de 4 de marzo de 2008 ya que para ello se requiere reglamentación específica por parte del ente Regulador como lo estableció la disposición final única del Decreto Supremo Nº 29537 de 1º de mayo de 2008.*

CONCLUSIONES.-

De acuerdo al principio de verdad material establecido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, y por los argumentos arriba vertidos, se desprende que nuestra Administradora ha actuado dentro de los marcos legales vigentes para la otorgación de Retiros Mínimos ante la ausencia de la regulación normativa y de acuerdo a lo expresado por la propia ex SPVS en el último párrafo de su nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 que señala textualmente que "Sin perjuicio de lo mencionado y que esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en el Artículo 17 del Decreto Supremo No. 29537, la Administradora a su cargo debe cumplir con la recepción y proceso de solicitudes que cumplan con los requisitos establecidos en la mencionada norma.".

PETITORIO.-

Tomando en cuenta la relación de hechos y los argumentos esgrimidos por nuestra AFP, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF Nº 318-2010 de fecha 29 de diciembre de 2010."

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 030-2011 DE 23 DE MAYO DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 030-2011 de 23 de mayo de 2011 resolvió confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 318-2010 de 29 de diciembre de 2010 con los siguientes argumentos:

*"…**CONSIDERANDO:***

Que en función a los fundamentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

*Que es pertinente recordar que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha sancionado con cargos a Futuro de Bolivia S.A. AFP al advertir que en cuatro (4) expedientes correspondientes a los NUA: 6794041, 13576057, 5188106 y 30316509; la AFP no adjuntó el Certificado emitido por el Servicio Nacional del Sistema de Reparto **(SENASIR),** para la tramitación de las solicitudes.*

Que para el presente análisis es importante hacer mención a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537 de 01 de mayo de 2009, el cual señala:

> *"**ARTÍCULO 17.- (ACCESO AL PAGO DE LA COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES).** Cuando el Afiliado hubiese **efectuado** menos de ciento ochenta **(180) aportes,** tenga sesenta (60) años de edad o más y cuando la Pensión Referencial sea menor al setenta por ciento (70%) del salario mínimo nacional, podrá acceder al pago únicamente con la Compensación de Cotizaciones y con el Saldo en Cuenta Individual podrá optar voluntariamente a Retiros Mínimos del Saldo en su Cuenta Individual o **Devolución Total del Capital Acumulado** en un solo pago" (las negrillas son nuestras).*

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP en su impugnación señala lo siguiente: "La nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 fue dirigida a BBVA Previsión AFP S.A. como respuesta a su nota PREV-P 8031/2008 cuyo párrafo segundo establece que "A fin de tener el debido respaldo para la verificación de que la Pensión referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, es necesario comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, por lo que esta Intendencia no tiene objeción a la exigencia de dicha (sic) una certificación del SENASIR que avale tal situación". Al respecto corresponde señalar que, si bien la nota mencionada fue dirigida a la otra AFP y copia de la misma fue entregada a Futuro de Bolivia S.A. AFP el 31 de octubre de 2008, ello fue en razón a que la ex AP tuvo el propósito de que ambas AFP tomen conocimiento de la necesidad de contar con un documento que dé

certeza y respaldo para la verificación de que la Pensión Referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, y que el Asegurado debe haber efectuado menos de ciento ochenta (180) aportes.

Que en esa línea de razonamiento, la AFP tenía la responsabilidad de realizar cuanta actividad sea necesaria, en protección y resguardo de los intereses de sus Asegurados, a fin de que pueda otorgar las prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, conforme norma vigente, así como las ***consideraciones*** *impartidas por el ente regulador, estas últimas en apego al cuidado exigible a un buen padre de familia, al cual se ve obligado por disposición del artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

Que en ese sentido, la no objeción a la que hace referencia la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008, viene relacionada al cuidado exigible que debe tener la AFP y no precisamente como un requisito para el acceso al beneficio.

Que con relación al argumento de que la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 no habría sido recibida por Futuro de Bolivia S.A. AFP, por lo que desconocería el tipo de certificación que los Asegurados deberían solicitar al SENASIR; al respecto corresponde señalar que, se tiene constancia de que la mencionada nota si bien estuvo dirigida a la otra AFP; sin embargo, la misma expresamente señalaba que debía ir con copia a la otra AFP, a ese efecto es que se tiene sello de recepción de Futuro de Bolivia S.A. con fecha 31 de octubre de 2008 a horas 12:11. Por lo expuesto anteriormente, la referida nota fue de conocimiento de la AFP y cumplida la finalidad del acto, resultando el argumento inconsistente.

Que asimismo la AFP señala que, en cumplimiento al último párrafo de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 dio curso a las solicitudes objeto de controversia de acuerdo a normativa; sin embargo, párrafos atrás del recurso expresa que no recibió copia de la nota señalada por lo que desconocía el tipo de certificación que los Asegurados deberían solicitar al SENASIR; lo expuesto anteriormente lleva a deducir incongruencia en los argumentos presentados.

Que, con relación a la nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, la AFP señala lo siguiente: "…este último aspecto fue aclarado mediante nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009 que en la parte final del segundo párrafo establece que en conformidad a la no objeción otorgada mediante nota SPVS/IP/DPC/2667/2008, el SENASIR debe certificar que el Afiliado… no tiene un Certificado de Compensación de Cotizaciones emitido o por emitirse". Al respecto corresponde señalar que, la nota AP/DPC/836/2009 se constituye en el instrumento normativo por el cual el Ente Regulador instruye a Futuro de Bolivia S.A. AFP que, para dar curso a lo establecido en el artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537 de 01 de mayo de 2009, debe contar previamente con una certificación del SENASIR

que indique que el Asegurado no tiene Compensación de Cotizaciones; imperativo obligatorio que en el presente caso no fue cumplido por la AFP.

Que asimismo, resulta ser sesgada la interpretación que realiza la AFP cuando esta señala que las notas AP/DPC/836/2009 y SPVS/IP/DPC/2667/2008 están referidas a una no objeción para solicitar Certificación del SENASIR; al respecto, se debe aclarar que las notas señaladas cuentan con sus propias particularidades y características, explicadas a detalle en el presente acto, reiterando que cada una tiene un matiz diferente en cuanto a lo que disponen o instruyen. Por tanto, si bien ambas notas se complementan, pero no tienen la misma naturaleza, porque la última impone obligación para el regulado.

Que en ese entendido, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, tipifica como acto administrativo de menor jerarquía la directiva, instrucción, Circular, etc., la cual obedece, dentro del ámbito público a un orden operativo, y que por su naturaleza produce efectos jurídicos, quedando el administrado obligado a observarla cuando sea objeto de comunicación. Por lo que en el presente caso de autos, las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008 y AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, como normativa atinente al caso, advierten la necesidad del documento que avale que el Asegurado que se acoge a los alcances de lo establecido por el artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537 de 01 de mayo de 2008, no tiene un Certificado de Compensación de Cotizaciones emitido o por emitirse; aspecto no tomado en cuenta por la AFP, debido a que no se cuenta en sus archivos con el señalado documento.

Que asimismo, la AFP arguye como fundamento de su recurso, de que el Ente Regulador no habría emitido regulación complementaria que permita la correcta operativa de las solicitudes que se acogen a los alcances del artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537; a este aspecto se recuerda que, en su debida oportunidad la AFP podía solicitar en caso de ausencia normativa; sin perjuicio de lo señalado, el presente proceso administrativo no se centra en aspectos que vean con la regulación, sino con referencia al incumplimiento a la norma a momento de incurrir en la infracción.

Que en virtud a lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución Administrativa que impone sanción.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que posibiliten cambiar la ratio legis de la R.A.318-2010 emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, en

consecuencia, se confirma el referido acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 13 de junio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 030-2011 de 23 de mayo de 2011, expresando lo siguiente:

"…***CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.-***

En la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 030-2011 de 23 de mayo de 2011, la APS trata de desvirtuar y deslindar las obligaciones y responsabilidades que por imperio de la ley tiene, en cuanto a reglamentar aspectos relativos para una correcta otorgación de beneficios y/o prestaciones a favor de los Afiliados al SSO, por lo que es pertinente reiterar nuevamente lo expresado en nuestro recurso de revocatoria.

a) *Al imperio de lo establecido por el inciso r) del artículo 49 de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, tanto la ex SPVS, como la ex AP, se encontraban obligados* (sic) *a dictaminar sobre los reglamentos relativos a su sector.*

b) *La disposición final única del Decreto Supremo N° 29537 de 1° de mayo de 2008, estableció que la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros en un plazo no mayor a los 30 días hábiles administrativos reglamentaría los aspectos relacionados a lo dispuesto por el Decreto Supremo ya citado. Sin embargo y habiendo transcurrido dos años y ocho meses desde la promulgación del citado Decreto Supremo, hasta la fecha de promulgación de la nueva ley* (sic) *de pensiones (Ley N9 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones) no se elaboró norma regulatoria que permita una correcta operativa en las solicitudes de Retiros Mínimos que se acogían a los alcances del artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537 de 1° de mayo de 2008.*

c) *Nuestra Constitución Política del Estado consagra el principio de la jerarquía normativa, el mismo que es rescatado por el artículo 4 inciso h) de la Ley de Procedimiento Administrativo; por lo que en aplicación del mismo se tiene que una carta de no objeción, emanada por la Ex SPVS, no modifica los documentos requeridos para iniciar una solicitud de Retiros Mínimos en el marco de lo dispuesto por la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 229 de 4 de marzo de 2008. Ya que para ello se debía contar con reglamentación específica de acuerdo a lo establecido por el Decreto Supremo Nº 29537 de 1º de mayo de 2008, más aun* (sic) *cuando el último párrafo de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 señala textualmente que "Sin* ***perjuicio de lo mencionado y que esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en el Artículo 17 del Decreto Supremo No. 29537, la Administradora a su cargo debe cumplir con la recepción y proceso de solicitudes que cumplan con los requisitos establecidos en la mencionada norma".***

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

Tomando en cuenta las consideraciones preliminares arriba vertidas, y a efectos de que su Autoridad pueda aplicar los principios de la sana crítica y valoración razonada, me permito esgrimir los siguientes fundamentos de orden técnico y legal:

a) *La nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 fue dirigida a BBVA Previsión AFP S.A. como respuesta a su nota PREV-PR 8031/2008 cuyo párrafo segundo establece que "A fin de tener el debido respaldo para la verificación de que la Pensión referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, es necesario comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, por lo que esta Intendencia no tiene objeción a la exigencia de dicha una* (sic) *certificación del SENASIR que avale tal situación".*

   Asimismo el último párrafo de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 señala textualmente que ***"Sin perjuicio de lo mencionado y que esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en el Artículo 17 del Decreto Supremo No. 29537, la Administradora a su cargo debe cumplir con la recepción y proceso de solicitudes que cumplan con los requisitos establecidos en la mencionada norma."****(las negrillas y el subrayado son nuestros).*

b) *De lo anterior se desprende que mientras no se cuente con la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes que se acogen a*

los alcances del artículo 17 del decreto (sic) *Supremo Nº 29537 del 1º de mayo de 2008, se deben seguir recibiendo y procesando las solicitudes que cumplan los requisitos establecidos por dicha norma sin perjuicio o independientemente de contar o no con la Certificación emitida por el SENASIR. Aspecto que debió ser considerado por el regulador al momento de efectuar su análisis en aplicación del principio de congruencia y orientando su actividad a la búsqueda de la verdad material.*

c) *Es importante señalar que nuestra AFP al momento de recibir el 31 de octubre de 2008 una copia de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008, no recibió copia de la nota de BBVA Previsión AFP S.A, por lo que desconocía el tipo de certificación que los Afiliados deberían solicitar al SENASIR. Este último aspecto fue aclarado mediante nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009 que en la parte final del segundo párrafo establece que en conformidad a la no objeción otorgada mediante nota SPVS/IP/DPC/2667/2008, el SENASIR debe certificar que el Afiliado...no tiene un Certificado de Compensación de Cotizaciones emitido o por emitirse.". De lo arriba expresado se tiene que nuestra AFP, no niega la recepción de la nota, sino que señala que la misma no tiene los adjuntos, por lo que se desconoce el tipo de certificación a solicitar.*

d) *La parte final del segundo párrafo del parágrafo I. <u>ANTECEDENTES:</u> de la nota AP/DJ/DF/3421/2010 establece que nuestra AFP ...no contaba con el certificado del SENASIR respecto a la densidad de aportes en el anterior sistema..." olvidándose que las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008; y AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, están referidas a una no objeción para solicitar una Certificación del SENASIR sobre la existencia o no de un Certificado de Compensación de Cotizaciones,* ***que en ninguno de sus acápites establece la densidad de aportes, por lo que su exigencia fuera de no ser obligatoria como se explica en nuestro inciso b), resulta extemporánea al no contar con la densidad de aportes que el Afiliado tendría en el Sistema de Reparto,*** *por lo que cumpliendo las obligaciones asignadas por Ley, la ex SPVS debió emitir el procedimiento correspondiente para obtener el fin deseado.*

e) *Nuestra AFP en cumplimiento al último párrafo de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 ha dado curso a las solicitudes objeto de controversia de acuerdo a normativa vigente tomando en cuenta que hasta la fecha de promulgación de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, el ente regulador no ha emitido regulación complementaria que permitiese una correcta operativa de las solicitudes que se acogían a los alcances del artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537 de 13*

de mayo de 2008; que la no objeción a la solicitud efectuada por BBVA Previsión AFP S.A. no ha modificado los requisitos necesarios para acceder a Retiros Mínimos en conformidad a lo dispuesto por el artículo 6 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 229 de 4 de marzo de 2008 ya que para ello se requiere reglamentación específica por parte del ente Regulador como lo estableció la disposición final única del Decreto Supremo Nº 29537 de 1º de mayo de 2008.

f) *La ex AP al momento de sancionarnos, y la APS al momento de confirmar la sanción impuesta por su antecesor, no han configurado en ningún momento de qué manera se ha vulnerado lo dispuesto por los artículos 6 y 7 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 229 de 4 de marzo de 2008, por lo que la sanción carece de la congruencia, necearía* (sic) *de la que deben estar investidas las actuaciones administrativas en virtud a la acertada línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que: "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración,* ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición,*** *debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras).*

g) *Los criterios utilizados por la AP para imponernos una sanción de $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) no guardan relación con la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia* ***o reiteración,*** *b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión (las negrillas son nuestras. En este caso vulnerando nuestros derechos y principios que rigen el debido proceso administrativo no se ha configurado la existencia de una conducta preterintencional.*

h) *Asimismo no se ha llegado a establecer que nuestra conducta sea reiterativa, y mucho menos que se haya causado algún tipo de perjuicio a los Afiliados, cuya voluntad era acceder al saldo de su cuenta individual en un solo pago*

conforme a normativa vigente; y nuestra obligación, la de recibir y procesar sus solicitudes.

i) Nuestra Administradora ha seguido efectuando las gestiones ante el SENASIR, y sin perjuicio de todo lo expresado, de la nota SENASIR A.L. Nº 0349/2011 y su adjunto, se puede evidenciar que ninguno de los cuatro Afiliados por los que se nos impone la sanción cuentan con Certificado de Compensación de Cotizaciones; y tampoco son rentistas del Sistema de Reparto.

CONCLUSIONES.-

De acuerdo al principio de verdad material que debe regir el proceso administrativo en virtud a lo establecido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, y por los argumentos arriba vertidos, se desprende qué nuestra Administradora ha actuado dentro de los marcos legales vigentes para la otorgación de Retiros Mínimos ante la ausencia de la regulación normativa y de acuerdo a lo expresado por la propia ex SPVS en el último párrafo de su nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de 2008 que señala textualmente que "Sin perjuicio de lo mencionado y que esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en el Artículo 17 del Decreto Supremo No. 29537, la Administradora a su cargo debe cumplir con la recepción y proceso de solicitudes que cumplan con los requisitos establecidos en la mencionada norma.".

Asimismo la ex AP y la actual APS no han configurado ni adecuado de que manera, se ha cometido infracción a la norma vigente para la otorgación de Retiros Mínimos bajo la modalidad de pago único.

PETITORIO.-

Al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 030-2011 de fecha 23 de mayo de 2011; que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 318-2010 de fecha 29 de diciembre de 2010, y adecuarla a normativa vigente…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

A efectos de la valoración y debida compulsa, corresponde revisar previamente la normativa u otros actos administrativos relacionados al caso de autos, conforme se procede:

El Decreto Supremo Nº 29537 de 10 de mayo de 2008 en su artículo 17 establece:

> "***ARTÍCULO 17.- (ACCESO AL PAGO DE LA COMPENSACIÒN DE COTIZACIONES).*** *Cuando el Afiliado hubiese efectuado menos de ciento ochenta (180) aportes, tenga sesenta (60) años de edad o más y cuando la Pensión Referencial sea menor al setenta por ciento (70%) del salario mínimo nacional, podrá acceder al pago únicamente con la Compensación de Cotizaciones y con el Saldo en Cuenta Individual podrá optar voluntariamente a Retiros Mínimos del Saldo en su Cuenta Individual o Devolución Total del Capital Acumulado en un solo pago."*

Mediante nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008 dirigida a BBVA Previsión S.A. AFP, cuya copia fue recibida por Futuro de Bolivia S.A. AFP el 31 de octubre de 2008, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, comunicó:

> *"...A fin de tener el debido respaldo para la verificación de que la Pensión referencial obtenida sea menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, es necesario comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, por lo que esta Intendencia no tiene objeción a la exigencia de dicha certificación del SENASIR que avale tal situación.*
>
> *Sin perjuicio de lo mencionado y que esta Intendencia está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en el Artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537, la*

Administradora a su cargo debe cumplir con la recepción y proceso de solicitudes que cumplan con los requisitos establecidos en la mencionada norma."

En fecha 18 de septiembre de 2009, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009 notifica a Futuro de Bolivia S.A. AFP, lo siguiente:

"...Asimismo, en fecha 31 de octubre de 2008 la ex Intendencia de Pensiones remitió a Futuro de Bolivia S.A. AFP para su conocimiento, copia de la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008, a través de la cual se dio la no objeción a la solicitud de una certificación del SENASIR que avale, que el Afiliado que se acoge a los alcances de lo establecido por el artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537 de 1 de mayo de 2009, no tiene un Certificado de Compensación de Cotizaciones emitido o por emitirse.

En este sentido, los casos expuestos en su nota no deberían presentarse, ya que para dar curso a lo establecido por el mencionado artículo 17, ***la AFP debe contar previamente con una certificación del SENASIR que indique que el Afiliado no tiene Compensación de Cotizaciones****. Sin embargo, si se presentaran casos en los que la certificación indicara la no existencia de una CC y la misma fuera registrada en fecha posterior al trámite de Retiros Mínimos o Devolución Total, el artículo 17º establece claramente que si "… el Afiliado hubiese efectuado menos de ciento ochenta (180) aportes, tenga sesenta (60) años de edad o más y cuando la Pensión Referencial sea menor al setenta por ciento (70%) del salario mínimo nacional, podrá acceder al pago únicamente con la Compensación de Cotizaciones..." (el subrayado es nuestro), por lo que para el acceso de estos casos al pago de CC no se requiere un procedimiento adicional vigente."*

(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2. ANALISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. DE LA OBLIGACIÓN DE REQUERIR CERTIFICACIÓN.-

Se tiene que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento a lo establecido en los artículos 123 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, los artículos 6 y 7 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 229 de 04 de marzo de 2008 y las notas

SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008 y AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009; al evidenciar que en cuatro (4) expedientes, correspondientes a los NUA: 6794041, 13576057, 5188106 y 30316509, la AFP no adjuntó el Certificado emitido por el SENASIR, ni cursa en el expediente dicho documento para la tramitación de las solicitudes.

A tiempo del Recurso Jerárquico, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** señala que:

> *"…una carta de no objeción, emanada por la Ex SPVS, no modifica los documentos requeridos para iniciar una solicitud de Retiros Mínimos en el marco de lo dispuesto por la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 229 de 4 de marzo de 2008. Ya que para ello se debía contar con reglamentación específica…"*
>
> *"…mientras no se cuente con la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes que se acogen a los alcances del artículo 17 del decreto* (sic) *Supremo Nº 29537 del 1º de mayo de 2008, se deben seguir recibiendo y procesando las solicitudes que cumplan los requisitos establecidos por dicha norma sin perjuicio o independientemente de contar o no con la Certificación emitida por el SENASIR…"*
>
> *"...la no objeción a la solicitud efectuada por BBVA Previsión AFP S.A. no ha modificado los requisitos necesarios para acceder a Retiros Mínimos en conformidad a lo dispuesto por el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 229 de 04 de marzo de 2008 ya que para ello se requiere reglamentación específica por parte del Ente Regulador…"*

Asimismo, señala que al recibir la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 de 24 de octubre de 2008, no adjuntaron copia de la nota de BBVA Previsión AFP S.A., por lo que desconocía el tipo de certificación que los Afiliados deberán solicitar al SENASIR (aspecto que sin embargo fue aclarado mediante nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009).

Sobre dicha aseveración, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dejó constancia mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 030-2011 de 23 de mayo de 2011 lo siguiente:

> *"…si bien la nota mencionada fue dirigida a la otra AFP y copia de la misma fue entregada a Futuro de Bolivia S.A. AFP el 31 de octubre de 2008, ello fue en razón a que la ex AP tuvo el propósito de que ambas AFP tomen conocimiento de la necesidad de contar con un documento que dé certeza y respaldo para la verificación de que la Pensión Referencial obtenida sea menor al setenta*

por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional, y que el Asegurado debe haber efectuado ***menos*** *de ciento ochenta (180) aportes.*

Que en esa línea de razonamiento, la AFP tenía la responsabilidad de realizar cuanta actividad sea necesaria, en protección y resguardo de los intereses de sus Asegurados, a fin de que pueda otorgar las prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, conforme norma vigente, así como las ***consideraciones*** *impartidas por el ente regulador, estas últimas en apego al cuidado exigible a un buen padre de familia, al cual se ve obligado por disposición del artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997…"*

Es así que, corresponde remitirse al análisis de las notas emitidas por la Entidad Reguladora como sigue:

- La nota SPVS/IP/DP/2667/2008 de 24 de octubre de 2008, establece la necesidad de comprobar la existencia de la Compensación de Cotizaciones, limitándose a manifestar que "*no tiene objeción*" a la exigencia de un Certificado emitido por el SENASIR que avale tal situación, señalando también que "*está proyectando la regulación complementaria que permita la operativa de las solicitudes basadas en el Artículo 17 del Decreto Supremo Nº 29537*".

- La nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, señala que "*para dar curso a lo establecido por el mencionado artículo 17, la AFP* ***debe*** *contar previamente con una certificación del SENASIR que indique que el Afiliado no tiene Compensación de Cotizaciones*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, se constata que tanto la recurrente como la instancia administrativa, cuentan con una "interpretación" distinta, toda vez que según lo señalado por la recurrente las notas remitidas por la Entidad Reguladora no modifican los requisitos para acceder al pago de Devolución Total, debiendo necesariamente emitirse una regulación complementaria, mientras que el Ente Regulador señala que el contenido de las notas SPVS/IP/DP/2667/2008 y AP/DPC/836/2009, tienen calidad de **instrucción** para su debido cumplimiento.

Por lo que, corresponde realizar el pronunciamiento que amerita, teniendo que tenerse en claro que los requisitos establecidos mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 229 de 04 de marzo de 2008 y la nota SPVS/IP/DP/2667/2008 no establecen la obligatoriedad de exigir un Certificado que deba ser emitido por el SENASIR; sin embargo se evidencia la existencia de un acto administrativo expreso

que instruye la obligación de presentación del Certificado emitido por el SENASIR, cual es la nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, misma que al expresar el término **mandatorio "debe",** se constituye en una **instrucción** de cumplimiento obligatorio.

Asimismo, y referente al argumento relacionado a una reglamentación complementaria, sobre las determinaciones que salen del Decreto Supremo N° 29537 de 1° de mayo de 2008, conforme se encuentra establecido en la Disposición Final Única del citado Decreto Supremo, debe quedar en claro que los extremos que hacen a la controversia en instancia jerárquica, no requieren de mayor reglamentación, por cuanto el artículo 17 del mencionado Decreto Supremo, establece claramente cuáles son los requisitos que deben cumplir los Afiliados para acceder al Pago de Devolución Total; donde la nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, de manera complementaria, establece el deber de contar con la "*Certificación del SENASIR que indique que el Afiliado no tiene Compensación de Cotizaciones*", extremo que hace inatendible la pretensión de la recurrente.

Ahora bien, es imperante también verificar, si dicho acto administrativo, aplica a los cuatro casos que han sido objeto de sanción, por lo que, corresponde remitirnos al Informe Técnico Legal DF/T/021-2010 de 23 de noviembre de 2010, emitido por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (cursante en el expediente administrativo), mismo que determina que los cuatro trámites corresponden a solicitudes presentadas en el mes de octubre de 2009. Situación que confirma la aplicación de la tantas veces citada nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, al haber sido notificada el 18 de septiembre de 2009.

Por lo tanto, se colige que Futuro de Bolivia S.A. AFP, tenía la obligación de solicitar la Certificación emitida por el SENASIR, como requisito para realizar una correcta verificación y de esta manera respaldar el pago de cada uno de los cuatro trámites de Devolución Total que hoy han merecido un proceso sancionatorio.

Por otra parte, -y no menos trascendental-, importa precisar el deber que tiene la Administradora de Fondos de Pensiones, de verificar que los Afiliados cumplan cabalmente con los requisitos establecidos en el artículo 17° del Decreto Supremo N° 29537 de 10 de mayo de 2008.

Futuro de Bolivia S.A. AFP presenta a su vez el siguiente argumento:

> *"d) La parte final del segundo párrafo del parágrafo I. <u>ANTECEDENTES:</u> de la nota AP/DJ/DF/3421/2010 establece que nuestra AFP ... no contaba con el certificado del SENASIR respecto a la densidad de aportes en el anterior sistema..." olvidándose que las notas SPVS/IP/DPC/2667/2008 de fecha 24 de octubre de*

2008; y AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, están referidas a una no objeción para solicitar una Certificación del SENASIR sobre la existencia o no de un Certificado de Compensación de Cotizaciones, ***que en ninguno de sus acápites establece la densidad de aportes, por lo que su exigencia fuera de no ser obligatoria como se explica en nuestro inciso b), resulta extemporánea al no contar con la densidad de aportes que el Afiliado tendría en el Sistema de Reparto,*** *por lo que cumpliendo las obligaciones asignadas por Ley, la ex SPVS debió emitir el procedimiento correspondiente para obtener el fin deseado."*

Lo aseverado por el recurrente no corresponde a la realidad regulatoria, cual se evidencia del expediente administrativo y la compulsa realizada precedentemente, ya que como se observó, resulta evidente que la nota SPVS/IP/DPC/2667/2008 emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros se limita a la no objeción de solicitar una Certificación emitida por el SENASIR, sin embargo, la nota AP/DPC/836/2009 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, establece una **instrucción** para que la Administradora de Fondos de Pensiones solicite dicha Certificación, resultando una obligación de la Administradora de Fondos de Pensiones, verificar que los Afiliados cuenten con menos de ciento ochenta aportes (y una Pensión Referencial menor al setenta por ciento (70%) de un Salario Mínimo Nacional), para lo cual es necesario conocer la Densidad de Aportes.

Tal información no se encuentra detallada como uno de los requisitos que tenga que cumplir el Afiliado a fin de acceder al pago de Devolución Total, empero una de las responsabilidades de las Administradoras de Fondos de Pensiones es la administración y el otorgamiento de las prestaciones en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo a quienes **en derecho** les corresponde, conforme lo establece la normativa vigente, para lo que se debe contar con la evidencia del cumplimiento de requisitos.

En definitiva, se tiene que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** está obligada a exigir los Certificados emitidos por el SENASIR, conforme se estableció en el análisis que se ha realizado, por consiguiente, se ha evidenciado el incumplimiento a la normativa y regulación en los cuatro trámites de Devolución Total del Capital Acumulado en Cuenta Individual (NUA: 6794041, 13576057, 5188106 y 30316509).

2.2. GESTIONES REALIZADAS ANTE EL SENASIR.-

La Administradora de Fondos de Pensiones indica que ha seguido efectuando las gestiones ante el SENASIR, teniendo como resultado que ninguno de los cuatro

Afiliados por los que se impone la sanción, cuentan con Certificado de Compensación de Cotizaciones; y tampoco son rentistas del Sistema de Reparto.

Al respecto, se debe mencionar que para dar inicio a las Solicitudes de Devolución Total de los cuatro Afiliados, la Administradora de Fondos de Pensiones debió solicitar previamente la Certificación emitida por el SENASIR, a fin de comprobar que los Afiliados cumplían con los requisitos establecidos para el efecto, así como para la verificación de la existencia o no de un Certificado de Compensación de Cotizaciones.

Si bien la consulta fue realizada por la AFP y el SENASIR atendió dicha consulta mediante nota SENASIR A.L. N° 0349/2011, la misma resulta ser extemporánea, por cuanto dicha gestión correspondía realizársela al inicio de los trámites y no en fecha posterior a la notificación de cargos.

2.3. DE LA VULNERACIÓN A LOS ARTÍCULOS 6 Y 7 DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP/N° 229/2008.-

La recurrente ha señalado que:

> "…*La ex AP al momento de sancionarnos, y la APS al momento de confirmar la sanción impuesta por su antecesor, no han configurado en ningún momento de qué manera se ha vulnerado lo dispuesto por los artículos 6 y 7 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 229 de 4 de marzo de 2008, por lo que la sanción carece de la congruencia, necearía* (sic) *de la que deben estar investidas las actuaciones administrativas...*"

Al respecto cabe señalar que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) mediante Informe Técnico Legal DF/T/021-2010 de 23 de noviembre de 2010, estableció que existió incumplimiento por parte de **Futuro de Bolivia S.A. AFP** a los artículos 6° y 7° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 229 de 04 de marzo de 2008, debido a que cuatro expedientes no cuentan con el Certificado emitido por el SENASIR, artículos que a la letra señalan:

> Artículo 6°: "…*La AFP no puede requerir documentación adicional, salvo situación particular que requiera pronunciamiento de la SPVS*…"
>
> Artículo 7°: "…*Una vez que el Afiliado o Derechohabiente se apersona y presente la documentación para iniciar el trámite, la AFP deberá:*

- *Verificar si el Afiliado accede al pago de Retiros Mínimos con alguna de las condiciones establecidas en el artículo 3 de la presente Resolución Administrativa.*

- *Verificar el cumplimiento de requisitos establecidos en el artículo 4…"*

Tal como se mencionó y reiteró precedentemente, la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DPC/836/2009 de 15 de septiembre de 2009, estableció la necesidad de contar con una Certificación emitida por el SENASIR, documento adicional **autorizado** por la Entidad Reguladora y que **debió ser solicitado** por la AFP, sin embargo, de los antecedentes que cursan en el expediente, se evidenció que no existió incumplimiento a lo establecido en el artículo 6° de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 229 de 4 de marzo de 2008, toda vez que la AFP no requirió documentación adicional alguna.

Con relación al incumplimiento al artículo 7° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 229 de 4 de marzo de 2008, es importante señalar inicialmente que el artículo 3 de la mencionada Resolución Administrativa establece las Condiciones para acceder a Retiros Mínimos y el artículo 4, los requisitos que deben cumplir los Afiliados o Derechohabientes para el pago de Retiros Mínimos.

Conforme se ha evidenciado, el proceso sancionatorio desarrollado, se centra, en el incumplimiento de la AFP por no tener los certificados de Compensación de Cotizaciones que respalden los cuatro trámites, y no así por el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 229 de 4 de marzo de 2008, por lo que dicha imputación y consiguiente sanción, transgrede el principio de congruencia.

Por lo tanto es pertinente rescatar lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 -también mencionada por la recurrente- que establece:

> *"…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.*
>
> *La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante*

autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión…"

El extremo tiene relación con el derecho al debido proceso, conforme ha sido mencionado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010:

> "*…a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas;* ***derecho a la congruencia entre acusación y condena****; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba;* ***derecho a la motivación y congruencia de las decisiones*** *(SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);…* (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> (…)
>
> *Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).*
>
> *Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso…"*

De lo anterior, la congruencia que resulta aplicable inclusive al ámbito en el que se

desenvuelve el proceso presente, importa dos presupuestos:

- El derecho a la congruencia entre acusación y condena, y
- El derecho a la congruencia de las decisiones.

Si se subsume todo lo anterior al caso concreto y particularmente el segundo presupuesto, se debe concluir que el argumento presentado por la recurrente resulta evidente, por cuanto y conforme lo arriba determinado, no ha existido vulneración al artículo 7º señalado, y por tanto no existe congruencia entre la imputación y la sanción impuesta, situación que además denota incumplimiento al principio de tipicidad.

Que para mayor abundamiento, es pertinente dejar constancia lo señalado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 (en el mismo sentido, las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 de 18 de enero de 2010 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010) que en lo referente al Principio de Tipicidad, expresa que:

> "… *el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria*…"

2.4. DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN AL CASO.-

La recurrente además señala que:

> "…*Los criterios utilizados por la AP para imponernos una sanción de $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) no guardan relación con la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en*

la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión… En este caso vulnerando nuestros derechos y principios que rigen el debido proceso administrativo no se ha configurado la existencia de una conducta preterintencional (…)

Asimismo no se ha llegado a establecer que nuestra conducta sea reiterativa, y mucho menos que se haya causado algún tipo de perjuicio a los Afiliados, cuya voluntad era acceder al saldo de su cuenta individual en un solo pago conforme a normativa vigente; y nuestra obligación, la de recibir y procesar sus solicitudes…"

Tales extremos hacen al Principio de Proporcionalidad que se halla definido por el artículo 75 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), de la siguiente manera:

"*…Artículo 75.- (Principio de Proporcionalidad). El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimento de las normas infringidas…*"

Toda vez que tal definición importa la proporcionalidad activa, donde se advierte contra la preferencia del infractor a incumplir la norma por resultarle la sanción más beneficiosa que cumplirla (lo que no se acomoda al caso), es pertinente remitirse a la Sentencia Constitucional 1464/2004-R, la que en cuanto a los principios que hacen al Derecho Administrativo, señala:

"*…siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…*"

Con tal antecedente, es oportuno señalar que el artículo 287º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, establece que la aplicación de la sanción debe

obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción, no determinando la norma montos precisos para cada sanción calificada, concediendo al Ente Regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones leves "***Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses***", conforme al artículo 291°, inciso c del mismo Decreto Supremo N° 24469.

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, para el caso pudo discrecionalmente optar por un monto de hasta $us. 5.000.- (CINCO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) a ser pagado en su equivalente en moneda nacional; si bien las disposiciones de los artículos 287° y 288° del Decreto Supremo N° 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en la parte pertinente de su Sentencia N° 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004, referida al Principio de los límites a la discrecionalidad, y que establece:

> "…*Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento*…"

Determinando ello que, al haberse aplicado el máximo posible de la sanción ($us. 5.000.-) en contra de la ahora recurrente, sin haberse analizado y fundamentado tal imposición en razón a: "*a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión*" (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ

38/2005 de 15 de septiembre de 2005), se ha infringido el Principio del Debido Proceso que, junto a sus otros elementos, hace la discrecionalidad reglada mencionada, entonces en inobservancia del artículo 4º, inciso c), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

Aún más; al resultar que la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 318-2010 de 29 de diciembre de 2010, sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por: "*no existir elementos aportados contrarios al cargo; pruebas, alegatos, fundamentos, justificaciones, o en su caso cualquier forma de pronunciamiento, se demuestra una conducta de inactividad y pasividad de la AFP respecto a la imputación del cargo previsto en la Nota de Cargos AP/DJ/DF/3421/2010 de 25 de noviembre de 2010*", situación que no le inhibe de la obligación que tiene de realizar la fundamentación debida, que hace a la imposición de una sanción, en la cuantía que se determine en función a la discrecionalidad con la que cuenta.

Por lo que, se concluye que la mencionada Resolución Administrativa -sancionatoria- AP/DJ/DF/Nº 318-2010 de 29 de diciembre de 2010, en definitiva **no ha fundamentado** -cual hubiera correspondido- los elementos que han sido tomados en cuenta para la determinación de la cuantía de la sanción que ha impuesto, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no ha dado una correcta aplicación a los Principios de Sometimiento Pleno a la Ley y debida fundamentación, a momento de determinar la existencia de conducta punible y por consiguiente sanción, aspecto que necesariamente debe ser enmendado conforme al procedimiento administrativo.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 318-2010 de 29 de diciembre de 2010 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DF/Nº 029-2011 DE 20 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 055/2011 DE 17 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 055/2011

La Paz, 17 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 029-2011 de fecha 20 de mayo de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 027-2011 de 4 de febrero de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 033/2011 de fecha 1 de septiembre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 116/2011 de fecha 22 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 9 de junio de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** representada legalmente por la señora Marioly Aguilera Rosado, conforme lo acredita el Testimonio de Poder N° 627/2008 otorgado en fecha 24 de noviembre de 2008, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Juan Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra Resolución Administrativa

APS/DJ/DF/N° 029-2011 de fecha 20 de mayo de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 027-2011 de 4 de febrero de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros).

Que, mediante nota APS/DJ/1243/2011 con fecha de recepción 14 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 029-2011 de fecha 20 de mayo de 2011 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 027-2011 de 4 de febrero de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de junio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 029-2011 de fecha 20 de mayo de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

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

1. CARGOS IMPUTADOS.-

Por nota AP/DJ/DF/3630/2010 de 16 de diciembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con el Cargo, en los términos transcritos a continuación:

"…***I.- ANTECEDENTES:***

En fecha 12 de octubre de 2010, la Dirección de Fiscalización de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, instruye la verificación del cobro de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) de la Comisión de Primas recaudadas y acreditadas, por concepto de Riesgo Común (RC), Riesgo Profesional/Laboral (RP y RL), realizado por BBVA Previsión AFP S.A., conforme establece la Disposición Final Primera, del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007.

En la verificación de los registros contables de acuerdo a los cálculos efectuados por la AFP para el cobro de la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) del monto de las primas recaudadas y acreditadas, se constató que la base de cálculo considerada por la AFP, incluye conceptos adicionales a los establecidos en la normativa vigente, ya que ésta cobra su comisión sobre las ***cuotas*** *recaudadas y acreditadas así como los intereses por mora percibidos.*

II.- <u>IMPUTACIÓN DE CARGO</u>:

*Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, al advertir que BBVA Previsión AFP S.A., para realizar el cobro de la Comisión de las primas de RC, RP y RL, de noviembre de 2006 a septiembre de 2010, habría aplicado el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las **<u>cuotas</u>** recaudadas y acreditadas y no sobre el monto recaudado y acreditado, adicionando los intereses por mora percibidos…"*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

BBVA PREVISIÓN AFP S.A. mediante nota PREV CONT FDS 192/01/2011 de 20 de 20 de enero de 2011, presentada en fecha 21 de enero de 2011, respondió a los cargos de la nota AP/DJ/DF/3630/2010 de 16 de diciembre de 2010, conforme lo transcrito a continuación:

"…a) En la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 aprueba la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo profesional (sic) *y Riesgo laboral* (sic) *del seguro* (sic) *Social Obligatorio de Largo plazo, según lo establecido en el decreto supremo* (sic) *No. 28926 del 15 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento de las primas recaudadas y acreditadas.*

b) Si bien en esta Resolución Administrativa se establece el porcentaje de comisión que se debe cobrar por las primas recaudadas y acreditadas no establece un procedimiento de registro contable.

c) De lo anteriormente expuesto BBVA Previsión considera que debe tomarse en cuenta también Resoluciones Administrativas que norman los procesos contables dentro del SSO. En la Resolución Administrativa SPVS IP 241 de 19 de agosto de 1999, Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales claramente establece una correlación entre los montos acreditados y las cuotas asignadas a estos montos.

- *Articulo* (sic) *3 (TRANSFERENCIA AL PATRIMONIO Y ASIGNACIÓN DE CUOTAS) La recaudación que ha sido clasificada y que cuenta con la respectiva documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio del FCI, a mas* (sic) *tardar el día hábil siguiente de haber sido clasificada, adquiriendo las cuotas respectivas al valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago.*

- *Articulo* (sic) *5 (ACREDITACIÓN DE CUENTAS INDIVIDUALES).- en sus incisos :*

  Claramente establece que una vez la información a (sic) *sido depurada, se acreditaran a las cuentas individuales de los aportes de Cotizaciones mensuales, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de beneficios sociales, comisiones y los intereses que correspondan así como las primas de*

Riesgo Común, Riesgo Profesional y riesgo laboral (sic) *y los intereses que correspondan en sus respectivas cuentas, de los anterior BBVA Previsión entiende que los Intereses asignados a cada uno de los aportes distribuidos es parte indivisible del aporte de cada trabajador y por consecuencia ingresa como parte del aporte de este a las cuentas de patrimonio, por lo que no es correcto tipificar a los intereses como aportes adicionales a las cuentas.*

En los siguientes incisos siguientes (sic) *se puede identificar la correlación que existe entre las cuotas y los montos acreditados:*

f) Cuenta riesgo (sic) *Profesional (Cuotas de la Cuenta de Riesgos Profesionales) por el dos por ciento (2%) de los Totales Ganados.*

g) Cuenta riesgo (sic) *Laboral (Cuotas de la Cuenta de Riesgos Comunes) por el dos por ciento (2%) de los Totales Ganados.*

h) Cuenta riesgo (sic) *Común (Cuotas de la Cuenta de Riesgos Laborales) por el dos por ciento (2%) de los Totales Ganados.*

d) Finalmente al no existir un procedimiento contable en la Resolución Administrativa IP N° 820 se tomo (sic) *como valido* (sic) *el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras que fue propuesta en nuestra nota AFP-CONT-4637/2001, luego esta fue aceptada por la ex SPVS en la circular SPVS IP DC 133/2001…*"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/N° 027-2011 DE 4 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 027-2011 de fecha 4 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) presenta las consideraciones siguientes:

"…***CONSIDERANDO:***

(…)

Que el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, dispone que las AFP asuman la administración de las prestaciones por RC y RP/RL.

Que mediante la aprobación de la Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007 y del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, se determina que la comisión por el servicio a ser prestado por las AFP, ascienda al cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto (importe) de primas recaudadas y acreditadas.

Que una vez establecido que el factor que debe ser considerado por las AFP para el cobro de comisiones por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de RC, RP/RL, es el monto de primas recaudadas y acreditadas, no corresponde la aplicación de ninguna normativa que haya sido aprobada anteriormente para las Compañías Aseguradoras en la prestación del mencionado servicio, debido a que el Contrato suscrito con éstas finalizó y como consecuencia de ello se realizó una nueva Licitación, la cual fue declarada desierta y por tanto, cualquier normativa que haya sido emitida para las Compañías Aseguradoras no tienen ninguna validez para las AFP.

Que la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, tiene por objeto aprobar los procedimientos que las AFP deben aplicar para acreditar las Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y ***no así para el cobro de comisiones por concepto del servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, mismas que, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y la Resolución y Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007, deben ser calculadas sobre el monto (importe) de primas recaudadas y acreditadas****.*

Que la justificación señalada por la AFP, en relación a que la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007 no establecería un procedimiento contable, no tiene relevancia alguna, ya que los registros contables constituyen los documentos en los que se exponen la información contable y las transacciones dadas en un período de tiempo determinado y por tanto, este aspecto representa una consecuencia y no la causa de la inadecuada e incorrecta aplicación del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre los intereses generados y sobre el número de cuotas de las primas recaudadas y acreditadas, que ocasionaron el egreso en exceso de recursos pertenecientes al Fondo de Capitalización Individual (FCI).

Que no correspondía que la AFP "tome como válido" el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras, debido a que la determinación de que la comisión sea cobrada a partir del ***monto*** *de primas recaudadas y acreditadas exclusivamente, sin considerar intereses por mora u otros conceptos, fue clara y terminantemente establecida mediante Resolución Administrativa y posteriormente, con la promulgación del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007.*

Que de la evaluación de los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV CONT FDS 192/01/2011 de 20 de enero de 2011, se consideran insuficientes, debido a que la AFP justifica su accionar en virtud a que la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007, no establece un procedimiento de registro contable y por consiguiente se basa en la Resolución Administrativa SPVS IP N° 241/99 de 19 de agosto de 1999 que aprueba los Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales, en contravención a la norma imputada en la Nota de Cargos AP/DJ/DF/3630/2010 de 16 de diciembre de 2010, que claramente establece la

aplicación de factores (base de cálculo) adicionales tomados en cuenta por la AFP, para efectivizar el cobro de las comisiones a favor de la Administradora.

Que de igual manera y con el mismo fundamento, la AFP tomó deliberadamente como válido el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras que fue propuesto en su nota AFP-CONT-4637/2001 y que posteriormente según el regulado, habría sido aceptado por la ex SPVS mediante Circular SPVS-IP-DC-133/2001, para efectuar el cálculo y cobro del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) de la Comisión por primas de RC, RP y RL. Al respecto corresponde señalar que la citada normativa no establece que el cobro de la Comisión por primas de RC, RP, RL sea sobre las cuotas recaudadas y acreditadas, sino que la misma hace referencia a que para devengar las primas y la comisión a favor de la AFP (11% sobre primas), en una fecha posterior a aquella en que se acrediten las respectivas contribuciones; por lo que las AFP podrán realizar dicho devengamiento al momento de la acreditación de las contribuciones o en una fecha posterior.

Que adicionalmente, la AFP aplicó el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre los intereses por mora percibidos, nuevamente considerando que los señalados intereses forman parte indivisible de cada aporte, indicando que: "…BBVA Previsión entiende que los Intereses asignados a cada uno de los aportes distribuidos es parte indivisible del aporte de cada trabajador y por consecuencia ingresa como parte del aporte de este (sic) *las cuentas de patrimonio, por lo que no es correcto tipificar a los intereses como aportes adicionales a las cuentas".*

Que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece en sus definiciones qué debe entenderse por Prima: "Es el porcentaje del Total Ganado o Ingreso Cotizable destinado a la cobertura del Seguro de Riesgo Común, también se refiere al porcentaje del Total Ganado destinado a la cobertura del Seguro de Riesgo Profesional del SSO". De la definición anterior, se establece que los Intereses por mora no forman parte de lo que son las primas, por lo tanto el razonamiento expresado por el regulado, es incorrecto.

Que asimismo, se puede evidenciar que la AFP al haber aplicado la comisión erróneamente sobre las cuotas y no así sobre los montos, adicionalmente aplicó el cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%) sobre un concepto (los intereses por mora) que no se encuentra contemplado en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, en tanto la misma señala que: "La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante et período establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Que el incumplimiento por parte de BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido por la normativa vigente, al efectuar el cálculo sobre las cuotas y no así sobre el monto,

adicionando los intereses por mora, ha producido daño al Fondo, ya que, por el periodo noviembre de 2006 a septiembre de 2010, la AFP ha cobrado la Comisión con excedente por el mantenimiento de valor que sufre la cuota diariamente, adicionando los intereses por mora; y por la comisión cobrada en exceso, el Fondo ha dejado de percibir la rentabilidad respectiva, por lo que corresponde la reposición con recursos propios por parte de la AFP, conforme lo determina el artículo 289 del Decreto Supremo 24469 de 17de enero de 1997.

Que de la evaluación integral de los antecedentes expuestos, se determina que los argumentos presentados por la AFP no son válidos para levantar el cargo imputado, por lo que corresponde su sanción…"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a $us10.000,00 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N 820 de 10 de octubre de 2007.*

SEGUNDO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

TERCERO.- I. *La AFP deberá efectuar el recálculo de la comisión cobrada en exceso, sobre el número de cuotas e interés por mora, considerando el Valor Cuota desde la fecha del respectivo devengamiento de cada periodo de noviembre de 2006 hasta el último periodo cobrado por la Administradora), al Valor Cuota vigente a la fecha de pago.*

II. *La Administradora, deberá reponer con recursos propios, la comisión cobrada en exceso actualizada al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición, en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

III. *La Administradora deberá remitir a esta Autoridad, en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos de efectuada la reposición, un Informe documentado, detallando por cada periodo cobrado el número de cuotas que correspondan al exceso (primas e intereses por mora), repuesto en las Cuentas de Siniestralidad y Riesgo Profesional/Laboral; así como los registros contables respectivos…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 11 de abril de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 027-2011 de fecha 4 de febrero de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…*III FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.*

Las disposiciones legales y administrativas en las que se sustenta la resolución sancionatoria tienen vacíos legales, pues ninguna de ellas norma de manera específica sobre el cobro de comisiones como se demuestra a continuación:

La disposición final primera del Decreto Supremo 29400 de 29 de diciembre de 2007 dispone: "La comisión que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el periodo establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

La Resolución Administrativa SPVS-IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 en la parte final del Artículo 1 dispone: "Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo en el periodo establecido por el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, es cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

De la lectura de las mismas, ninguna establece específicamente que el cobro de comisiones por el servicio de pago de prestaciones de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, no deba realizarse sobre las cuotas del recaudadas y acreditadas ó (sic) *sobre los valores de las primas recaudadas y acreditadas ó* (sic) *sobre los intereses.*

Como su autoridad podrá colegir, existe un vacío de la norma que regula el cobro de comisiones al que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, hasta la fecha, no emitieron norma administrativa alguna que de manera específica establezca que el cobro de comisiones sobre cuotas e intereses esté prohibido, mucho más si se considera que con la promulgación del Decreto Supremo 28926 se instaura un periodo de transición en el que las Administradoras de Fondos de Pensiones se hacen cargo de la administración de los Seguros de Riesgo común(sic), *Riesgo Profesional/Laboral. Por lo expuesto, a continuación manifestamos a usted los criterios técnicos con referencia al cobro de comisiones: La Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, establece el porcentaje de comisión que se debe cobrar por las primas recaudadas y acreditadas, empero, no establece un procedimiento de registro contable, ante este vacío laguna* (sic) *normativo se debe*

tomar en cuenta la normativa vigente, como ser la Resolución Administrativa SPVS IP 241 de 19 de agosto de 1999, "Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales", la que establece una similitud entre los montos acreditados y las cuotas asignadas a estos montos. La citada Resolución Administrativa estable: "Articulo (sic) *3 (TRANSFERENCIA AL PATRIMONIO Y ASIGNACIÓN DE CUOTAS) La recaudación que ha sido clasificada y que cuenta con la respectiva documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio del FCI, a mas* (sic) *tardar el día hábil siguiente de haber sido clasificada, adquiriendo las cuotas respectivas al valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago". Asimismo, el Artículo 5° "ACREDITACIÓN DE CUENTAS INDIVIDUALES" establece claramente que una vez la información a* (sic) *sido depurada, se acreditarán a las cuentas individuales de los aportes de Cotizaciones Mensuales, Cotizaciones, Adicionales, Depósitos Voluntarios de beneficios sociales, comisiones y los intereses que correspondan así como las primas de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y los intereses que correspondan en sus respectivas cuentas.*

De lo citado se entiende que los intereses asignados a cada uno de los aportes distribuidos llegan a formar parte del aporte de cada trabajador y en consecuencia, ingresa como parte del aporte de este a las cuentas de patrimonio, por lo que no es correcto tipificar a los intereses como aportes adicionales a las cuentas omitiendo al resto de la normativa vigente que tiene relación directa con la misma... Establecido el porcentaje que debe ser considerado por las AFP para el cobro de comisiones por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de RC, RP/RL por el Decreto Supremo 24900 y Resolución Administrativa SPVS-IP 820 de 10 de octubre de 2007, y siendo que no existe un procedimiento contable en la Resolución Administrativa IP N° 820, es obligación de esta Administradora tomar como válido el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras.

La Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, tiene estrecha relación con la (sic) *cobro de comisiones, porque la misma tiene por objeto aprobar los procedimientos que las AFP deben aplicar para acreditar las Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) proceso importantísimo para proceder al cobro de comisiones por concepto del servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.*

Que la justificación señalada por la AFP, en relación a que la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007 no establecería un procedimiento contable, no tiene relevancia alguna, ya que los registros contables constituyen los documentos en los que se exponen la información contable y las transacciones dadas en un período de tiempo determinado y por tanto, este aspecto representa una consecuencia y no la causa.

Por lo expuesto no corresponde sancionar a la AFP por la inexistencia de una normativa que regule concreta y claramente el cobro de comisiones por la

administración de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral y por la aplicación de una norma "supletoria" de un procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo ***LA REVOCATORIA DE LAS SANCIONES ESTABLECIDAS EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/ N° 027/2011 de 04 de febrero de 2011,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo el fundamento de la prescripción establecida en el artículo 79 de la ley de Procedimiento Administrativo y por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. …*"

5. MEMORIAL PRESENTADO EN FECHA 13 DE ABRIL DE 2011.-

Mediante memorial presentado en fecha 13 de abril de 2011 con la suma "*Acredita personería dentro de Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 027/2011 de 04 de febrero de 2011*", **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** señala:

"*…En fecha 11 de abril de 2010 dentro del Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/ N° 027/2011, por un "lapsus" se consignó un número de poder distinto, al amparo del precepto constitucional y legal del debido proceso y del derecho a la defensa tiene a bien acreditar su personería con la presentación del Testimonio del Poder General de Administración N° 627/08 otorgado por el Sr. Ildefonso Núñez López, Gerente General de la Sociedad* ***PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)****, ante la Notaría de Fe Pública N ° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, solicitando a su autoridad conocer posteriores diligencias del presente recurso…*"

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 029-2011 DE FECHA 20 DE MAYO DE 2011.

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 029-2011 de fecha 20 de mayo de 2011, dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 027-2011 de 4 de febrero de 2011 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 20 de abril de 2011, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP sancionó al regulado al establecer que BBVA Previsión AFP S.A. aplicó incorrectamente la comisión por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las cuotas recaudadas y acreditadas, adicionando los intereses por mora percibidos; y no sobre el monto recaudado y acreditado, conforme lo establece la norma vigente en la materia, ocasionando el egreso en exceso de recursos pertenecientes al Fondo de Capitalización Individual (FCI).

Que el articulo (sic) *1° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007 establece:*

"Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero punto y ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Que la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 establece:

"La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el periodo establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Que BBVA Previsión AFP S.A. al considerar que no existe una norma que establezca un procedimiento de registro contable para el cobro de comisiones, tomó en cuenta la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999 "Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales".

Que además, tomó como válido el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras, aceptada por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) mediante Circular SPVS-IP-DC 133/2001 de 30 de noviembre de 2001.

Que el objeto de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, es establecer el procedimiento que deben seguir las AFP a momento de acreditar las Contribuciones en el patrimonio del FCI y no, como la AFP erróneamente asumió, el procedimiento para el cobro de comisiones por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo. Por tanto, la adquisición de Cuotas correspondientes al patrimonio del FCI no implica que el pago de la comisión por

servicio de pago de pensiones por Riesgo Común (RC) y Riesgo Profesional/Riesgo Laboral (RP/RL) también sea efectuado en cuotas.

Que al haber "tomado como válido" el procedimiento para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras, la AFP incurrió en infracción al artículo 1° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007 y Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, ya que en las mismas expresamente se establece que la comisión debe ser cobrada sobre el ***monto*** *de primas recaudadas y acreditadas, concepto que no incluye los intereses por mora.*

Que BBVA Previsión AFP S.A. en su memorial de impugnación señala lo siguiente: "Las disposiciones legales y administrativas en las que se sustenta la resolución sancionatoria tienen vacíos legales, pues ninguna de ellas norma de manera específica sobre el cobro de comisiones...". Además señala: "De la lectura de las mismas, ninguna establece específicamente que el cobro de comisiones por el servicio de pago de prestaciones de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, no deba realizarse sobre las cuotas del (sic) recaudadas y acreditadas ó (sic) sobre los valores de las prima (sic) recaudadas y acreditadas ó (sic) sobre las intereses". Adicionalmente la AFP establece: "…existe un vacío de la norma que regula el cobro de comisiones al que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, hasta la fecha, no emitieron norma administrativa alguna que de manera específica establezca que el cobro de comisiones sobre cuotas e intereses esté prohibido..."'. Además señala: "La Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, establece el porcentaje de comisión que se debe cobrar por las primas recaudadas y acreditadas, empero, no establece un procedimiento de registro contable, ante este vacío (sic) *laguna normativo (sic) se debe tomar en cuenta la normativa vigente, como ser la Resolución Administrativa SPVS IP N° 241 de 19 de agosto de 1999 (sic), 'Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales", la que establece una similitud entre las montos acreditados y las cuotas asignadas a esos montos".*

Que para esta parte del análisis, es importante hacer mención a lo señalado por Guillermo Cabanellas, que en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, establece que, debe entenderse por lagunas del Derecho a la: "Ausencia de normas positivas aplicables a relaciones o casos jurídicos determinados, especialmente ante un planteamiento litigioso".

Que en el presente caso, la norma positiva que aplica a la conducta antijurídica incurrida por el regulado, establece con meridiana claridad el procedimiento e interpretación que debió adoptar la AFP para el cumplimiento estricto de la norma, no dejando vacio (sic) *legal alguno.*

Que además, el articulo (sic) *16 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece: "En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los*

siguientes derechos:

a) A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente; (...)

h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen...".

Sin embargo, la AFP no ejerció estos derechos en ningún momento debido a que ante los supuestos vacíos legales identificados por esta, no presentó oportunamente consulta alguna ante esta Autoridad.

Que la AFP afirma que tomó como "válido" el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras; sin embargo, no menciona explícitamente la normativa emitida por esta Autoridad que permita el cobro de comisiones por la administración de las prestaciones por RC, RP/RL en cuotas o que se admita para ello la adición de intereses por mora.

Que la única normativa relativa al cobro de comisiones para los seguros de RC, RP/RL (Circulares SFVS-IP-DC 116 y 133/2001 de 05 de noviembre y 30 de noviembre de 2001, respectivamente, están referidas únicamente a registrar la comisión del 11% a favor de la AFP por realizar la transferencia de las primas recaudadas a las Compañías Aseguradoras para que éstas últimas administren y efectúen la cobertura de las prestaciones de los riesgos.

Que una vez promulgado el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, se dispone que las AFP administren totalmente las prestaciones de RC y RP/RL, suprimiéndose la transferencia de las primas y por tanto, se elimina la comisión por este concepto. En este sentido, la AFP confunde la comisión que percibía por la transferencia de primas a las Compañías Aseguradoras con la comisión que actualmente le corresponde por la administración y pago de las prestaciones de estos riesgos.

Que BBVA Previsión AFP S.A., señala en su recurso sobre la inexistencia de un procedimiento de registro contable y que ante ese "vacío laguna normativo" habría tomado en cuenta la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999; conducta que demuestra que la AFP de manera arbitraria y al margen de lo que dispone la norma, aplicó erróneamente el cobro de comisiones sobre cuotas e intereses. También la AFP afirma que "Las disposiciones legales y administrativas en las que se sustenta la resolución sancionatoria tienen vacíos legales, pues ninguna de ellas norma de manera especifica (sic) *sobre el cobro de comisiones...". Al respecto, cabe señalar que tanto la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, como el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, claramente señalan que la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) se debe calcular sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas. Entendiéndose por monto de primas, un valor que aún no*

fue expresado en cuotas, que dicho además, excluye de su definición el concepto de intereses. Por tanto, al ser la norma clara y expresa para aplicarse al tema en cuestión, se concluye que los argumentos de la AFP no son suficientes para enervar la infracción.

Que en otra parte del recurso, la AFP menciona: "... siendo que no existe un procedimiento contable en la Resolución Administrativa IP N° 820 (sic), es obligación de esta Administradora tomar como válido el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cabro de comisiones con las aseguradoras.

La Resolución Administrativa SPVS-P NO (sic) 241/99 de 19 de agosto de 1999, tiene estrecha relación con la (sic) cobro de comisiones, por que (sic) la misma tiene por objeto aprobar los procedimientos que las AFP deben aplicar para acreditar las Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (PCI) (sic) proceso importantísimo para proceder al cobro de comisiones por concepto del servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo".

Que es importante aclarar que el cobro de comisión por servicio de pago de pensiones por parte de las AFP y la acreditación de cuotas en cuentas individuales de los aportes de Cotizaciones son conceptos totalmente distintos, los cuales no se deben confundir al momento de aplicar la norma, toda vez que la adquisición de Cuotas correspondientes al patrimonio del Fondo de Capitalización Colectiva (FCI) no implica que el cobro de la comisión por servicio de pago de pensiones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, sea también efectuado en cuotas.

Que BBVA Previsión AFP S.A. solicita la revocatoria de las sanciones establecidas en la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 027 - 2011 de 04 de febrero de 2011, bajo el argumento de que existió vulneración a sus derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley; sin embargo, no expresa de que manera hubiera ocurrido lo señalado y los efectos que le acarrearían. Sin perjuicio de lo señalado, esta Autoridad toma en cuenta la norma sustantiva como adjetiva que rige el presente proceso garantizando que los mecanismos establecidos por Ley se vean expeditos para que los administrados puedan formular cuanta consulta o impugnación que les pueda parecer, para obtener de esta manera el pronunciamiento respectivo de esta Autoridad.

Que además, BBVA Previsión AFP S.A. solicita la revocatoria de las sanciones establecidas en la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 027-2011 de 04 de febrero de 2011, bajo el fundamento de la prescripción; sin embargo, cabe señalar que, de conformidad con el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, debe existir fundamentación a todo agravio que los sujetos regulados presenten en un recurso administrativo, aspecto que no se advierte en el Recurso de Revocatoria presentado por la AFP.

Que finalmente, cabe considerar que la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 820 de

10 de octubre de 2007, quedó totalmente confirmada mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 023/2010 de 23 de septiembre de 2010, por tanto lo determinado por la misma, es de cumplimiento obligatorio por parte de las AFP.

Que por todo lo expuesto en esta parte del análisis, se concluye que los argumentos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. resultan ser insuficientes para revocar la sanción impuesta, por tanto corresponde confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 027-2011 de 04 de febrero de 2011…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 9 de junio de 2011, **BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 029-2011 de fecha 20 de mayo de 2011, expresando lo siguiente:

"…***III FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.***

La APS se pronunció resolviendo el Recurso de Revocatoria contra la APAP/DJ/DF/(sic) *Nº 027/2011 de 04 de febrero de 2011 y por el contenido de la resolución confirmatoria, se puede apreciar que el ente regulador no ha hecho una correcta valoración de los fundamentos expuestos por la AFP en el mencionado recurso, por ello BBVA Previsión AFP S.A. tiene a bien reiterar los mismos para que el Ministerio de Hacienda en el ejercicio de las facultades legales conferidas resuelva el Recurso Jerárquico y sea ajustado a derecho.*

Las disposiciones legales y administrativas en las que se sustenta la resolución sancionatoria tienen vacíos legales, pues ninguna de ellas norma de manera específica sobre el cobro de comisiones como se demuestra a continuación:

La disposición final primera del Decreto Supremo 29400 de 29 de diciembre de 2007 dispone: "La comisión que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el periodo establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

La Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 820 de 10 de octubre de 2007 en la parte final del Artículo 1 dispone: "Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo en el periodo establecido por el Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, es cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

De la lectura de las mismas, ninguna establece específicamente que el cobro de comisiones por el servicio de pago de prestaciones de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, no deba realizarse sobre las cuotas del

recaudadas y acreditadas o sobre los valores de las primas recaudadas y acreditadas o sobre los intereses.

Como su autoridad podrá colegir, existe un vacío de la norma que regula el cobro de comisiones al que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, hasta la fecha, no emitieron norma administrativa alguna que de manera específica establezca que el cobro de comisiones sobre cuotas e intereses esté prohibido, mucho más, si se considera que con la promulgación del Decreto Supremo 28926 se instaura un periodo de transición en el que las Administradoras de Fondos de Pensiones se hacen cargo de la administración de los Seguros de Riesgo común (sic)*, Riesgo Profesional/Laboral. Por lo expuesto, a continuación manifestamos a usted los criterios técnicos con referencia al cobro de comisiones: La Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, establece el porcentaje de comisión que se debe cobrar por las primas recaudadas y acreditadas, empero, no establece un procedimiento de registro contable, ante este vacío normativo se debe tomar en cuenta la normativa vigente, como ser la Resolución Administrativa SPVS IP 241 de 19 de agosto de 1999, "Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales", la que establece una similitud entre los montos acreditados y las cuotas asignadas a estos montos. La citada Resolución Administrativa establece: "Articulo* (sic) *3 (TRANSFERENCIA AL PATRIMONIO Y ASIGNACIÓN DE CUOTAS) La recaudación que ha sido clasificada y que cuenta con la respectiva documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio del FCI, a mas* (sic) *tardar el día hábil siguiente de haber sido clasificada, adquiriendo las cuotas respectivas al valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago". Asimismo, el Artículo 5° "ACREDITACIÓN DE CUENTAS INDIVIDUALES" establece claramente que una vez la información a* (sic) *sido depurada, se acreditarán a las cuentas individuales de los aportes de Cotizaciones mensuales, Cotizaciones, Adicionales, Depósitos Voluntarios de beneficios sociales, comisiones y los intereses que correspondan así como las primas de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y los intereses que correspondan en sus respectivas cuentas.*

De lo citado se entiende que los intereses asignados a cada uno de los aportes distribuidos llegan a formar parte del aporte de cada trabajador y en consecuencia, ingresa como parte del aporte de este a las cuentas de patrimonio, por lo que no es correcto tipificar a los intereses como aportes adicionales a las cuentas omitiendo al resto de la normativa vigente que tiene relación directa con la misma... (sic)

Establecido el porcentaje que debe ser considerado por las AFP para el cobro de comisiones por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de RC, RP/RL por el Decreto Supremo 24900 y Resolución Administrativa SPVS-IP 820 de 10 de octubre de 2007, y siendo que no existe un procedimiento contable en la Resolución Administrativa IP N° 820, es obligación de esta Administradora tomar como válido el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras.

La Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, tiene estrecha relación con la cobro de comisiones, por que (sic) *la misma tiene por objeto aprobar los procedimientos que las AFP deben aplicar para acreditar las Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) proceso importantísimo para proceder al cobro de comisiones por concepto del servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.*

Por lo expuesto no corresponde sancionar a la AFP por la inexistencia de una normativa que regule concreta y claramente el cobro de comisiones por la administración de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral y por la aplicación de una norma "supletoria" de un procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria (sic) *y en su mérito dictar Resolución, disponiendo* ***LA REVOCATORIA*** (sic) ***DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 29/2011 DE 20 DE MAYO DE 2011 QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APAP/DJ/DF/ N° 027/2011*** **(sic)** ***DE 04 DE FEBRERO DE 2011,*** *tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, por vulnerar derechos subjetivos e intereses legítimos otorgados por Ley a BBVA PREVISIÓN AFP S.A. …"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES LEGALES.-

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, importa revisar la normativa y regulación atinente al caso que nos ocupa, conforme se procede:

El Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 (Reglamento a la Ley N° 3791 de la Renta Universal de Vejez - Renta Dignidad) en su disposición final primera, señala:

"***DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA.- (COMISIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE***

PENSIONES).

La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo No 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el período establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85 %) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas…"

La Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 820 de 10 de octubre de 2007 (Comisión por servicio de pago de pensiones y otros dentro de las Prestaciones por RC/RP/RL del SSO) en su artículo 1º, establece que:

"***ARTÍCULO 1º.-*** *Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas* (…)

ARTÍCULO 3º.- *Se autoriza a la AFP a debitar de la Cuenta de Siniestralidad y Cuenta de Riesgos Profesionales el monto por concepto de comisión, establecido en el artículo 1º precedente, de todas aquellas primas pagadas y debidamente acreditadas correspondientes al mes de noviembre 2006 hasta la fecha.*

A partir del mes de octubre de 2007, la AFP deberá debitar el monto de comisión en forma mensual, de todas aquellas primas debidamente acreditadas…"

El artículo 2º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, define a las **comisiones** como los montos de dinero percibidos por las AFP, en calidad de contraprestación por servicios prestados de conformidad a la Ley de Pensiones.

De la misma manera el artículo señalado precedentemente de definiciones, establece que la **prima** es el porcentaje del Total Ganado o Ingreso Cotizable, destinado a la cobertura del Seguro de Riesgo Común y del Seguro de Riesgo Profesional en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Ahora bien, referente a la recaudación, la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 077/99 de 30 de abril de 1999, determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º.- (RECAUDACIÓN).- *Comprende el proceso de recepción del pago de las contribuciones e intereses al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO).*

Contribuciones son las Cotizaciones Mensuales, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, primas por Riesgo Común, primas por Riesgo Profesional y comisión de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) por el servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones".

La Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, establece el procedimiento de acreditación, determinando que una vez que la recaudación ha sido clasificada, la misma debe ser traspasada al Patrimonio del FCI adquiriendo cuotas, para que posteriormente las contribuciones sean individualizadas y se acrediten a la Cuenta Individual de los Afiliados.
El artículo 33 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, determina que el empleador en caso de no pagar las contribuciones en el plazo establecido, adicionalmente debe pagar un interés en beneficio del Afiliado (interés por mora) y de la Administradora de Fondos de Pensiones (interés incremental), el cual se aplica también a las primas por Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. DEL COBRO DE COMISIONES SOBRE CUOTAS RECAUDADAS Y ACREDITADAS.-

Por memorial de Recurso Jerárquico presentado en fecha 9 de junio de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** señala que ninguna de las normas establece específicamente que el cobro de comisiones por el servicio de pago de prestaciones de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, no deba realizarse sobre las cuotas recaudadas y acreditadas, o sobre los valores de las primas recaudadas y acreditadas o sobre los intereses, por lo tanto existiría un vacío normativo.

Asimismo argumenta que pese al vacío en la norma que regula el cobro de comisiones, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, hasta la fecha no emitió norma que establezca de manera específica que el cobro de comisiones sobre cuotas e intereses esté prohibido.

De la misma manera argumenta que:

> *"…ante este vacío normativo se debe tomar en cuenta la normativa vigente, como ser la Resolución Administrativa SPVS IP 241 de 19 de agosto de 1999, "Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales", la que establece una similitud entre los montos acreditados y las cuotas asignadas a estos montos* (…)"

Por su parte la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 029-2011 de 20 de mayo de 2011, argumenta entre otros que:

> *"…el cobro de comisión por servicio de pago de pensiones por parte de las AFP y la acreditación de cuotas en cuentas individuales de los aportes de Cotizaciones son conceptos totalmente distintos, los cuales no se deben confundir al momento de aplicar la norma, toda vez que la adquisición de Cuotas correspondientes al patrimonio del Fondo de Capitalización Colectiva (FCI) no implica que el cobro de la comisión por servicio de pago de pensiones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, sea también efectuado en cuotas."*

Ahora bien, se constata que tanto la recurrente como la instancia administrativa, cuentan

con una "interpretación" distinta de la norma, por lo que corresponderá realizar el presente análisis desglosando la misma.

Es así que de acuerdo a lo señalado en el punto 1 de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, tanto la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, como la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establecen que la **comisión máxima** que las AFP pueden cobrar por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo**,** será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) **sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas**.

A partir de dicha determinación, se deben precisar los siguientes aspectos:

a) Monto máximo de comisión: cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%).
b) La comisión se cobra sobre el monto de primas que se hayan recaudado y acreditado.

Por lo que, corresponde concluir en dos aspectos fundamentales, que resolverán la presente controversia de aplicación de la norma:

- La primera de ellas es determinar cuándo el monto de las primas tiene calidad de recaudada y acreditada, para ello nos referimos a los conceptos desglosados en el numeral 1 anterior, de donde se desprende que para que las primas recaudadas tengan calidad de acreditadas, las AFP deben traspasar el monto recaudado al Patrimonio del FCI **adquiriendo las cuotas respectivas**, por tanto, es evidente que la norma aplicable al caso de autos es clara, al determinar que la comisión se aplica al monto de primas acreditadas, es decir, su aplicación será al monto de primas ya convertidas a cuotas, ya que caso contrario no tendrían la calidad de acreditadas.

- El segundo elemento y no menos trascendental, es que la AFP bajo ninguna circunstancia puede aplicar el cobro de una comisión mayor al cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), por lo tanto, para que dicha situación se cumpla, el día en que la AFP procese la acreditación será el día en que cobre la comisión, caso contrario, estaría cobrando un monto mayor al permitido.

Siguiendo la línea de razonamiento determinado, se concluye que la norma de manera clara e inequívoca determina que el cobro de la comisión debe realizarse en cuotas, **pero el mismo día de la acreditación** o en su caso en fecha posterior pero al valor cuota del día de la acreditación.

Dicha conclusión nos lleva a que el cobro de la comisión **será por el mismo monto en bolivianos** que se utilizó para la acreditación, sin embargo ello no implica como plantea la Entidad Reguladora, que el cobro no corresponde ser realizado a cuotas, situación que ha generado confusión en el regulado a tiempo de presentar sus argumentos.

Esta confusión a la que ha derivado la Entidad Reguladora, no ha permitido que la AFP

pueda defenderse sobre lo esencial de la infracción que habría cometido, cual es el cobro en cuotas en un día diferente o a un valor cuota diferente al día de la acreditación, cuando la norma determina clara e inequívocamente el monto máximo de cobro sobre el monto de primas recaudado y acreditado.

Asimismo, y siguiendo el argumento presentado por la AFP, respecto a que la Disposición Final Segunda del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, determina que dicha norma, deberá ser reglamentada por la Autoridad Fiscalizadora, sugiriendo de esta manera que ante la falta de la reglamentación, la AFP no habría incurrido en infracción alguna.

Por lo que importa precisar y aclarar que la Disposición Final Segunda hace al contexto general del Decreto Supremo N° 29400, es decir, al desenvolvimiento de la Renta Universal de Vejez, Renta Dignidad y Gastos Funerales, y no se refiere en concreto a la comisión que les corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones, cuya norma (Disposición Final Primera), es clara e inequívoca en cuanto al porcentaje de las comisiones y al procedimiento de cobro de las mismas, sin que para ello se requiera mayor reglamentación en cuanto al hecho en controversia, por tanto, el argumento presentado no puede ser tomado en cuenta por esta instancia jerárquica.

2.2. DEL COBRO DE COMISIONES SOBRE INTERESES.-

En el memorial de Recurso Jerárquico, **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.** fundamenta lo siguiente:

> *"…De lo citado se entiende que los intereses asignados a cada uno de los aportes distribuidos llegan a formar parte del aporte de cada trabajador y en consecuencia, ingresa como parte del aporte de este a las cuentas de patrimonio, por lo que no es correcto tipificar a los intereses como aportes adicionales a las cuentas omitiendo al resto de la normativa vigente que tiene relación directa con la misma...* (sic)
>
> *Establecido el porcentaje que debe ser considerado por las AFP para el cobro de comisiones por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de RC, RP/RL por el Decreto Supremo 24900 y Resolución Administrativa SPVS-IP 820 de 10 de octubre de 2007, y siendo que no existe un procedimiento contable en la Resolución Administrativa IP N° 820, es obligación de esta Administradora tomar como válido el procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras.*
>
> *La Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, tiene estrecha relación con el cobro de comisiones, por que (sic) la misma tiene por objeto aprobar los procedimientos que las AFP deben aplicar para acreditar las Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) proceso importantísimo para proceder al cobro de comisiones por concepto del servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo..."*

Respecto a los intereses se debe enfatizar, que la norma que le permite el cobro de la comisión no establece que las AFP deban realizar el cobro por servicio de pago de pensiones de los intereses cobrados, limitando **al monto de las primas recaudadas y acreditadas**, sin contemplar interés alguno.

Ahora bien, la AFP argumenta que el interés formaría parte de la prima, sin embargo dicha conclusión no cuenta con sustento legal alguno, ya que son conceptos diferentes, cual se evidenció de lo transcrito en el numeral 1 anterior.

Por lo precedentemente señalado, se colige que no correspondía que la AFP realice dicho cobro, evidenciándose que no actuó de manera diligente y habría ocasionado daño al Fondo tal como lo señala la Entidad Reguladora:

> *"…Que el incumplimiento por parte de BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido por la normativa vigente, al efectuar el cálculo sobre las cuotas y no así sobre el monto, adicionando los intereses por mora, ha producido daño al Fondo, ya que, por el periodo noviembre de 2006 a septiembre de 2010, la AFP ha cobrado la Comisión con excedente por el mantenimiento de valor que sufre la cuota diariamente, adicionando los intereses por mora; y por la comisión cobrada en exceso, el Fondo ha dejado de percibir la rentabilidad respectiva, por lo que corresponde la reposición con recursos propios por parte de la AFP, conforme lo determina el artículo 289 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997*."

La Administradora de Fondos de Pensiones también señala que:

> *"…no corresponde sancionar a la AFP por la inexistencia de una normativa que regule concreta y claramente el cobro de comisiones por la administración de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral y por la aplicación de una norma "supletoria" de un procedimiento establecido para la transferencia de cuotas y cobro de comisiones con las aseguradoras."*

Como se pudo apreciar a lo largo del presente Considerando, lo aseverado por la AFP *supra,* no corresponde al existir norma clara e inequívoca que determina el procedimiento a seguir.

CONSIDERANDO:

Que, expuestos los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se concluye que la norma de manera clara e inequívoca determina que el cobro de la comisión, debe realizarse sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas, implicando que la misma se procese en cuotas, pero con el advertido que el monto a cobrarse no puede exceder 0.85% del monto total de primas, situación que implica necesariamente que el cobro sea realizado, el mismo día de la acreditación o en fecha posterior, tomando en cuenta el valor cuota utilizado para la acreditación, no pudiendo la AFP bajo ningún concepto cobrar la comisión con rentabilidad y/o intereses, ya que dicha situación implicaría un incumplimiento a la normativa.

Que, pese a que la argumentación presentada por la Autoridad Reguladora, se centra en lo señalado en el párrafo precedente, sin embargo a tiempo de imputar lo cargos refiere a que la AFP incluye conceptos adicionales, ya que –según la Autoridad Fiscalizadora- cobra su comisión sobre las cuotas recaudadas. Esta imputación y argumentación en torno al término de cuotas, ha generado confusión en el regulado a tiempo de presentar sus argumentos de defensa, en desmedro del debido proceso.

Que, la confusión a la que ha derivado la Entidad Reguladora, no ha permitido que la AFP pueda defenderse sobre uno de los elementos esencial de la infracción que habría cometido, cual es el cobro en cuotas en un día diferente, o a un valor cuota diferente al de la acreditación, extremo como se señaló determina una inobservancia a los principios de legalidad y del debido proceso, propios del Derecho Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la ANULACIÓN de la Resolución recurrida, hasta el vicio más antiguo cuando exista indefensión del administrado.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota AP/DJ/DF/3630/2010 de 16 de diciembre de 2010 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva nota de cargos ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DF/Nº 048-2011 DE 01 DE JUNIO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 056/2011 DE 20 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 056/2011

La Paz, 20 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de fecha 1 de junio de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026-2011 de 3 de febrero de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 034/2011 de fecha 1 de septiembre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 121/2011 de fecha 29 de septiembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 22 de junio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de

03 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de 1 de junio de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026-2011 de 3 de febrero de 2011.

Que, mediante nota APS/DJ/1509/2011 con fecha de recepción 28 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de fecha 1 de junio de 2011 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026-2011 de 3 de febrero de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1 de julio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de fecha 1 de junio de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, misma que es notificada en fecha 05 de julio de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. CARGOS IMPUTADOS.-

Por nota AP/DJ/DF/3632/2010 de 16 de diciembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** con el Cargo, en los términos transcritos a continuación:

> "***I.- <u>ANTECEDENTES</u>:***
>
> *En fecha 12 de octubre de 2010, la Dirección de Fiscalización de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, instruye la verificación del cobro del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) de la Comisión de Primas recaudadas y acreditadas, por concepto de Riesgo Común (RC), Riesgo Profesional/Laboral (RP y RL), realizada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, conforme establece la Disposición Final Primera, del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007 y la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 820 de 10 de octubre de 2007.*
>
> *En la verificación de los registros contables de acuerdo a los cálculos efectuados por la AFP para el cobro de la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) del monto de las primas recaudadas y acreditadas, se constató que Futuro de Bolivia S.A. AFP cobra su comisión sobre las <u>**cuotas**</u> recaudadas y acreditadas y no así sobre el monto de las primas recaudas y acreditadas.*
>
> ***II.- <u>IMPUTACIÓN DE CARGO</u>:***

Existen indicios de incumplimiento a lo establecido en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, al advertir que Futuro de Bolivia S.A. AFP, para realizar el cobro de la Comisión de las primas de RC, RP y RL, de noviembre de 2006 a septiembre de 2010, habría aplicado el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las ***cuotas*** *recaudadas y acreditadas y no sobre el monto recaudado y acreditado."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.AP.CON. 0138/2011 de 20 de enero de 2011, presentada en la misma fecha, respondió a los cargos, conforme lo transcrito a continuación:

"***Descargos***

Si bien la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 aprueba el monto de la comisión por servicio de pago que pueden cobrar las AFP, en el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditas y que además a partir del mes de octubre de 2007 autoriza a las AFP a debitar el monto de la comisión en forma mensual de las primas debidamente acreditadas, se debe considerar de manera inexcusable los siguientes aspectos:

a) La ex-SPVS a tiempo de emitir la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, no estableció el procedimiento contable que deben seguir las AFP para cobrar las citadas comisiones.
b) De acuerdo a lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, en su artículo 3, la recaudación que ha sido clasificada y cuenta con la documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio del FCI. Adquiriendo (sic) *las respectivas cuotas al valor de la cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago.*
c) El artículo 4 inciso c) de la citada Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 establece que una vez individualizadas las contribuciones "...se acreditarán las correspondientes primas en las cuentas de Riesgo Común (Cuotas del Fondo de Riesgos Comunes (sic)*), Riesgo Profesional (Cuotas del fondo de Riesgos Profesionales) y Riesgo Laboral (Cuotas del Fondo de riesgos* (sic) *Laborales)". Por lo que la acreditación a las cuentas patrimoniales del FCI que corresponden a RC, RP y RL se traduce en cuotas de capital.*
d) La concordancia con lo ya citado, el artículo 5 de la SPVS-P N° 241/99 establece la acreditación de las primas por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral en sus respectivas cuentas, siendo el procedimiento contable debitar la cuenta de Recaudos en Proceso (en cuotas de capital).
e) La Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 en su artículo 6 establece que el cobro de las comisiones será considerada como una disminución de cuotas del Patrimonio del FCI.

Sobre la base de los argumentos normativos arriba vertidos, nuestra AFP después de hacer el análisis respectivo al no existir procedimiento contable, y tomando en cuenta

que la recaudación y acreditación de las primas de RC, RP y RL se traducen en cuotas de capital, y que no se puede cobrar la comisión, sino hasta la acreditación de las mismas en las cuentas respectivas, acreditación que también se efectúa en cuotas de capital; ha utilizado por analogía el procedimiento de cobro de comisiones establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99, al cobrar sus comisiones mediante un asiento contable de reducción de cuotas de capital, de manera mensual como lo prescribe el último párrafo del artículo 3° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DF/N° 026-2011 DE 3 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 026-2011 de fecha 3 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) presenta las consideraciones siguientes:

"***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del articulo (sic) *67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis técnico y jurídico de los descargos y argumentos expuestos por el regulado, aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba.*

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP advirtió que Futuro de Bolivia S.A. AFP, habría incumplido lo establecido en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007, para realizar el cobro de la Comisión de las primas de RC, RP y RL, en tanto aplicó el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las cuotas recaudadas y acreditadas y no sobre el monto recaudado y acreditado.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota de descargo ***FUT.AP.CON.*** *0138/2011 de 20 de enero de 2011, indica lo siguiente:*

"Si bien la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 aprueba el monto de la comisión por servicio de pago que pueden cobrar las AFP, en el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas, y que además a partir del mes de octubre de 2007 autoriza a las AFP a debitar el monto de la comisión ***en forma mensual*** *de las primas debidamente acreditadas, se debe considerar de manera inexcusable los siguientes aspectos:*

a) La ex-SPVS a tiempo de emitir la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, no estableció el procedimiento contable que deben seguir las AFP para cobrar las citadas comisiones.

b) De acuerdo a lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, en su artículo 3, la recaudación que ha sido clasificada y cuenta con la documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio del FCI. Adquiriendo (sic) *las respectivas cuotas al valor de la cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago.*

c) El artículo 4 inciso c) de la citada Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 establece que una vez individualizadas las contribuciones (sic)"...se acreditarán

las correspondientes primas en las cuentas de Riesgo Común (Cuotas del Fondo de Riesgos Comunes (sic)*), Riesgo Profesional (Cuotas del fondo de Riesgos Profesionales) y Riesgo Laboral (Cuotas del Fondo de riesgos (sic) Laborales)". Por lo que la acreditación a las cuentas patrimoniales del FCI que corresponden a RC, RP y RL se traduce en cuotas de capital.*

d) En concordancia con lo ya citado, el artículo 5 de la SPVS-P N° 241/99 establece la acreditación de las primas por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral en sus respectivas cuentas, siendo el procedimiento contable debitar la cuenta de Recaudos en Proceso (en cuotas de capital).

e) La Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 en su articulo (sic) *6 establece que el cobro de las comisiones será considerada como una disminución de cuotas del Patrimonio del FCI.*

Sobre la base de los argumentos normativos arriba vertidos, nuestra AFP después de hacer el análisis respectivo al no existir procedimiento contable, y tomando en cuenta que la recaudación y acreditación de las primas de RC, RP y RL se traducen en cuotas de capital, y que no se puede cobrar la comisión, sino hasta la acreditación de las mismas en las cuentas respectivas, acreditación que también se efectúa en cuotas de capital; ha utilizado por analogía el procedimiento de cobro de comisiones establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99, al cobrar sus comisiones mediante un asiento contable de reducción de cuotas de capital, de manera mensual como lo prescribe el último párrafo del artículo 3° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007".

Que el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, dispone que las AFP asuman la administración de las prestaciones por RC y RP/RL, posteriormente, mediante la aprobación de la Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007 y del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, se determina que la comisión por el servicio a ser prestado por las AFP, ascienda al cero punto ochenta y cinco (0.85%) ***sobre el monto (importe) de primas recaudadas y acreditadas.***

Que de acuerdo al Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, se determina que prima: "Es el porcentaje del Total Ganado o Ingreso Cotizable destinado a la cobertura del Seguro de Riesgo Común, también se refiere al porcentaje del Total Ganado destinado a la cobertura del Seguro de Riesgo Profesional en el SSO".

Que una vez establecido que el factor que debe ser considerado por las AFP para el cobro de comisiones es el monto de primas recaudadas y acreditadas, no corresponde la aplicación de ninguna normativa que haya sido aprobada anteriormente para las Compañías Aseguradoras, debido a que el contrato suscrito con éstas finalizó y como consecuencia de ello se realizó una nueva Licitación, la cual fue declarada desierta y por tanto, cualquier normativa que haya sido omitida para las Compañías Aseguradoras no tienen ninguna validez para las AFP.

Que la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, tiene por objeto aprobar los procedimientos que las AFP deben aplicar para acreditar las Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y ***no así para el cobro de comisiones por concepto del servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, mismas que, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y la Resolución Administrativa/SPVS/IP***

No 820 de 10 de octubre de 2007, deben ser calculadas sobre el monto (importe) de primas recaudadas y acreditadas.

Que el inciso c) del artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, señala: "Asimismo se acreditarán las correspondientes primas en las cuentas de Riesgo Común (Cuotas del Fondo de Riesgos Comunes (sic)*), Riesgo Profesional (Cuotas del Fondo de Riesgos Profesionales) y Riesgo Laboral (Cuotas del Fondo de Riesgos* (sic) *Laborales)", por lo que no hace referencia a la acreditación de cuotas.*

Que el artículo 5 de la citada Resolución Administrativa, tampoco hace referencia a la acreditación o débito de cuotas; sin embargo, en los incisos f), g) y h) del mismo artículo complementa señalando: "(...) El procedimiento contable consiste en debitar la cuenta Recaudos en Proceso con abono a las siguientes cuentas: (...) f) Cuenta de Riesgo Profesional (Cuotas de la Cuenta de Riesgos Profesionales), por el dos por ciento (2%) ***de los Totales Ganados,*** *g) Cuenta de Riesgo Laboral (Cuotas de la Cuenta de Riesgos* (sic) *Laborales), por el dos por ciento (2%)* ***de los Ingresos Cotizables,*** *h) Cuenta de Riesgo Común (Cuotas de la Cuenta de Riesgos Comunes* (sic)*), por el dos por ciento (2%)* ***de los Totales Ganados o Ingresos Cotizables."*** *(las negrillas son nuestras), lo que permite evidenciar que la base de cálculo es sobre el importe y no así sobre las cuotas.*

Que asimismo, el artículo 6 de la mencionada Resolución Administrativa, al señalar: "Esta operación será considerada como una disminución de cuotas del patrimonio del FCI", se refiere a la salida del ***importe*** *de la cuenta y no así a la administración de cuotas; por lo que no se requiere de otro procedimiento contable.*

Que el artículo 1°, de la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 del 10 de octubre de 2007, señala: "'Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo en el periodo establecido por el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) ***sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas"*** *(la negrilla es nuestra).*

Que la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, señala: "La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28629 de 15 de noviembre de 2906 y durante el periodo establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) ***sobre el monto de primas recaudadas y*** *acredítelas" (la negrilla es nuestra).*

Que en ese sentido, no se requiere de procedimiento contable, ya que la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 del 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, únicamente modifican el porcentaje de la comisión, señalando que será el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) ***sobre el monto (importe) de primas recaudadas y acreditadas.***

Que lo señalado por la AFP, no guarda relación con la Nota de Cargo AP/DJ/3632/2010 de 16 de diciembre de 2010, por lo que no exime del incumplimiento de la Administradora a lo establecido en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007.

Que de la evaluación de los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota FUT.AP.CON. 0138/2011 de fecha 20 de enero de 2011, se consideran

insuficientes los mismos, debido a que la AFP ha aplicado deliberadamente el procedimiento de cobro de comisiones establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 241 de 19 de agosto de 1999, para el cálculo del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por la Comisión de Primas por concepto de RC, RP/RL, en contravención a la norma imputada en la Nota de Cargos AP/DJ/DF/3632/2010 de 16 de diciembre de 2010, que claramente imputa la aplicación de factores (base de cálculo) adicionales tomados en cuenta por la AFP para efectivizar el cobro de las comisiones a favor de la Administradora.

Que la promulgación del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, por las características inherentes a su naturaleza jurídica goza de supremacía legal frente a otras de menor jerarquía, así como de presunción de constitucionalidad, determinando en su Disposición Final Primera "...que la comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que prestan dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el período establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Que al efectuar el cálculo sobre las cuotas por el periodo noviembre de 2006 a septiembre de 2010, se ha verificado que se ha producido daño económico al Fondo, ya que, Futuro de Bolivia S.A. AFP ha cobrado la Comisión con excedente por el mantenimiento de valor que sufre la cuota diariamente; en este sentido, además de la comisión cobrada en exceso, el Fondo ha dejado de percibir la rentabilidad correspondiente, misma que deberá ser calculada desde la fecha de cada devengamiento, hasta la fecha en que se produzca la reposición del excedente cobrado por la AFP, al valor cuota vigente en esa fecha, por lo que corresponde la reposición con recursos propios por parte de la AFP, conforme lo determina el artículo 289 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997.

Que de la evaluación integral de los antecedentes expuestos, se determina que los argumentos presentados por la AFP no son válidos para levantar el cargo imputado, por lo que corresponde su sanción."

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

"…RESUELVE:

***PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en bolivianos equivalente a $us10.000,00 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÈRICA), por infracción a lo establecido en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y al artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007.*

***SEGUNDO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

***TERCERO.- I.** La AFP deberá efectuar el recalculo de la comisión cobrada en exceso, considerando el Valor Cuota desde la fecha del respectivo devengamiento de cada*

periodo (de noviembre de 2006 hasta el último periodo cobrado por la Administradora), al Valor Cuota vigente a la fecha de pago.

***II.** La Administradora, deberá reponer con recursos propios la comisión cobrada en exceso actualizada al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición, en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***III.** La Administradora deberá remitir a esta Autoridad, en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos de efectuada la reposición, un informe documentado, detallando por cada periodo cobrado el número de cuotas que correspondan al exceso, repuesto en las Cuentas de Siniestralidad y Riesgo Profesional/Laboral; así como los registros contables respectivos."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 04 de mayo de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 026-2011 de fecha 3 de febrero de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"… ***II. DEL CARGO Y LA SANCIÓN IMPUESTA.-***

Se sanciona a nuestra administradora con una multa en Bolivianos equivalente a $us10.000,00 (DIEZ MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por infracción a lo establecido en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, y al artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, sin considerar que:

a) *La Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, estableció que la comisión máxima que cada una de las AFP podría cobrar por el servicio que presta, será del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.*

b) *La Disposición Final Segunda del ya citado Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 estableció que el Ministerio de Hacienda y la Entidad encargada de la Regulación debía reglamentar el referido Decreto Supremo en un plazo de 20 días hábiles administrativos desde su promulgación.*

c) *La resolución* (sic) *Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007, no se constituye en una reglamentación para la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, ya que ésta norma de mayor jerarquía normativa, fue promulgada más de dos meses después.*

d) *La falta de reglamentación y de un procedimiento contable para una correcta apropiación y cobro de comisiones por servicios prestados en el marco del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, ha ocasionado que nuestra AFP utilice un procedimiento análogo, por lo que no corresponde la aseveración de haber sic "...aplicado deliberadamente el procedimiento de*

cobro de comisiones establecido en el articulo (sic) *6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 241 de 19 de Agosto de 1999". Prueba de ello es que por falta de reglamentación y procedimiento contable, la otra administradora de fondos de pensiones* (sic), *BBVA Previsión AFP S.A., ha incurrido en error similar, siendo objeto también de un proceso administrativo sancionador que se ha traducido en la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 027-2011 de 04 de febrero de 2011.*

Como su Autoridad podrá evidenciar, la falta de reglamentación a lo dispuesto por la Disposición Final Primera del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007; y, por lo tanto la ausencia de un procedimiento contable, ha originado que ambas Administradoras de Fondos de pensiones (sic) *hayan utilizado un procedimiento análogo, por lo que la conducta en que hubiera incurrido Futuro de Bolivia S.A. AFP, no puede enmarcarse dentro los alcances del artículo 286 inciso b) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 ya que no se ha configurado ni demostrado negligencia, falta de pericia o culpa, pues como se señalo* (sic) *precedentemente, no existía reglamentación ni procedimiento contable para aplicar de manera apropiada el cobro de comisiones del 0.85% por servicios prestados en el marco del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006.*

De lo anterior más bien se desprende que nuestra AFP ha actuado sin intencionalidad, por lo que el supuesto daño causado a las Cuentas de Siniestralidad y Riesgo Profesional/Laboral ha sido repuesto conforme a lo instruido por la ahora recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026 de 03 de febrero de 2011, por lo que en la practica (sic) *no existe el mismo.*

Por todo lo expuesto hasta ahora es que solicitamos a su Autoridad considerar al momento de analizar el presente recurso, la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionados a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia ***o reiteración,*** *b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión (las negrillas son nuestras)." por cuanto el monto de la sanción nos parece excesivo, considerando la coyuntura que ha originado este procedimiento administrativo sancionador.*

III. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP, la jurisprudencia sentada por la Resolución Jerárquica emitida por el SIREFI sobre la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada; es que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto

Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/DF Nº 026-2011 de fecha 03 de febrero de 2011."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 048-2011 DE FECHA 1 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de fecha 1 de junio de 2011, dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026-2011 de 3 de febrero de 2011 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 04 de mayo de 2011, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP sancionó al regulado al establecer que Futuro de Bolivia S.A. AFP aplicó incorrectamente la comisión por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las cuotas recaudadas y acreditadas; y no sobre el monto recaudado y acreditado, conforme lo establece la norma vigente en la materia, ocasionando el egreso en exceso de recursos pertenecientes al Fondo de Capitalización Individual (FCI).

Que el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007, establece:

"Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Que la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 establece:

"La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el período establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Que en su memorial Futuro de Bolivia S.A. AFP erróneamente señala que: "La Disposición Final Primera del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, estableció que la comisión máxima que cada una de las AFP ***podría*** *cobrar por el servicio que presta, será del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas" (las negrillas son nuestras). Al respecto, la norma es clara cuando establece de forma imperativa que: "La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta (...)* ***será*** *de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas" (las negrillas son nuestras). Es de esta*

manera que, la norma impone y no faculta, como erróneamente interpretó la AFP al decir "podrían". Por tanto, la aplicación del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas por concepto de comisión por pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, es obligatoria.

Que asimismo, la AFP en su memorial señala: "La Disposición Final Segunda del ya citada Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 estableció que el Ministerio de Hacienda y la Entidad encargada de la Regulación debía reglamentar el referido Decreto Supremo en un plazo de 20 días hábiles administrativos desde su promulgación.

La resolución (sic) Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, no se constituye en una reglamentación para la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Final Primera del Decreta Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, ya que ésta (sic) norma de mayor jerarquía normativa, fue promulgada más de dos meses después."

Que de lo anterior es importante señalar que la supuesta falta del reglamento mencionado en el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, no es óbice para el cumplimiento de la norma por parte de la AFP, pues el tema de cobro de comisiones por el pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, se encuentra también regulado por la Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007, que a pesar de ser una norma anterior y de menor jerarquía, por el principio de legalidad se mantiene vigente y aplicable al tema en cuestión, al no haber sido abrogada ni derogada por norma posterior.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP señala también en su impugnación que no existe "procedimiento contable y tomando en cuenta que la recaudación y acreditación de las primas de RC, RP y RL se traducen en cuotas de capital, y que no se puede cobrar la comisión, sino hasta la acreditación de las mismas en las cuentas respectivas, acreditación que también se efectúa en cuotas de capital; ha utilizado por ***analogía*** *el procedimiento de cobro de comisiones establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99, al cobrar sus comisiones mediante un asiento contable de reducción de cuotas de capital..." (las negrillas son nuestras).*

Que al respecto corresponde dejar en claro que, el objeto de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, es establecer el procedimiento que deben seguir las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) a momento de acreditar las Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y no, como Futuro de Bolivia S.A. AFP erróneamente asumió, el procedimiento para el cobro de comisiones por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, ni Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, que se genera como producto de invalidez o muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional o Riesgo Laboral.

Que asimismo, el segundo párrafo del numeral ii) del inciso e) del artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, también señala: "Los cálculos de la Cotización Mensual (10%), ***Prima Riesgo Profesional (2%), Prima Riesgo Común (2%), Prima Riesgo Laboral (2%) y Comisión por servicios de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones (0,5%); deberán realizarse directamente del Total Ganado o Ingreso Cotizable,*** *según corresponda" (las negrillas son nuestras), lo que representa para este procedimiento, distinto al exigido en el caso de autos, que la base de cálculo para las Primas por Riesgo Común, Riesgo*

Profesional y Riesgo Laboral, así como de la Comisión de la Administradora, es el importe o monto y no asi (sic) *las cuotas.*

Que lo anteriormente expuesto es consecuente con el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el cual, en su artículo 2 determina que ***prima:*** *"Es el porcentaje del* ***Total Ganado o Ingreso Cotizable*** *destinado a la cobertura del Seguro de Riesgo Común, también se refiere al porcentaje del* ***Total Ganado*** *destinado a la cobertura del Seguro de Riesgo Profesional en el SSO" (la negrilla es nuestra); por lo que, una vez establecida la base de cálculo que debe ser considerada por las AFP para el cobro de comisiones, es el* ***monto de primas*** *recaudadas y acreditadas, quedando por sentado que* ***no se requiere de otro procedimiento contable.***

Que Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, establece que analogía es: "Semejanza entre cosas o ideas distintas, cuya aplicación se admite en Derecho para regular, mediante un caso previsto en la ley, otro que, siendo semejante, se ha omitido considerar en aquélla (sic)".

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP en su memorial de impugnación señala lo siguiente: "La falta de reglamentación y de un procedimiento contable para una correcta apropiación y cobro de comisiones por servicios prestados en el marco del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, ha ocasionado que nuestra AFP utilice un procedimiento análogo, por lo que no corresponde la aseveración de haber sic "...aplicado deliberadamente el procedimiento de cobro de comisiones establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 241 de 19 de Agosto de 1999"...".

Que de lo anterior, Futuro de Bolivia S.A. AFP al haber "utilizado por analogía" el procedimiento para la acreditación de Contribuciones en el patrimonio del FCI, incurrió en infracción al artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007 y Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, ya que las normas señaladas son claras y en ellas expresamente se establece que la comisión debe ser cobrada sobre el ***monto*** *de primas recaudadas y acreditadas.*

Que asimismo, la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) se debe calcular sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas. Entendiéndose por monto de primas, un valor que aún no fue expresado en cuotas. Por tanto, al ser la norma clara y expresa para aplicarse al tema en cuestión, se concluye que el actuar de la AFP fue en total desconocimiento de la norma y que al utilizar otro procedimiento ajeno al establecido, expresó una actitud antijurídica y lesiva al FCI.

Que la AFP no presenta evidencia alguna que demuestre haber consultado a esta Autoridad respecto al procedimiento de registro contable de la comisión por servicio de pago de pensiones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral. Por lo que, este aspecto no debe ser confundido con la transferencia al patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) de las contribuciones de los Afiliados, con la respectiva asignación de cuotas y la acreditación en Cuentas Individuales, procedimiento que está establecido en la Resolución Administrativa SPVS IP 241 de 19 de agosto de 1999; ya que ***la adquisición de Cuotas correspondientes al patrimonio del FCI no implica que el cobro de la comisión por servicio de pago de pensiones por RC, RP y RL, también deba ser efectuado en cuotas,*** *más aún cuando toda la normativa de referencia señala que la base de cálculo de la comisión es sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.*

Que esta Autoridad toma en cuenta la norma sustantiva como adjetiva que rige el presente proceso garantizando que los mecanismos establecidos por Ley se vean

expeditos para que los administrados puedan formular cuanta consulta o impugnación que les pueda parecer, para obtener de esta manera el pronunciamiento respectivo de esta Autoridad.

CONSIDERANDO:

Que en otra parte del análisis, la AFP menciona: "...por lo que la conducta en que hubiera incurrido Futuro de Bolivia S.A. AFP, no puede enmarcarse dentro los alcances del artículo 286 inciso b) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 ya que no se ha configurado ni demostrado negligencia, falta de pericia o culpa, pues como se señalo (sic) precedentemente, no existía (sic) *reglamentación ni procedimiento contable para aplicar de manera apropiada el cobro de comisiones del 0.85% por servicios prestados en el marco del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006.*

(...) solicitamos a su Autoridad considerar al momento de analizar el presente recurso, la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia ***o reiteración,*** *(...)" por cuanto el monto de la sanción nos parece excesivo, considerando la coyuntura que ha originado este procedimiento administrativo sancionador".*

Que el inciso b) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 dispone: "h) Gravedad media: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, ***falta de pericia*** *o* ***culpa y causen daño.****.. "(las negrillas son nuestras).*

Que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) son las únicas entidades encargadas exclusivamente en administrar las prestaciones, por tanto son responsables de contar con un excelente conocimiento de la normativa vigente en la materia.

Que al respecto la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 en su artículo 27 establece: "La administración y el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del seguro social obligatorio de largo plazo y la administración de los beneficios de la capitalización son responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)".

Que el artículo 30 del mismo cuerpo normativo establece: "La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá tener objeto social único consistente en:

a) Administrar y representar los fondos de pensiones.
b) Cumplir con las prestaciones y servicios establecidos en la presente ley y sus reglamentos...".

Que al respecto, es importante hacer mención a lo señalado por Guillermo Cabanellas, que en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV indica, que la impericia: "...integra una de las formas de la culpa, junto con la imprudencia y negligencia...". Respecto a qué debe entenderse por culpa, en el Tomo II señala: "En sentido amplio se entiende por culpa toda falta, voluntaria o no, que causa mal o

daño;...". Finalmente, el Tomo III de la doctrina mencionada establece que daño es: "...el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes".

Que con base en lo indicado anteriormente, se tiene que la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP en el presente caso, se adecúa a lo prescrito por el inciso b) del artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al haber aplicado la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre cuotas y no así sobre los montos de las primas recaudadas y acreditadas, conforme lo establece la norma que regula la materia, demostrando de esta manera impericia en cuanto a la administración de los fondos y la forma debida del cobro de la comisión respectiva conforme a norma.

*Que al ser la única entidad técnica, operativa y especializada en la administración de prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la AFP procedió con falta de pericia, ya que **debe** contar con el suficiente conocimiento de la normativa relacionada a su giro, razón por la cual en su memorial de impugnación Futuro de Bolivia S.A. AFP no puede alegar desconocimiento de la norma al afirmar que: "…no existía reglamentación ni procedimiento contable para aplicar de manera apropiada **el cobro de** comisiones del 0.85% por servicios prestados en el marco del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006"; cuando por el contrario, la norma vigente que regula el cobro de la comisión por el servicio de pago de pensiones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral es la Resolución Administrativa SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007.*

Que adicionalmente, se tiene que la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP fue culposa al haber aplicado "por analogía" el procedimiento para la acreditación de Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI), regulado mediante Resolución Administrativa SPVS IP 241 de 19 de agosto de 1999, sin considerar la norma vigente. Considerándose en el presente caso que la AFP actuó imprudentemente y de manera voluntaria al utilizar un "procedimiento análogo" para el cobro de la comisión por el servicio de pago de pensiones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

*Que el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 establece: "Sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil, las sanciones administrativas impuestas por la Superintendencia, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, **especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Afiliados** al **SSO"** (las negrillas son nuestras).*

Que el hecho de reponer el daño como consecuencia de la infracción comprobada mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 026-2011 de 03 de febrero de 2011 no implica que el daño no haya existido, como erróneamente lo establece la AFP en el memorial del recurso: "...nuestra AFP ha actuado sin intencionalidad, por lo que el supuesto daño causado a las Cuentas de Siniestralidad y Riesgo Profesional/Laboral ha sido repuesto conforme a lo instruido (sic) *por la ahora recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 026 de 03 de febrero de 2011 (sic), por lo que en la práctica no existe el mismo". Pues el daño ocasionado no iba a ser repuesto, como acepta la AFP, si el Ente Regulador no hubiera advertido la infracción y su correspondiente procesamiento, lo que hubiera generado indudablemente un daño*

económico al FCI; evidentemente a la fecha el daño ha sido repuesto, pero ello no significa que el mismo no haya existido.

Que por tanto el accionar de la AFP causó daño económico al Fondo, pero también a los beneficiarios del FCI porque éste se vio disminuido por la AFP, como producto de haber aplicado la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las cuotas y no sobre el monto de las primas recaudadas y acreditadas.

Que como consecuencia de la prosecución del presente proceso administrativo sancionatorio, Futuro de Bolivia S.A. AFP repone el daño causado en señal de aceptación de la infracción, por lo que se concluye que el cobro de la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones por RC y RP/RL a favor de la Administradora debió ser realizado partiendo del Valor Nominal en Bolivianos, generando un diferencial que afectó directamente al Fondo.

Que en relación a la línea jurisprudencial establecida en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), en lo que respecta a la graduación de la gravedad del hecho y la sanción aplicada, corresponde señalar que Futuro de Bolivia S.A. AFP al cobrar mal la comisión, causó un daño económico, como se explicó anteriormente, cual es el fundamento de la graduación de la infracción con gravedad media.

Que además, la razón de haber impuesto a Futuro de Bolivia S.A. AFP la multa más alta, para una infracción calificada como gravedad media, de conformidad con el inciso b) del artículo 291 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, se justifica en razón de que la comisión cobrada en exceso por parte de la AFP debió haber ingresado al FCI y al no haberlo hecho causó daño económico al Fondo y por consiguiente a los Asegurados que se benefician con los recursos del mismo; y que si no era el accionar del Ente Regulador oportuno, el daño aún subsistiría.

Que por todo lo expuesto en esta parte del análisis, se concluye que los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP no permiten revocar la sanción impuesta, por tanto corresponde confirmar la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026-2011 de 03 de febrero de 2011."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 22 de junio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMNISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de fecha 1 de junio de 2011, expresando lo siguiente:

"***I. <u>FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.-</u>***

a) *La Disposición Final Primera del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, estableció que la comisión máxima que cada una de las AFP podría cobrar por el servicio que presta, sería del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas. Como consecuencia de la promulgación del citado Decreto Supremo y por efecto de jerarquía normativa, la ex SPVS perdió competencia como lo reconoce expresamente mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 051 de 15 de enero de 2008 que resuelve el proceso administrativo relacionado a la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007.*

b) *El artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007 estableció el monto de la comisión que las AFP debían cobrar; y, el articulo* (sic) *3° de la misma Resolución señaló que el mecanismo de cobro de la comisión sería debitando de la Cuenta de Siniestralidad y Cuenta de Riesgos Profesionales, especificando que solo aplicaría a los periodos desde noviembre de 1996 hasta la fecha de la resolución, dejando un vació para los demás cobros.*

c) *La Disposición Final Segunda del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 estableció que el Ministerio de Hacienda y la Entidad encargada de la Regulación debían reglamentar el referido Decreto Supremo en un plazo de 20 días hábiles administrativos desde su promulgación, aspecto que no puede ser pasado de largo, ya que en el marco de obligaciones que tiene el ente regulador, está justamente la de reglamentar aspectos relacionados al SSO.*

d) *La resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, no se constituye en una reglamentación para la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, ya que esta norma de mayor jerarquía normativa fue promulgada más de dos meses después, cerrando el tema del monto de la comisión, pero siendo necesario y obligatorio por parte de la ex SPVS, el reglamentar y, en este caso específico, establecer el procedimiento contable a utilizarse.*

e) *La falta de reglamentación y de un procedimiento contable para una correcta apropiación y cobro de comisiones por servicios prestados en el marco del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, ha ocasionado que nuestra AFP utilice un procedimiento análogo, por lo que no corresponde la aseveración de haber sic"...aplicado deliberadamente el procedimiento de cobro de comisiones establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 241 de 19 de Agosto de 1999". Prueba de ello es que por falta de reglamentación y procedimiento contable, la otra administradora de fondos de pensiones, BBVA Previsión AFP S.A., ha incurrido en esta aplicación análoga en forma similar, siendo objeto también de un proceso administrativo sancionador que se ha traducido en la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 027-2011 de 04 de febrero de 2011.*

f) *En el último párrafo de la página 5 de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 048-2011 de 01 de junio de 2011 señala que: "...la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) se debe calcular sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas. Entendiéndose por monto de primas, un valor que aun* (sic) *no fue expresado en cuotas...." Sin embargo como es de conocimiento del propio regulador, no se puede aplicar ningún movimiento de débito (cobro de comisión) sin antes acreditar la recaudación a la cuenta que corresponda, para lo cual es indispensable traducir la misma en cuotas de capital; aspecto que no hace más que confirmar la necesidad de que el regulador en su momento haya tenido que reglamentar y establecer el procedimiento contable a utilizarse.*

g) *En otra parte de sus considerandos, la APS señala que: "...Futuro de Bolivia S.A. AFP repone el daño causado en señal de aceptación de la infracción, por lo que se concluye que el cobro de la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones por RC y RP y RL a favor de la Administradora debió ser realizado partiendo del Valor Nominal en Bolivianos, generando un diferencial que afecto directamente al Fondo". Ante semejante aseveración es oportuno recordar que los recursos administrativos se conceden con el Efecto Devolutivo, por lo que la obligación de cumplir lo resuelto por las resoluciones impugnadas queda subsistente hasta que por la misma vía administrativa o judicial sea revocada. En ese sentido, el pago efectuado por nuestra AFP, obedece entonces a lo dispuesto por la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026-2011 de 03 de febrero de 2011; con la finalidad de cumplir con los requisitos exigidos para poder hacer prevalecer nuestros derechos e intereses por la vía correspondiente sin que nuestros recursos administrativos puedan ser tachados de improcedentes por no cumplir con los requisitos exigidos, por lo que los argumentos vertidos por el regulador en sus considerandos vulneran el principio de congruencia.*

h) *En otra parte de la impugnada Resolución Administrativa, el regulador señala que: "... el accionar de la AFP causó daño económico al Fondo, pero también a los Beneficiarios del FCI porque éste se vio disminuido por la AFP..." dos párrafos más abajo señala también que la motivación de haber impuesto a Futuro de Bolivia S.A. AFP la multa más alta para una infracción calificada como de gravedad media se justificaría "... en razón de que la comisión cobrada en exceso por parte de la AFP debió haber ingresado al FCI y al no haberlo hecho causó daño económico al Fondo y por consiguiente a los Asegurados que se benefician con los recursos del mismo..." Al respecto es importante señalar que el regulador, olvidándose que debe establecer fehacientemente los hechos bajo el principio de la verdad material que rige el procedimiento administrativo, no ha configurado de qué manera se ha causado daño a los Asegurados, por cuanto sus pensiones siguen siendo pagadas sin afectación alguna en cuanto a los montos calculados.*

Como corolario de los argumentos hasta ahora expuestos, su Autoridad podrá colegir que la falta de reglamentación a lo dispuesto por la Disposición Final Primera del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007; y, por lo tanto la ausencia de un procedimiento contable, ha originado que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones hayan incurrido en error; por lo que considero que la conducta de nuestra administradora no puede enmarcarse dentro los alcances del artículo 286 inciso b) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ya que no se ha configurado ni demostrado negligencia, falta de pericia o culpa, pues como se señalo precedentemente, no existía reglamentación ni procedimiento contable para aplicar de manera apropiada el cobro de comisiones del 0.85% por servicios prestados en el marco del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006.

De lo anterior más bien se desprende que nuestra AFP ha actuado sin intencionalidad, por lo que el supuesto daño causado a las Cuentas de Siniestralidad y Riesgo

Profesional/Laboral ha sido repuesto conforme a lo instruido por la ahora recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026 de 03 de febrero de 2011, lo que no significa un reconocimiento tácito de la infracción imputada y sancionada.

II. <u>PETITORIO.-</u>

Al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de fecha 01 de junio de 2011; la misma que en disposición única resuelve confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 026-2011de fecha 03 de febrero de 2011 emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ; adecuándola a derecho."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES LEGALES.-

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, importa revisar la normativa y regulación atinente al caso que nos ocupa, a saber:

El Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007 (Reglamento a la Ley Nº 3791 de la Renta Universal de Vejez - Renta Dignidad) en su disposición final primera, señala:

"***DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA.- (COMISIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES).***

La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo No 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el período establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85 %) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas…"

La Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 820 de 10 de octubre de 2007 (Comisión por servicio de pago de pensiones y otros dentro de las Prestaciones por RC/RP/RL del SSO) en su artículo 1º, establece que:

"***ARTÍCULO 1º.-*** *Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas* (…)

ARTÍCULO 3º.- *Se autoriza a la AFP a debitar de la Cuenta de Siniestralidad y Cuenta de Riesgos Profesionales el monto por concepto de comisión, establecido en el artículo 1º precedente, de todas aquellas primas pagadas y debidamente acreditadas correspondientes al mes de noviembre 2006 hasta la fecha.*

A partir del mes de octubre de 2007, la AFP deberá debitar el monto de comisión en forma mensual, de todas aquellas primas debidamente acreditadas…"

El artículo 2º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, define a las **comisiones** como los montos de dinero percibidos por las AFP, en calidad de contraprestación por servicios prestados de conformidad a la Ley de Pensiones.

De la misma manera el artículo señalado precedentemente de definiciones, establece que la **prima** es el porcentaje del Total Ganado o Ingreso Cotizable, destinado a la cobertura del Seguro de Riesgo Común y del Seguro de Riesgo Profesional en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Ahora bien, referente a la recaudación, la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 077/99 de 30 de abril de 1999, determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º.- (RECAUDACIÓN).- *Comprende el proceso de recepción del pago de las contribuciones e intereses al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO).*

Contribuciones son las Cotizaciones Mensuales, Cotizaciones Adicionales, Depósitos Voluntarios de Beneficios Sociales, primas por Riesgo Común, primas por Riesgo Profesional y comisión de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) por el servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones".

La Resolución Administrativa SPVS-P Nº 241/99 de 19 de agosto de 1999, establece el procedimiento de acreditación, determinando que una vez que la recaudación ha sido clasificada, la misma debe ser traspasada al Patrimonio del FCI adquiriendo cuotas, para que posteriormente las contribuciones sean individualizadas y se acrediten a la Cuenta Individual de los Afiliados.

El artículo 33 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, determina que el empleador en caso de no pagar las contribuciones en el plazo establecido, adicionalmente debe pagar un interés en beneficio del Afiliado (interés por mora) y de la Administradora de

Fondos de Pensiones (interés incremental), el cual se aplica también a las primas por Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la pérdida de competencia acusada.-

Por memorial de Recurso Jerárquico presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, ésta argumenta lo siguiente:

> "…*Como consecuencia de la promulgación del citado Decreto Supremo (*se refiere al Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007) *y por efecto de jerarquía normativa, la ex SPVS perdió competencia como lo reconoce expresamente mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 051 de 15 de enero de 2008 que resuelve el proceso administrativo relacionado a la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007*…"

No obstante, la parte considerativa de la merituada Resolución Administrativa SPVS/IP No. 051 de 15 de enero de 2008, señala que:

> "…*en el mismo sentido* ***en forma posterior a la emisión de la R.A. 820/2007****, el Poder Ejecutivo ha emitido el Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, con relación a la comisión de las Administradoras de Fondos de Pensiones,*…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo que se concluye que, la pérdida de competencia a la que se refiere la Resolución Administrativa /SPVS/IP No. 051 de 15 de enero de 2008, está dada en razón de haberse promulgado el Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, **con posterioridad** a la impugnación de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 820 de 10 de octubre de 2007 y en tanto se sustanciaba el Recurso de Revocatoria inherente, determinando de esta manera, una nueva realidad jurídica que afectaba además la jerarquía normativa en cuanto al caso que se estaba sustanciando.
Dicha argumentación presentada por la recurrente, resulta ser intrascendente al caso de autos, por cuanto las determinaciones que son conocidas en el presente recurso, no han sido afectadas por alguna nueva realidad jurídica y por tanto, obedecen al fundamento jurídico que consta y sale de la generalidad de resoluciones que hacen al presente Recurso Jerárquico, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 0034/2006 de 10 de mayo de 2006:

> "…*El principio de legalidad se encuentra en la necesidad de la certeza en las normas jurídicas, con la finalidad de que el individuo conozca aquellas conductas permitidas y aquellas otras que se encuentran proscritas, eliminando de esta manera la arbitrariedad estatal en la persecución de los delitos e imposición de penas* …"

Congruentemente con lo anterior, el Tribunal Constitucional en su Auto 108/2007-CA de 5 de marzo de 2007, señala:

"…*un presupuesto indiscutible del nullum crimen, nulla poena sine legue certa, "se traduce en la necesidad de que las leyes sean claras, precisas y accesibles al pueblo. Esta exigencia es conocida con el nombre de taxatividad, y tiene la finalidad de dotar de seguridad jurídica a los miembros de la sociedad*…"

Es en ese sentido que, a diferencia de las circunstancias que conforme consta en sus fundamentos, determinaron la disposición de la Resolución Administrativa /SPVS/IP No. 051 de 15 de enero de 2008, los presupuestos de taxatividad y de legalidad en relación a la preexistencia de la norma, constan efectivamente producidos a los fines del pronunciamiento de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por lo que es inatendible el alegato referido a la inexistente pérdida de competencia.

2.2. De la falta de reglamentación y de procedimiento contable.-

El memorial de Recurso Jerárquico presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, presenta el siguiente argumento:

"… *El artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007 estableció el monto de la comisión que las AFP debían cobrar; y, el articulo* (sic) *3° de la misma Resolución señaló que el mecanismo de cobro de la comisión sería debitando de la Cuenta de Siniestralidad y Cuenta de Riesgos Profesionales, especificando que solo aplicaría a los periodos desde noviembre de 1996 hasta la fecha de la resolución, dejando un vacio para los demás cobros...*"

Sin embargo, corresponde revisar el artículo 3° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, mismo que establece lo siguiente:

"***ARTÍCULO 3°.-*** *Se autoriza a la AFP a debitar de la Cuenta de Siniestralidad y Cuenta de Riesgos Profesionales el monto por concepto de comisión, establecido en el artículo 1° precedente, de todas aquellas primas pagadas y debidamente acreditadas correspondientes al mes de noviembre 2006 hasta la fecha.*

A partir del mes de octubre de 2007, la AFP deberá debitar el monto de comisión en forma mensual, de todas aquellas primas debidamente acreditadas…".

(Las negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por tanto, el argumento presentado por la AFP, no cuenta con respaldo legal, ya que se puede evidenciar que la norma vigente establece claramente el procedimiento que las AFP deben seguir para el cobro de la comisión por servicio de pago, en fecha posterior a la emisión a la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007.

Asimismo, la AFP presenta el argumento respecto a que la Disposición Final Segunda del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece que dicha norma debe

ser reglamentada por la Autoridad Fiscalizadora; entonces sugiere que ante la falta de la reglamentación, no habría incurrido en infracción alguna.

No obstante a ello, se debe aclarar que la Disposición Final Segunda hace al contexto general del Decreto Supremo Nº 29400, es decir, al desenvolvimiento de la Renta Universal de Vejez, Renta Dignidad y Gastos Funerales, y no se refiere en concreto a la comisión que les corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones, cuya norma (Disposición Final Primera), es clara e inequívoca en cuanto al porcentaje de las comisiones y al procedimiento de cobro de las mismas, sin que para ello se requiera mayor reglamentación, por tanto, el argumento presentado no puede ser tomado en cuenta por esta instancia jerárquica.

2.3. Del cobro de comisiones sobre cuotas recaudadas y acreditadas.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico señala que la falta de reglamentación y de procedimiento contable ha ocasionado que la AFP utilice un procedimiento análogo como lo es la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 241 de 19 de agosto de 1999, prueba de ello es que la otra Administradora de Fondos de Pensiones incurrió en dicha aplicación en forma similar.

Asimismo, argumenta que:

> *"…En el último párrafo de la página 5 de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de 01 de junio de 2011 señala que: "...la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) se debe calcular sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas. Entendiéndose por monto de primas, un valor que aun* (sic) *no fue expresado en cuotas...." Sin embargo como es de conocimiento del propio regulador, no se puede aplicar ningún movimiento de débito (cobro de comisión) sin antes acreditar la recaudación a la cuenta que corresponda, para lo cual es indispensable traducir la misma en cuotas de capital; aspecto que no hace más que confirmar la necesidad de que el regulador en su momento haya tenido que reglamentar y establecer el procedimiento contable a utilizarse…"*

Por su parte la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de 1 de junio de 2011, argumenta que:

> *"…el objeto de la Resolución Administrativa SPVS-P Nº 241/99 de 19 de agosto de 1999, es establecer el procedimiento que deben seguir las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) a momento de acreditar las Contribuciones en el patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y no, como Futuro de Bolivia S.A. AFP erróneamente asumió, el procedimiento para el cobro de comisiones por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, ni Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo…*
>
> *…la base de cálculo para las Primas de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo*

Laboral, así como de la Comisión de la Administradora, es el importe o monto y no así las cuotas…

…una vez establecida la base de cálculo que debe ser considerada por las AFP para el cobro de comisiones, es el ***monto de primas*** *recaudadas y acreditadas, quedando por sentado que* ***no se requiere de otro procedimiento contable…***

…la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) se debe calcular sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas. Entendiéndose por monto de primas, un valor que aún no fue expresado en cuotas…

…este aspecto no debe ser confundido con la transferencia al patrimonio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) de las contribuciones a los Afiliados, con la respectiva asignación de cuotas y la acreditación en Cuentas Individuales, procedimiento que está establecido en la Resolución Administrativa SPVS IP 241 de 19 de agosto de 1999, ya que la ***adquisición de Cuentas correspondientes al patrimonio del FCI no implica que el cobro de la comisión por servicio de pago de pensiones por RC, RP y RL, también deba ser efectuado en cuotas."***

Por la transcripción anterior, se constata que tanto la recurrente como la instancia administrativa, cuentan con una interpretación distinta de la norma, por lo que corresponderá realizar el presente análisis desglosando la misma.

Es así que, siguiendo el análisis realizado por esta instancia jerárquica en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 055/2011, se tiene que de acuerdo a lo señalado en el punto 1 de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, tanto la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 820 de 10 de octubre de 2007, como la Disposición Final Primera del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, establecen que la **comisión máxima** que las AFP pueden cobrar por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo**,** será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) **sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas**.

A partir de dicha determinación, se debe precisar los siguientes aspectos:

a) Monto máximo de comisión: cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%).
b) La comisión se cobra sobre el monto de primas que se hayan recaudado y acreditado.

Ahora bien, de lo anterior se deben precisar dos aspectos fundamentales, que resolverán la presente controversia de aplicación de la norma:

La primera de ellas es determinar cuándo el monto de las primas tiene calidad de recaudada y acreditada; para ello nos referimos a los conceptos desglosados en el numeral 1 anterior, de donde se desprende que para que las primas recaudadas tengan calidad de acreditadas, las AFP deben traspasar el monto recaudado al Patrimonio del FCI **adquiriendo**

las cuotas respectivas, por tanto, la norma aplicable al caso de autos es clara, al determinar que la comisión se aplica al monto de primas acreditadas, es decir, que su aplicación será al monto de primas ya convertidas a cuotas; caso contrario, no tendrían la calidad de acreditadas.

El segundo elemento y no menos trascendental, es que la AFP, bajo ninguna circunstancia puede aplicar el cobro de una comisión mayor al cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%); por lo tanto, para que dicha situación se cumpla, el día en que la AFP procese la acreditación será el día en que cobre la comisión, caso contrario estaría cobrando un monto mayor al permitido.

Siguiendo la línea de razonamiento determinado, se concluye que la norma, de manera clara e inequívoca, determina que el cobro de la comisión debe realizarse en cuotas **pero el mismo día de la acreditación** o, en caso de hacerse en fecha posterior, **al valor cuota del día de la acreditación**.

Dicha conclusión nos lleva a que el cobro de la comisión **será por el mismo monto en bolivianos** que se utilizó para la acreditación; ello no implica, como plantea la Entidad Reguladora, que el cobro no corresponda ser realizado a cuotas, generando confusión en el regulado a tiempo de presentar sus argumentos.

Esta confusión que ha generado la Entidad Reguladora, no ha permitido que la AFP pueda defenderse sobre lo esencial de la infracción que habría cometido, cual es el cobro en cuotas en un día diferente o a un valor cuota diferente al día de la acreditación, cuando la norma determina clara e inequívocamente, el monto máximo de cobro sobre el monto de primas recaudado y acreditado.

2.4. Del daño ocasionado.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de 01 de junio de 2011, señala que:

> "…*el accionar de la AFP causó daño económico al Fondo, pero también a los beneficiarios del FCI porque éste se vio disminuido por la AFP, como producto de haber aplicado la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las cuotas y no sobre el monto de las primas recaudadas y acreditadas.*
>
> *Que como consecuencia de la prosecución del presente proceso administrativo sancionatorio, Futuro de Bolivia S.A. AFP repone el daño causado en señal de aceptación de la infracción, por lo que se concluye que el cobro de la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones por RC y RP/RL a favor de la Administradora debió ser realizado partiendo del Valor Nominal en Bolivianos, generando un diferencial que afectó directamente al Fondo*…"

A este respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP acusa que existe una vulneración al principio de congruencia cuando la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señala

que existe una aceptación de la infracción, por el hecho de haberse repuesto el daño causado, sin tener en cuenta que lo resuelto por las resoluciones impugnadas queda subsistente hasta el pronunciamiento de su revocatoria (sea por la vía administrativa o por la vía judicial) y señala que el Ente Regulador, olvidándose que debe establecer fehacientemente los hechos bajo el principio de la verdad material que rige el procedimiento administrativo, no ha configurado de qué manera se ha causado daño a los Asegurados.

Corresponde señalar, en cuanto al Principio de Congruencia y conforme lo ha determinado el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, que:

> "…*a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas;* ***derecho a la congruencia entre acusación y condena;*** *la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras)* (…)
>
> *Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)*…"

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 ha establecido que:

> "…*El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.*
>
> *La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión*…"

En este sentido, evidentemente el Órgano Regulador ha dispuesto en su Resolución Administrativa AP/DJ/DF Nº 026-2011 de 3 de febrero de 2011, que:

> "…***TERCERO.-*** (…)
>
> ***II.*** *La Administradora, deberá reponer con recursos propios la comisión cobrada en exceso actualizada al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición, en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa*… "

Tal disposición, a efectos de la recurribilidad de la precitada Resolución Administrativa AP/DJ/DF Nº 026-2011, estaba sujeta al cumplimiento del artículo 40º (*Efecto Devolutivo*) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Entonces y a los fines de dar procedencia al Recurso de Revocatoria, le era menester a la recurrente, entre otras obligaciones, reponer la comisión cobrada en exceso, actualizada al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición, determinando que su imprescindible actuación en ese sentido, de ninguna manera puede interpretarse como una "*señal de aceptación de la infracción*" cuando la misma ha sido recurrida, sino como un requisito de admisión del recurso interpuesto, a efectos de una actuación administrativa que pudiera favorecerle, dentro de las alternativas del artículo 43º (*Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria*) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

No obstante, lo mismo no desvirtúa la posición del Ente Regulador expresada en su Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 048-2011 de 1º de junio de 2011, en sentido que:

> "…*el accionar de la AFP causó daño económico al Fondo, pero también a los beneficiarios del FCI porque éste se vio disminuido por la AFP, como producto de haber aplicado la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las cuotas y no sobre el monto de las primas recaudadas y acreditadas*…"

En definitiva, la Administradora de Fondos de Pensiones, al realizar el cobro de la comisión por servicio de pago en cuotas que ya adquirieron rentabilidad por el mantenimiento de valor que sufre la cuota diariamente, ha realizado el cobro de comisión en exceso, ocasionando daño al Fondo.

CONSIDERANDO:

Que, expuestos los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, y conforme se tiene anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 055/2011, se concluye que la norma de manera clara e inequívoca determina que el cobro de la comisión, debe realizarse sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas, implicando que la misma se procese en cuotas, pero con el advertido que el monto a cobrarse no puede exceder 0.85% del monto total de primas, situación que implica necesariamente que

el cobro sea realizado, el mismo día de la acreditación o en fecha posterior tomando en cuenta el valor cuota utilizado para la acreditación, no pudiendo la AFP bajo ningún concepto cobrar la comisión con rentabilidad y/o intereses, ya que dicha situación implicaría un incumplimiento a la normativa.

Que, pese a que la argumentación presentada por la Autoridad Reguladora, se centra en lo señalado en el párrafo precedente, sin embargo a tiempo de imputar lo cargos refiere a que la AFP incluye conceptos adicionales, ya que –según la Autoridad Fiscalizadora- cobra su comisión sobre las cuotas recaudadas. Esta imputación y argumentación en torno al término de cuotas, ha generado confusión en el regulado a tiempo de presentar sus argumentos de defensa, en desmedro del debido proceso.

Que, la confusión a la que ha derivado la Entidad Reguladora, no ha permitido que la AFP pueda defenderse sobre uno de los elementos esenciales de la infracción que habría cometido, cual es el cobro en cuotas en un día diferente, o a un valor cuota diferente al de la acreditación, extremo como se señaló determina una inobservancia a los principios de legalidad y del debido proceso, propios del Derecho Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá resolver disponiendo la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota AP/DJ/DF/3632/2010 de 16 de diciembre de 2010 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva nota de cargos ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 436/2011 DE 19 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 057/2011 DE 20 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 057/2011

La Paz, 20 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 278/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 029/2011 de fecha 31 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 129/2011 de fecha 12 de octubre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.
Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de junio de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** representada por su Gerente General, Señor Gorka Fernando Salinas Gamarra, según el Testimonio de Poder N° 394/2009 otorgado en fecha 3 de noviembre de 2009 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 34 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Martha Ariane Antelo Cabruja,

presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 278/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-62471/2011 con fecha de recepción 20 de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico presentado por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 24 de junio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, pronunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, misma que es notificada el 28 de junio de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota ASFI/DSV/R-17701/2011 de fecha 15 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó con cargos al señor Gorka Salinas Gamarra, en su calidad de Gerente General de **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, en los términos transcritos a continuación:

> "…*Mediante la presente, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en base al Informe Técnico ASFI/DSV/R-126330/2010 de 1 de diciembre de 2010, estableció el siguiente cargo a* ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.****:*
>
> - *La Sociedad Administradora en el periodo comprendido entre el 12 de mayo y el 11 de julio de 2010, habría valorado incorrectamente los Bonos de Largo Plazo en el extranjero con código ISIN USG1315RAB71, debido al registro erróneo de las fechas de pago de sus cupones, estableciéndose como fecha de vencimiento del primer cupón el 11-07-2010, siendo lo correcto el 07-11-2010, lo que afectó las fechas de los cupones subsiguientes salvo el último. El error en la valoración tuvo efecto sobre el Valor de Cartera y Valor Cuota del Fondo de Inversión Renta Activa Largo Plazo.*

Asimismo, dicha valoración generó errores en los reportes físicos y electrónicos remitidos a esta Autoridad de Supervisión mediante el Sistema de Monitoreo, en el periodo comprendido entre el 12 de mayo y el 30 de septiembre de 2010.

La conducta descrita constituiría infracción al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores y al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004.

(sic) *Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004.* (sic)

En caso de verificarse el cargo mencionado, constituirá causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores; por lo que, de conformidad al artículo 67 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo D.S. N° 27175, se concede a ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.****, el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente nota, para la presentación de los descargos que correspondan…*"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota SC SAFI – 255/2011 de fecha 21 de febrero de 2011 presentada el 23 de febrero de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** establece los extremos siguientes:

"*…1) El error señalado se debió al manejo distinto de formato de fechas entre los mercados internacionales y el mercado nacional. Señalar también, que la variación producto del registro erróneo del valor con código ISIN USG4315RAB71 fue de sólo USD. 24.00 en un plazo de 60 días y que ningún participante realizó operaciones durante este periodo de tiempo, por lo que no hubo perjuicio alguno para estos.*

También cabe mencionar con respecto al presente error de envío de información que Santa Cruz Investments SAFI SA:

- ✓ *No efectuó de forma deliberada el envío erróneo.*
- ✓ *No se causó perjuicio en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción.*
- ✓ *No se originó ninguna ganancia, beneficio o ventaja directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*

No existieron consecuencias o repercusiones de las infracciones en el mercado de valores…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 278/2011 DE 16 DE MARZO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 278/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sanciona a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** bajo los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-22263/2011 e Informe Legal ASFI/DSV/R-27343/2011, se procedió al análisis de los argumentos presentados como descargo por ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI*** *S.A. a través de nota SC-SAFI-255/2011, de acuerdo lo expuesto a continuación:*

- *Si bien la Sociedad Administradora aplicó lo establecido por la Metodología de Valoración para la valoración de los Bonos de Largo Plazo emitidos en el extranjero con código ISIN USG1315RAB71, la valoración de los mismos fue incorrecta debido al registro erróneo de las fechas de pago de los cupones.*

- *Asimismo, corresponde precisar que el error generó una diferencia de $us. 23.99 en el periodo en que el valor con código ISIN USG1315RAB71 se mantuvo en la cartera del Fondo de Inversión Renta Activa Largo Plazo y que debido al mismo y con la finalidad de subsanar las distorsiones existentes, en cumplimiento a la instructiva emanada por este Órgano de Supervisión a través de la Carta Circular ASFI/DSV/1009/2010 de 6 de abril de 2010, la Administradora efectuó el reproceso integral de todas las operaciones del Fondo de Inversión en el periodo comprendido entre el 12 de mayo y 30 de septiembre de 2010.*

- *Por otro lado, el hecho de que no existiese daño económico al Fondo de Inversión y a los Participantes del mismo, se debe que en el periodo en que se presentó el error no se realizaron rescates de cuotas y a que la Administradora subsanó el error mediante el reproceso integral de operaciones, mencionado precedentemente.*

- *La información remitida inicialmente a ASFI fue errónea, por lo que la Administradora remitió nuevamente los reportes físicos (FI-1, FI-2, FI-4, FI-8 y FI-1 0) y electrónicos (O,H) corregidos, correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de mayo y el 30 de septiembre de 2010.*

- *Sobre el perjuicio ocasionado o no, en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al Mercado de Valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción, así como si se habría originado alguna ganancia, beneficio o ventaja directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción y la existencia o no de consecuencias o repercusiones de las infracciones en el*

Mercado de Valores, serán aspectos a tomarse en cuenta para la modulación de la sanción aplicable.

- *Por lo anteriormente expuesto, **se ratifica** el cargo por infracción al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa Nº421 de 13 de agosto de 2004.*

Que, corresponde considerar que con la conducta descrita, la SAFI incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), correspondiendo la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa.

Que, a efectos de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

*Que, siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7. inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el no cumplir con las medidas dispuestas por este Órgano de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas; b) El hecho sancionado se encuentra plenamente probado, puesto que la entidad reconoce la valoración incorrecta de los Bonos de Largo Plazo en el extranjero.*

Que, en el ejercicio de la potestad sancionadora, es necesario tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a la infracción ratificada, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción a imponerse; por lo que, con el fin de modular la sanción aplicable corresponde ponderar las siguientes circunstancias que concurrieron para imponer la multa de Primer Rango:

- *La Administradora subsanó el error mediante el reproceso integral de operaciones, con la finalidad de evitar daños económicos a los Fondos de*

Inversión y a los Participantes de los mismos, remitiendo posteriormente a ASFI los reportes físicos y electrónicos corregidos.

- *No se ocasionó perjuicios en forma directa o indirecta a personas naturales o jurídicas o al Mercado de Valores.*

- *Finalmente, corresponde considerar que la entidad no obtuvo ganancia, beneficio o ventaja directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*

Que, tomando en cuenta las circunstancias atenuantes de la infracción ratificada, corresponde imponer a SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A., la sanción de multa mínima de Primer Rango calculada en bolivianos equivalente a $us500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13, artículo 19 y numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores…"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A. con multa en Bolivianos, equivalente a $us500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por infracción al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004.*

***SEGUNDO**.- El importe de la multa deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 19 de abril de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 278/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"RECURSO DE REVOCATORIA

Santa Cruz Investments SAFI SA tiene a bien impugnar la mencionada Resolución ASFI N° 278/2011, en razón a que la misma causa perjuicio a sus derechos e intereses legítimos, con el objeto que su Autoridad revoque la referida Resolución y consiguientemente disponga la adecuación a Derecho de los actos administrativos dictados par la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante ASFI), en

atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

La Resolución ASFI Nº 278/2011 determina imponer una sanción de multa, por incumplimiento a la siguiente normativa:

a. *Que Santa Cruz Investments SAFI SA habría incumplido lo determinado por el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, que establece que la información que por disposición de esta Ley y sus reglamentos deba ser presentada a la Superintendencia de Valores, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, deberá ser veráz* (sic), *suficiente y oportuna.*

b. *Por otro lado, establecen el incumplimiento al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa Nº 421 de 13 de agosto de 2004, que determina que las Sociedades Administradoras son responsables de la calidad de la información remitida a la Superintendencia, que les compete generar.*

La Resolución ASFI Nº 278/2011 fundamenta ***legalmente*** *la determinación de imponer una sanción de multa, de acuerdo a lo señalado a continuación:*

1. ***Que constituirían aspectos a tomarse en cuenta para la modulación de la sanción aplicable, los siguientes:***

    a. *La existencia de perjuicio ocasionado o no, en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al Mercado de Valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción;*

    b. *Si se habría originado alguna ganancia, beneficio o ventaja directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos y omisiones constitutivos de la infracción y;*

    c. *La existencia o no de consecuencias o repercusiones de las infracciones en el Mercado de Valores.*

Revisada la Resolución ASFI Nº 278/2011, ***no se encuentra referencia o respaldo alguno que permita concluir que el error en el registro de la fecha de pago de los cupones, hubiese generado cualquiera de las tres situaciones descritas anteriormente*** *y sobre las que la misma ASFI determina que ha considerado y modulado la determinación e imposición de la sanción.* ***Por el contrario, como aspectos atenuantes, la ASFI señala de forma puntual los siguientes:***

a. *Que si bien la Sociedad Administradora aplicó lo establecido por la Metodología de Valoración para la valoración de los Bonos a Largo Plazo emitidos en el extranjero, la valoración de los mismos fue incorrecta debido al registro erróneo de la fechas* (sic) *de pago de los cupones. En otras palabras, la*

ASFI reconoce que Santa Cruz Investments SAFI SA aplicó correctamente la Metodología de Valores, y que el error en la valoración de los mismos, se debió a un error en el registro de las fechas, situación que como se explicó en los descargos correspondientes, fue debido a la aplicación del sistema a nivel internacional, en lugar del que generalmente se utiliza en nuestro medio para el registro de fechas.

b. *Que el error generó una diferencia de $us. 23.99 en el periodo en que el valor se mantuvo en la cartera y que debido al mismo y con la finalidad de subsanar las distorsiones existentes, Santa Cruz Investments SAFI SA "efectuó el reproceso integral de todas las operaciones del Fondo de Inversión en el periodo comprendido entre el 12 de mayo y 30 de septiembre de 2010."; reconociendo la misma ASFI que el error detectado era susceptible de corrección y en tal sentido, fue que Santa Cruz Investments SAFI S.A. procedió.*

c. *Que la información remitida inicialmente a la ASFI fue errónea, por lo que Santa Cruz Investments SAFI SA remitió nuevamente los reportes físicos y electrónicos corregidos, correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de mayo y el 30 de septiembre de 2010.*

d. *Que no existió daño económico al Fondo de Inversión y a los Participantes del mismo, debido a que en el periodo en que se presentó el error, no se realizaron rescates de cuotas y que Santa Cruz Investments SAFI S.A. subsanó el error mediante el reproceso integral de las operaciones.*

En conclusión, la ASFI establece como atenuantes dos aspectos fundamentales:

- ***Que el error en el registro de la fecha de pago de los cupones fue rectificado por Santa Cruz Investments SAFI S.A., en consecuencia se establece que dicho error era susceptible de rectificación y corrección.***

- ***Que no existió daño económico al Fondo de Inversión y a los Participantes del mismo, o de forma general a los participantes del Mercado de Valores.***

Tomando en cuenta los fundamentos que la ASFI establece como base para la imposición de la sanción y las atenuantes a las que hace referencia, legalmente correspondía que la ASFI sancione a ***Santa Cruz Investments SAFI S.A., con una amonestación escrita, conforme al siguiente respaldo legal:***

a. *El Inc. a) del artículo 12 del Reglamento de Sanciones Administrativas (Decreto Supremo N°26156), determina claramente que la sanción de Amonestación será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que:*

- ***no hayan generado perjuicio económico y que;***

- ***sean susceptibles de enmienda y regularización.***

  Son justamente los dos aspectos que la ASFI tomó en cuenta a momento de analizar y modular la sanción a ser impuesta, conforme lo fundamentado y señalado en la resolución impugnada a través de la presente.

b. *El artículo 24 del Reglamento de Sanciones Administrativas (Decreto Supremo N°26156), establece de forma expresa y precisa que los reportes de operaciones que las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión remite* (sic) *a la ASFI, deben encontrarse libres de errores, inconsistencias u omisiones, determinando la sanción de multa únicamente cuando los errores o inconsistencias y omisiones alcancen un número de diez en la misma gestión, situación que no se ha dado en el caso de Santa Cruz Investments SAFI S.A. En otras palabras, el Reglamento de Sanciones Administrativas establece claramente cuál es el método para establecer las sanciones en el caso de errores en el envío de la información a la ASFI, habiéndose el órgano Regulador apartado de las normas legales aplicables en el procedimiento sancionador que concluye con la emisión de la Resolución ASFI N° 278/2011 e imposición de una multa, incumpliendo así con el Principio de Legalidad y el de Tipicidad, establecidos por los Arts. 72 y 73, respectivamente, de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.*

2. *Por otro lado, es importante señalar que la ASFI fundamenta legalmente la determinación de emitir una sanción de multa, entre otros, en el numeral 7, inciso b), del Art. 20 del Decreto Supremo N° 26156, que hace referencia a "no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas". Al respecto cabe señalar que el numeral 7, Inc. b) del Art. 20 descrito, que establece como infracción "no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas", está referida a resoluciones de* ***alcance particular****, conforme al concepto establecido en el Art. 18 del Decreto Supremo N°27175. Sin embargo, el incumplimiento que la ASFI atribuye a la Institución a la que represento, hace referencia a la Ley del Mercado de Valores y la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, ambas normas de* ***alcance general****. En este caso, se hace evidente el incumplimiento al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley (Inc. c, Art. 4 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo) y al principio de Tipicidad (Numeral II, Art. 73 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo).*

3. *Por último, la ASFI fundamenta legalmente la determinación de emitir una sanción de multa, entre otros, en los Arts. 19 y 20 del Decreto Supremo N° 26156, uno referido las* ***infracciones en general*** *y otro las* ***infracciones específicas****. Al respecto, cabe aclarar que si se ha establecido la existencia de una infracción, a efectos de poder definir el tipo de sanción que se debe imponer, es fundamental determinar si dicha infracción es de carácter general o si es de carácter*

específico, y dicha determinación debe estar claramente plasmada en la resolución administrativa que disponga una sanción. Lo contrario importa vulnerar el ***derecho a la defensa y debido proceso****. En virtud a lo señalado, se observa que la ASFI a momento de imponer la sanción ha incumplido los Principios de* ***Legalidad*** *(las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa...) y el de* ***Tipicidad*** *(Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en la leyes* (sic) *y disposiciones reglamentarias); establecidos por los Arts. 72 y 73 de la Ley N° 2341. Es así, que en este caso también se pone en tela de juicio la discrecionalidad reglada aplicada por la ASFI, sobre la base que el Órgano Regulador tiene la responsabilidad de optar entre posibilidades ciertas y preexistentes, a efectos de establecer la imposición de una sanción,* ***debiendo dicha Resolución apegarse a la Ley y normas aplicables vigentes (Inc. a) del artículo 12 y artículo 24 del Reglamento de Sanciones Administrativas (Decreto Supremo N°26156).***

PETITORIO.

Por lo expuesto y expresado como se encuentra nuestro Recurso de Revocatoria, de conformidad con los términos ya señalados, al demostrarse la falta de aplicación del ordenamiento jurídico vigente en relación al procedimiento sancionatorio, y los principios establecidos en el mismo, situación que vulnera nuestros legítimos derechos como administrados, respetuosamente pedimos a su Autoridad que dicte Resolución Administrativa revocando la Resolución Administrativa ASFI N° 278/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, por ser manifiestamente lesiva a nuestros legítimos intereses y derechos y sea por corresponder en estricto derecho y justicia…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 436/2011 DE 19 DE MAYO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI No. 436/2011 de 19 de mayo de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI No. 278/2011 de 16 de marzo de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, efectuada la evaluación de los argumentos presentados por ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *se ha establecido lo siguiente:*

- *Durante el periodo comprendido entre el 12 de mayo y 30 de septiembre de 2010, la información proporcionada por* ***SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.*** *correspondiente al Fondo de Inversión Renta Activa Largo Plazo, presentaba errores y distorsiones, por lo que fue necesario que la Sociedad Administradora efectué* (sic) *un reproceso integral de operaciones a fin de subsanar las*

diferencias existentes en ese momento. En este marco, si bien es evidente el hecho de que el error fue sujeto de corrección, esto no significa que el error no se haya presentado, dando lugar al incumplimiento de la Metodología de Valoración.

- *Respecto a la aplicación del artículo 24 del Reglamento de Sanciones aprobado mediante Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, cabe señalar que el citado artículo debe ser interpretado in extenso y no de forma parcial como lo hace el recurrente, por cuanto, tal como establece el tercer párrafo del artículo 24, la sanción descrita en los dos párrafos que le anteceden, sólo se aplicará respecto a errores u omisiones menores que no afecten de manera sustancial la naturaleza de la información objeto de reporte ni a la transparencia del Mercado, entendiéndose como "naturaleza" a la esencia y propiedad característica de cada ser, que en el presente caso debe entenderse como la esencia y característica de un determinado valor, información o reporte al que se hallan obligadas a enviar las sociedades reguladas, como origen o razón por la cual esta fue remitida y que siendo alterada de manera sustancial podría enviar un mensaje distinto.*

  En el presente caso el error en valoración tuvo efecto sobre el valor de Cartera y Valor Cuota del Fondo de Inversión Renta Activa Largo Plazo, por lo que fue necesario que SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A. efectúe el reproceso integral de operaciones y envíe nuevamente la información, cabe señalar que los errores e inconsistencias presentados en los reportes diarios remitidos a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero durante el periodo comprendido entre el 12 de mayo y el 30 de septiembre de 2010, afectaron la naturaleza de la información objeto del reporte.

- *En relación a los principios de legalidad y de tipicidad el tratadista Eduardo García de Enterria en su libro de Derecho Administrativo, señala "El principio de tipicidad es la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa", este principio de encuentra previsto en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, bajo el entendido de que "son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias", en virtud de lo señalado en el presente caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero siguiendo los principios de tipicidad y legalidad moduló la sanción considerando los siguientes parámetros:*

  a) *La calificación de la "infracción especifica* (sic)*" en aplicación del artículo 20 inciso b) numeral 7 del Decreto Supremo Nº 26156 que sanciona con multa de primer rango el incumplimiento en la forma y plazos con las medidas establecidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de Resoluciones Administrativas.*

  b) *En virtud a lo establecido en el artículo 18 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, las*

Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pueden tener alcance general o particular.

c) *La normativa infringida que prevé expresamente la forma de valorar los Valores tanto en la Metodología de Valoración, así como la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administrativas, aprobadas mediante Resolución Administrativa Nº 751 de 8 de diciembre de 2004 y Resolución Administrativa Nº 421 de 13 de agosto de 2004, ambas de alcance general.*

En este marco, la tipificación se ajusta a la previsión del artículo 20, inciso b), numeral 7 del Decreto Supremo Nº 26156 que sancionada (sic) *con multa de Primer Rango el incumplimiento en la forma y plazos con las medidas establecidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de la Resoluciones Administrativas sean estas de alcance particular o general.*

Asimismo, se aplicó la sanción de multa considerando que dentro del Primer Rango la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero puede aplicar la sanción desde $us500 hasta $us10.000, respetando los principios y circunstancias de la infracción Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (sic) *con* (sic)*, aspectos que han sido plenamente valorados al momento de la emisión de la Resolución ASFI Nº 278/2011, los mismos que inducen de manera concreta y fundamentada a la aplicación de la sanción.*

- *La Resolución ASFI Nº 278/2011 de 16 de marzo de 2011, se encuentra revestida de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, por cuanto, a través de la citada resolución la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, fundamenta la imposición de sanción ante cualquier infracción a la Ley y sus Reglamentos de forma general y en particular, en virtud a lo establecido en los artículos 19 y 20 del Reglamento de Sanciones aprobado mediante Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001.*

(…)

CONSIDERANDO:

Que, el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834 de 31 de marzo de 1998, dispone que la información que por disposición de la Ley y sus reglamentos deba ser presentada a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debe ser veraz, suficiente y oportuna.

Que, el artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa Nº 421 de 13 de agosto de 2004, determina que las Sociedades Administradoras son responsables de la calidad de la información remitida a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que les compete generar.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 establece, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de ASFI:

Numeral 1) cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Numeral 2) regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho mercado.

Numeral 17) es función y atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.

Que, el inciso a) del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, modificado por Sentencia Constitucional No. 0042/2004 de 22 de abril de 2004, dispone que, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan, la Superintendencia de Valores, actual ASFI, aplicará a los infractores de las disposiciones de dicha Ley, sus reglamentos y sus Resoluciones Administrativas, según la gravedad del caso, entre otras, las sanciones de amonestación escrita y multa, las mismas que serán aplicadas mediante Resolución Administrativa que admitirá los recursos previstos por Ley.

Que, mediante Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, se aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 3 dispone que, los principios de legalidad, legitimidad, igualdad y proporcionalidad regirán la atribución sancionadora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 13 del citado Reglamento de Sanciones Administrativas dispone la aplicación de la sanción de multa por este ente regulador, según los rangos siguientes:

a) Primer Rango: desde $us 500 hasta $us 10.000.
b) Segundo Rango: desde $us 10.001 hasta $us 20.000.
c) Tercer Rango: desde $us 20.001 hasta $us 35.000.
d) Cuarto Rango: desde $us 35.001 hasta $us 70.000.

La aplicación de los rangos señalados se sujetará a lo dispuesto por el Capítulo 1 del Título III del señalado Decreto Supremo.

Que, el inciso b) del artículo 20 del mencionado Reglamento, dispone que en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12 del citado Reglamento y en el marco de lo dispuesto en los artículos 3 y 11 de la misma normativa, la Autoridad de

Supervisión del Sistema Financiero podrá aplicar la sanción de multa por las siguientes causales conforme a los rangos de multa correspondientes: Primer Rango, numeral 7. No cumplir en la forma con las medidas establecidas por este órgano de Supervisión a través de Resoluciones Administrativas.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento del segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores y al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada mediante Resolución Administrativa Nº 421 de 13 de agosto de 2004…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 16 de junio de 2011, **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, expresando lo siguiente:

"…***RECURSO JERARQUICO.***

Al presente, Santa Cruz Investments SAFI S.A. tiene a bien impugnar la Resolución ASFI Nº 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, en razón a que la misma causa perjuicio a los derechos e intereses legítimos de la entidad y con el objeto que se revoque la referida Resolución y consiguientemente se disponga la adecuación a Derecho de los actos administrativos dictados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante ASFI), en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

La Resolución ASFI Nº 278/2011 determinó imponer una sanción de multa, por incumplimiento a la siguiente normativa:

a. *Que Santa Cruz Investments SAFI S.A. habría incumplido lo determinado por el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, que establece que la información que por disposición de esta Ley y sus reglamentos deba ser presentada a la Superintendencia de Valores, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, deberá ser veráz* (sic)*, suficiente y oportuna.*

b. *Por otro lado, establecen el incumplimiento al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa Nº 421 de 13 de agosto de 2004, que determina que las Sociedades Administradoras son responsables de la calidad de la información remitida a la Superintendencia, que les compete generar.*

Al respecto, es importante detallar la normativa legal que ampara la facultad que tiene la ASFI de sancionar a los administrados, y que establece los lineamientos generales que debe aplicar la misma a momento de modular las sanciones: El

numeral I, del artículo 12 del Decreto Supremo N° 26156, establece de forma precisa que la aplicación de las sanciones que la ASFI está facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores, es la siguiente:

- *"Amonestación: Esta sanción será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que* ***no hayan generado perjuicio económico*** *y que* ***sean susceptibles de enmienda y regularización****.*

- *Multa: Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracción u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya* ***obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros*** *y/o se* ***hayan ocasionado perjuicios****. Esta sanción también se aplicará en los casos de* ***reincidencia en las infracciones que ameriten la sanción de amonestación****, considerando para el efecto el plazo previsto en el artículo 7 inciso a) del presente Decreto Supremo."*

Tanto en la Resolución ASFI N° 278/2011 de 16 de marzo de 2011, como en la Resolución ASFI N° 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, la ASFI mantiene que moduló la sanción en aplicación ***del artículo 20 inciso b) numeral 7 del Decreto Supremo N° 26156****, que sanciona con multa de primer rango el incumplimiento en la forma y plazos con las medidas establecidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de Resoluciones Administrativas. Al respecto cabe hacer notar que el artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156, señala en forma clara que la ASFI podrá aplicar sanciones por causa de hechos, actos y omisiones,* ***"en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12"*** *del mismo Decreto Supremo. En otras palabras, la base para modular las sanciones a las infracciones específicas, proviene de las* ***directrices básicas establecidas en el artículo 12 señalado****. En este sentido, la ASFI no puede alejarse de lo determinado por el mencionado artículo, toda vez que el mismo establece el camino que se debe tomar a efectos de modular y establecer el tipo de sanción a ser aplicada, según las características generales de la infracción cometida.*

La Resolución ASFI N° 278/2011 fundamenta la determinación de imponer una sanción de multa, de acuerdo a lo señalado a continuación:

Que constituirían aspectos a tomarse en cuenta para la modulación de la sanción aplicable, los siguientes:

a. *La existencia de perjuicio ocasionado o no, en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al Mercado de Valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción;*

b. *Si se habría originado alguna ganancia, beneficio o ventaja directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos y omisiones constitutivos de la infracción y;*

c. *La existencia o no de consecuencias o repercusiones de las infracciones en el Mercado de Valores.*

Revisada la Resolución ASFI Nº 278/2011, ***no se encuentra referencia o respaldo alguno que permita concluir que el error en el registro de la fecha de pago de los cupones, hubiese generado cualquiera de las tres situaciones descritas anteriormente*** *y sobre las que la misma ASFI determina que ha considerado y modulado la determinación e imposición de la sanción.* ***Por el contrario, como aspectos atenuantes, la ASFI señala de forma puntual los siguientes:***

a. *Que si bien la Sociedad Administradora aplicó lo establecido por la Metodología de Valoración para la valoración de los Bonos a Largo Plazo emitidos en el extranjero, la valoración de los mismos fue incorrecta debido al registro erróneo de la fechas de pago de los cupones. En otras palabras, la ASFI reconoce que Santa Cruz Investments SAFI S.A. aplicó correctamente la Metodología de Valores, y que el error en la valoración de los mismos, se debió a un error en el registro de las fechas, situación que como se explicó en los descargos correspondientes, fue debido a la aplicación del sistema a nivel internacional, en lugar del que generalmente se utiliza en nuestro medio para el registro de fechas.*

b. *Que el error generó una diferencia de $us. 23.99 en el periodo en que el valor se mantuvo en la cartera y que debido al mismo y con la finalidad de subsanar las distorsiones existentes, Santa Cruz Investments SAFI S.A "efectuó el reproceso integral de todas las operaciones del Fondo de Inversión en el periodo comprendido entre el 12 de mayo y 30 de septiembre de 2010."; reconociendo la misma ASFI que el error detectado* ***era susceptible de corrección*** *y en tal sentido, fue que Santa Cruz Investments SAFI S.A. procedió.*

c. *Que la información remitida inicialmente a la ASFI fue errónea, por lo que Santa Cruz Investments SAFI S.A. remitió nuevamente los reportes físicos y electrónicos corregidos, correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de mayo y el 30 de septiembre de 2010.*

d. *Que* ***no existió daño económico al Fondo de Inversión y a los Participantes del mismo****, debido a que en el periodo en que se presentó el error, no se realizaron rescates de cuotas y que Santa Cruz Investments SAFI S.A.* ***subsanó el error mediante el reproceso integral de las operaciones****.*

En conclusión, la ASFI establece como atenuantes dos aspectos fundamentales:

- ***Que el error en el registro de la fecha de pago de los cupones fue rectificado por Santa Cruz Investments SAFI S.A., en consecuencia se establece que dicho error era susceptible de rectificación y corrección.***

- ***Que no existió daño económico al Fondo de Inversión y a los Participantes del mismo, o de forma general a los participantes del Mercado de Valores***.

Tomando en cuenta los fundamentos que la ASFI establece como base para la imposición de la sanción y las atenuantes a las que hace referencia, legalmente correspondía que la ASFI sancione a Santa Cruz Investments SAFI S.A., con una amonestación escrita, conforme lo establecido por el Numeral I, Inciso a) del artículo 12 del Reglamento de Sanciones Administrativas (Decreto Supremo Nº 26156), que como se ha mencionado, determina claramente que la sanción de Amonestación será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que:

- ***no hayan generado perjuicio económico y que;***

- ***sean susceptibles de enmienda y regularización***.

Son justamente los dos aspectos que la ASFI tomó en cuenta a momento de analizar y modular la sanción a ser impuesta, conforme lo fundamentado y señalado en la resolución impugnada.

*Lo señalado anteriormente, fue uno de los fundamentos utilizados por nuestra Institución en el Recurso de Revocatoria interpuesto. Sin embargo, mediante Resolución ASFI Nº 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, la ASFI no emite criterio alguno ni manifiesta su posición al respecto, manteniendo su posición de sancionar el incumplimiento con una multa, **a pesar de carecer del respaldo legal para ello**.*

*Se concluye que a pesar de los aspectos que fueron analizados por la ASFI para modular la sanción, la misma aplica la **multa** siendo que los criterios establecidos en el Artículo 12, para aplicar dicha sanción no se ajustan a los hechos que constituyen la infracción: a) que el infractor haya **obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros**; b) que se **hayan ocasionado perjuicios** o c) **reincidencia en las infracciones que ameriten la sanción de amonestación**. Ni la Resolución ASFI Nº 278/2011 de 16 de marzo de 2011, ni la Resolución ASFI Nº 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, respaldan o acreditan cualquiera de los tres aspectos señalados anteriormente y que deberían estar presentes a efectos de imponer una sanción de multa.*

*Por otro lado, es importante señalar que la ASFI fundamenta legalmente la determinación de emitir una sanción de multa, entre otros, en el numeral 7, inciso b), del Art. 20 del Decreto Supremo Nº 26156, que hace referencia a "no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas". Al respecto cabe señalar que el numeral 7, Inc. b) del Art. 20 descrito, que establece como infracción "no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas", está referida a resoluciones de **alcance particular**, conforme al concepto establecido en el Art. 18 del Decreto Supremo Nº 27175. Sin*

embargo, el incumplimiento que la ASFI atribuye a la Institución a la que represento, hace referencia a la Ley del Mercado de Valores y la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, ambas normas de ***alcance general****. En este caso, se hace evidente el incumplimiento al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley (Inc. c, Art. 4 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo) y al principio de Tipicidad (Numeral II, Art. 73 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo).*

Por último, la ASFI fundamenta legalmente la determinación de emitir una sanción de multa, entre otros, en los Arts. 19 y 20 del Decreto Supremo N° 26156, uno referido (sic) *las* ***infracciones en general*** *y otro* (sic) *las* ***infracciones específicas****. Al respecto, cabe aclarar que si se ha establecido la existencia de una infracción, a efectos de poder definir el tipo de sanción que se debe imponer, es fundamental determinar si dicha infracción es de carácter general o si es de carácter específico, y dicha determinación debe estar claramente plasmada en la resolución administrativa que disponga una sanción. Lo contrario importa vulnerar el* ***derecho a la defensa y debido proceso****. En virtud a lo señalado, se observa que la ASFI a momento de imponer la sanción ha incumplido los Principios de* ***Legalidad*** *(las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa...) y el de* ***Tipicidad*** *(Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en la leyes* (sic) *y disposiciones reglamentarias); establecidos por los Arts. 72 y 73 de la Ley N° 2341. Es así, que en este caso también se pone en tela de juicio la discrecionalidad reglada aplicada por la ASFI, sobre la base que el Órgano Regulador tiene la responsabilidad de optar entre posibilidades ciertas y preexistentes, a efectos de establecer la imposición de una sanción,* ***debiendo dicha Resolución apegarse a la Ley y normas aplicables vigentes (Inc. a) del artículo 12 y artículo 24 del Reglamento de Sanciones Administrativas (Decreto Supremo N°26156)****.*

PETITORIO.

Por lo expuesto y expresado como se encuentra nuestro Recurso Jerárquico, de conformidad con los términos ya señalados, al demostrarse la falta de aplicación del ordenamiento jurídico vigente en relación al procedimiento sancionatorio, y los principios establecidos en el mismo, situación que vulnera nuestros legítimos derechos como administrados, respetuosamente solicitamos se dicte Resolución Administrativa revocando la Resolución Administrativa ASFI N° 278/2011 de 16 de marzo de 2011 confirmada por la ASFI mediante Resolución ASFI N° 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, por ser manifiestamente lesivas a nuestros legítimos intereses y derechos, y sea por corresponder en estricto derecho y justicia…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme detalla la nota ASFI/DSV/R-17701/2011 de fecha 15 de febrero de 2011, el cargo impuesto a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.** por el Ente Regulador, está referido a que:

> "…*La Sociedad Administradora en el periodo comprendido entre el 12 de mayo y el 11 de julio de 2010, habría valorado incorrectamente los Bonos de Largo Plazo en el extranjero con código ISIN USG1315RAB71, debido al* ***registro erróneo de las fechas de pago de sus cupones****, estableciéndose como fecha de vencimiento del primer cupón el 11-07-2010, siendo lo correcto el 07-11-2010, lo que afectó las fechas de los cupones subsiguientes salvo el último. El error en la valoración tuvo efecto sobre el Valor de Cartera y Valor Cuota del Fondo de Inversión Renta Activa Largo Plazo.*
>
> *Asimismo, dicha valoración generó errores en los reportes físicos y electrónicos remitidos a esta Autoridad de Supervisión mediante el Sistema de Monitoreo, en el periodo comprendido entre el 12 de mayo y el 30 de septiembre de 2010*…"
>
> (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su mérito y corridos los trámites que hacen al proceso administrativo sancionador, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 278/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sanciona a **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** "…*con multa en Bolivianos, equivalente a $us500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por infracción al segundo párrafo del artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al artículo 35 de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004*…"

Al presente y de la revisión del Recurso Jerárquico interpuesto por **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** en fecha 16 de junio de 2011, se establece que el mismo no se refiere a la valoración incorrecta de los Bonos de Largo Plazo o al registro erróneo de las fechas de pago de los cupones, sino a "***los aspectos que fueron analizados por la ASFI para modular la sanción****, la misma aplica la multa siendo que los criterios establecidos en el Artículo 12, para aplicar dicha sanción no se ajustan a los hechos que constituyen la infracción*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo que se concluye que, el Recurso Jerárquico no recae sobre la sustancia del cargo que ha sido sancionado por la Resolución Administrativa ASFI N° 278/2011, sino que impugna única y exclusivamente la sanción impuesta por su mérito, al objetar el carácter pecuniario

de la misma.

Consiguientemente y en observancia al artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, se determina que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración única de la sanción impuesta por el cargo, conforme a los argumentos desarrollados en el numeral siguiente.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Determinación de la sanción.-

SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A. en su Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*a pesar de los aspectos que fueron analizados por la ASFI para modular la sanción, la misma aplica la* ***multa*** *siendo que los criterios establecidos en el Artículo 12, para aplicar dicha sanción no se ajustan a los hechos que constituyen la infracción: a) que el infractor haya* ***obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros****; b) que se* ***hayan ocasionado perjuicios*** *o c)* ***reincidencia en las infracciones que ameriten la sanción de amonestación****. Ni la Resolución ASFI Nº 278/2011 de 16 de marzo de 2011, ni la Resolución ASFI Nº 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, respaldan o acreditan cualquiera de los tres aspectos señalados anteriormente y que deberían estar presentes a efectos de imponer una sanción de multa*…"

En virtud a tal posición, la recurrente fundamenta que por disposición de la norma, le sea imponible la sanción de amonestación en lugar de la de multa pecuniaria, determinando que la aplicación de la norma que ha realizado el Ente Regulador (primero en la Resolución Administrativa ASFI Nº 278/2001 y luego en la Resolución Administrativa ASFI Nº 436/2011), sería errada.

Para dilucidar tal pretensión, es menester la transcripción pertinente de la norma que en Recurso Jerárquico se ha mencionado:

Decreto Supremo Nº 26156 (Reglamentario para la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores):

> "…***ARTÍCULO 11º. (Circunstancias de la infracción).-*** *La Superintendencia aplicará las sanciones señaladas en el Título II del presente Decreto Supremo, en el marco de los principios consagrados en el artículo 3º y sobre la base de las siguientes circunstancias de la infracción, que determinarán la sanción correspondiente:*
>
> *a) La acción, deliberada o no, del presunto infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.*
>
> *b) El perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la*

infracción.

c) Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.

d) Las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el mercado de valores.

e) Los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero.

ARTÍCULO 12°. (Sanciones aplicables).-

I. La aplicación de las sanciones, que la Superintendencia está facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores, es la siguiente:

a) Amonestación: Esta sanción será aplicada de manera escrita a quienes hayan incurrido en infracciones leves que no hayan generado perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda y regularización.

b) Multa: Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.

Esta sanción también se aplicará en los casos de reincidencia en las infracciones que ameriten la sanción de amonestación, considerando para el efecto el plazo previsto en el artículo 7° inciso a) del presente Decreto Supremo.

(…)

ARTÍCULO 13°. (Multas aplicables).- *Salvo lo específicamente establecido en el Capítulo II del Título III del presente Decreto Supremo respecto a las infracciones en materia de información, la Superintendencia aplicará la sanción de multa, respetando los principios señalados en el artículo 3° y considerando lo establecido en el artículo 11° precedente, según los rangos que se describen a continuación:*

a) Primer Rango : Desde $us. 500 hasta $us. 10.000

(…)

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

a) Amonestación por las siguientes causales:

1. No realizar sus actividades o no prestar sus servicios en forma diligente.

2. No llevar o no mantener actualizados los libros, registros o archivos, conforme a lo exigido por las disposiciones normativas aplicables.

3. Ocasionar confusión o error a sus clientes o potenciales inversionistas.

4. No conservar la documentación y/o información con las formalidades exigidas por la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables

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

Primer Rango

(…)

7. No cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas.(…)"

De lo anterior, corresponde determinar si la infracción cometida es sujeta de sanción o en su caso de amonestación, cual alega el recurrente, conforme se procede a continuación:

2.1.1. De los elementos configurativos para la imposición de sanción.-

Conforme se evidencia en el expediente administrativo y la determinación de la Autoridad Fiscalizadora, se tiene que no ha existido daño o que se hubiere generado perjuicio económico.

Entonces corresponderá delimitar si este elemento de configuración permite determinar si corresponde a multa o sanción.

Es así que importa citar y transcribir el artículo 12º del Decreto Supremo Nº 26156, que determina que la multa se aplicará:

"…*a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa,* ***así como*** *en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos*"
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica),

Por lo tanto, queda claro que el hecho de no haberse generado perjuicio económico con la

infracción cometida, o que el error sea susceptible de corrección, no son absolutas a efectos de la determinación de las sanciones aplicables (entre amonestación y multa) sino que son dependientes de la existencia de **culpa** en la comisión de la infracción u omisión.

Por culpa entiende Cabanellas (en su *Diccionario*) "*el proceder con omisión de la diligencia exigible*", y eso es lo que ha ocurrido en el caso de autos: **SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A.** no ha procedido con la diligencia que le es exigible, cuando ha registrado erróneamente las fechas de pago de sus cupones, estableciéndose como fecha de vencimiento del primer cupón el 11-07-2010, cuando lo correcto era el 07-11-2010.

Asimismo y no menos relevante es el hecho determinado por la propia Ley No. 1834 de 31 de marzo de 1998, que en su artículo 109 (Amonestación) que determina clara e inequívocamente que la sanción de amonestación recaerá sobre falta o infracciones leves (hechos y actos imprudentes que no pudieron evitarse), que no causen daño o perjuicio económico y que sean susceptibles de enmienda o regularización. Entonces aplicado al caso de autos, se evidencia que uno de sus componentes el que hace a la falta leve, no se cumple, ya que es evidente, que ha existido negligencia que se pudo evitar.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, la calidad de leve o no leve de la infracción (que es determinante para la aplicabilidad alternativa de la amonestación o de la multa), el propio precitado Decreto Supremo N° 26156, en su artículo 20°, inciso b) (***Multas** por las siguientes, causales conforme a los rangos de multa correspondientes*), numeral 1. del subtítulo Primer Rango, el que establece la infracción de "***Enviar información con errores o inconsistencias***", extremo al que corresponde la conducta sancionada.

Entonces, de lo precedente se colige que aún no se hubiera generado perjuicio económico con la infracción cometida, o que el error sea susceptible de corrección, éstos elementos no configuran por sí solos la aplicabilidad directa de amonestación y consecuentemente la determinación de la calidad de infracción leve, sino su adecuación a la tipología prevista en la norma, de donde se concluye que no se puede aplicar amonestación al caso de autos.

Se concluye también que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha realizado una interpretación correcta de los alcances de las disposiciones contenidas en los artículos 11°, 12°, 13° y 20° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril a los fines de la aplicación de la sanción que ha correspondido por la infracción cometida.

2.2. Alcances -general y particular- de las normas sustantivas y adjetivas.-

Señala también la recurrente:

> "…*cabe señalar que el numeral 7, Inc. b) del Art. 20 descrito* (del Decreto Supremo N° 26156)*, que establece como infracción "no cumplir en la forma y plazos con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas", está referida a resoluciones de **alcance particular**, conforme al concepto establecido en el Art. 18 del Decreto Supremo N° 27175. Sin embargo, el*

incumplimiento que la ASFI atribuye a la Institución a la que represento, hace referencia a la Ley del Mercado de Valores y la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, ambas normas de ***alcance general****. En este caso, se hace evidente el incumplimiento al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley (Inc. c, Art. 4 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo) y al principio de Tipicidad (Numeral II, Art. 73 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo)…*"

La recurrente confunde el fundamento legal de la sanción (la "*infracción al segundo párrafo del artículo 68* (calidad y publicidad de la información) *de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, así como al artículo 35* (responsabilidad por la calidad de la información remitida) *de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras, aprobada por Resolución Administrativa N°421 de 13 de agosto de 2004*" según reza el artículo primero de la Resolución Administrativa ASFI N° 278/2011) con la normativa que reglamenta "*la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores, por parte de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, a las personas naturales y jurídicas que se encuentran bajo el ámbito de la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos*" (artículo 1° del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001).

Por consiguiente, no es atendible el pretender equiparar en un mismo plano los alcances (general o particular) de normas que tienen una naturaleza distinta: en el caso de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y de la Normativa para Fondos de Inversión de sus Sociedades Administradoras aprobada por Resolución Administrativa N° 421 de 13 de agosto de 2004, **normas sustantivas** referidas al Derecho Bursátil la primera, cuanto a determinado reglamento para Fondos de Inversión la segunda; mientras que en el caso del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, resulta en una **norma adjetiva** sobre la aplicación de las sanciones establecidas en la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos o regulaciones.

Asimismo, y sin perjuicio del análisis que se realizará en el numeral siguiente, el Decreto Supremo No. 26156 en sus artículos 19 y 20, clasifica de manera precisa a las infracciones generales (aquellas no contempladas en las infracciones específicas) y las infracciones específicas son aquellas descritas y detalladas en dicha normativa, en cuanto a la infracción cometida y la sanción que debe imponerse.

Consiguientemente, no ha existido aquí incumplimiento a los Principios de Sometimiento Pleno a la Ley y de Tipicidad, como mal sugiere la recurrente, al existir norma específica que describe la infracción y el rango de sanción pecuniaria a imponerse.

2.3. Criterios incluyentes sobre las infracciones generales con respecto a las específicas.-

El Recurso Jerárquico establece también que:

"…la ASFI fundamenta legalmente la determinación de emitir una sanción de multa, entre otros, en los Arts. 19 y 20 del Decreto Supremo N° 26156, uno referido (sic) *las* ***infracciones en general*** *y otro* (sic) *las* ***infracciones específicas****. Al respecto, cabe*

aclarar que si se ha establecido la existencia de una infracción, a efectos de poder definir el tipo de sanción que se debe imponer, es fundamental determinar si dicha infracción es de carácter general o si es de carácter específico, y dicha determinación debe estar claramente plasmada en la resolución administrativa que disponga una sanción. Lo contrario importa vulnerar el ***derecho a la defensa y debido proceso****. En virtud a lo señalado, se observa que la ASFI a momento de imponer la sanción ha incumplido los Principios de* ***Legalidad*** *(las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa...) y el de* ***Tipicidad*** *(Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en la leyes* (sic) *y disposiciones reglamentarias)...*"

La impugnación en concreto, está referida a la mención concurrente de los artículos 19º y 20º del Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001 en oportunidad de la Resolución Administrativa ASFI Nº 278/2011 de 16 de marzo de 2011, concretamente la parte que sale a fojas 33, cuando señala:

"*Que, tomando en cuenta las circunstancias atenuantes de la infracción ratificada, corresponde imponer a SANTA CRUZ INVESTMENTS SAFI S.A., la sanción de multa mínima de Primer Rango calculada en bolivianos equivalente a $us500.00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS),* ***en sujeción a*** *lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13,* ***artículo 19*** *y numeral 7, inciso b) del* ***artículo 20*** ***del Decreto Supremo N° 26156 de Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores***…"
(Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es pertinente transcribir el contenido de los mencionados artículos:

"…*ARTÍCULO 19º. (Infracciones* ***en general****).- La Superintendencia aplicará las sanciones según lo dispuesto por el artículo 12 del presente Decreto Supremo en sujeción a los principios señalados en el artículo 3 y las circunstancias previstas en el artículo 11 del presente Decreto Supremo contra toda infracción a la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos.*

ARTÍCULO 20° (Infracciones ***específicas****).-* ***Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior*** *y en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12° del presente Decreto Supremo, y en el marco de lo dispuesto por los artículos 3° y 11° de este mismo Decreto Supremo, la Superintendencia podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes:*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De donde resulta que los artículos 19º y 20º del Decreto Supremo Nº 26156, no constituyen una clasificación excluyente de las infracciones, sino dos criterios (uno especial y otro específico, como dicen los nomen juris de los artículos), sobre la consideración de las mismas a efecto de su sanción: el criterio general como tal, ha de servir de fundamento común para todas las infracciones sancionables, mientras que para cada una de esas infracciones

sancionables debe existir un criterio específico.

En este último sentido existe el precedente de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2010 de 1° de julio de 2010, cuando señala:

> "…*queda claro que el marco sancionatorio para incumplimientos de normativa interna se encuentra claramente detallado por el Decreto Supremo No. 26156 que en su Artículo 20 referente a Infracciones específicas*…"

Así, el artículo 19º establece que en general, la aplicación de las sanciones debe observar las disposiciones de los artículos 3º, 11° y 12º del mismo Decreto Supremo; mientras que el artículo 20º establece que "***sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior***", deban aplicarse los criterios concretos que correspondan a los hechos, actos u omisiones que con ese carácter especial se van a mencionar seguidamente.

Por tanto, la interpretación de los criterios (entre general y especial) para la aplicación de sanciones, que señalan los artículos 19º y 20º del Decreto Supremo N° 26156, no son excluyentes sino que debe darse lectura a los mismos de manera integral, siendo más bien trascendental que una sanción, necesariamente refleja el carácter general (común a todas y cualquiera de las demás) que señala el artículo 19º, encuentre materialización positiva en algún tipo específico de los establecidos por el artículo 20º, y eso se encuentra cumplido a satisfacción cuando la Resolución Administrativa ASFI N° 278-2001 de 16 de marzo de 2011, hace mención oportuna del numeral 7, inciso b) del artículo 20º del precitado Reglamento.

Consiguientemente, no consiste la determinación de la sanción a aplicarse, en "*determinar si dicha infracción es de carácter general o si es de carácter específico*" como erradamente pretende la recurrente, no siendo por ello tampoco atendibles sus alegatos sobre inexistentes vulneraciones al derecho a defensa, o a los principios del debido proceso, legalidad, tipicidad o discrecionalidad reglada.

Considerando el carácter inatendible de los alegatos del recurrente (conforme han sido analizados en los numerales precedentes), subsiste la conclusión señalada, en sentido de que por la adecuación de la infracción a la tipología prevista en el Decreto Supremo N° 26156, determina que no se pueda aplicar la amonestación al caso de autos, por cuanto la misma es la sanción que corresponde a la categoría de infracciones leves, a la cual no se acomoda la conducta por el presente sancionada.

Entonces es aplicable la sanción establecida por la Autoridad Fiscalizadora, de donde resulta que se ha realizado una correcta valoración de la sanción a imponerse, en función a la infracción cometida por el ahora recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, y el artículo 61 de la Ley N°

2341 del Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá CONFIRMAR con alcance total la Resolución Impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 436/2011 de fecha 19 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 278/2011 de fecha 16 de marzo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS 2011

TOMO IV

BOLIVIA

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 458/2011 DE 30 DE MAYO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 058/2011 DE 26 DE OCTUBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 058/2011

La Paz, 26 de octubre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 458/2011 de 30 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 318/2011 de 30 de marzo de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 030/2011 de fecha 31 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 130/2011 de fecha 14 de octubre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 20 de junio de 2011, el señor **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** presentó Resolución Administrativa ASFI N° 458/2011 de 30 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI

Nº 318/2011 de 30 de marzo de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-63629/2011 con fecha de recepción 24 de junio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 458/2011 de 30 de mayo de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 318/2011 de 30 de marzo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 28 de junio de 2011, notificado en fecha 4 de julio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 458/2011 de fecha 30 de mayo de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota ASFI/DSR II/R-13777/2011 de fecha 4 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó con cargos al señor **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** en su calidad de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, en los términos transcritos a continuación:

> *"…Los resultados del Informe ASFI/DSR II/R-136202/2010 de 23 de diciembre de 2010, evidencian inobservancias a las disposiciones de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) de 14 de abril de 1993, así como a la normativa regulatoria emitida por esta Autoridad de Regulación, en cuanto a las operaciones otorgadas a los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya y Marcelo Baya Pradel por $us11.000 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS) y $us2.000 (DOS MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS), registradas ambas con el numero N° 00-34-006562-8.*
>
> *Por lo tanto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, concordante con el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, se le notifica, en su condición de Auditor Interno de la Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso" por el presunto incumplimiento al artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con los artículos 6, inciso a), y 7, incisos i), j), k) y m) numeral iii), ambos de la Sección 6, Capítulo II, Título IV, del Reglamento de Auditor Interno, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber advertido al Directorio, por escrito, sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales incurridas por parte de los administradores de la entidad de intermediación financiera, con relación a las operaciones crediticias antes señaladas.*

En consecuencia, se le otorga un plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 supra citado, para que remita los descargos o explicaciones correspondientes debidamente documentados…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota de fecha 18 de febrero de 2011, presentada en fecha 21 siguiente, el Lic. **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** en su calidad de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, establece los extremos siguientes:

"*…Aunque el informe ASFI/DSR II/R-136202/2010 no ha llegado a está Mutual que dice* (sic) *se refieren a las operaciones de los esposos Ninoschka Liendo de Bayá y Marcelo Bayá, las mismas han sido procesadas por esta Mutual cumpliendo todas su* (sic) *políticas internas y la RNBEF.*

En mi condición de Auditor Interno de Mutual "El Progreso" informo que no he incumplido ninguna de las normas, ni dejado de advertir al Directorio de cualquier hecho de los administradores de la entidad, así como de los pagos de cuotas mensuales siempre atrasadas del préstamo N° 00-34-006562-8. Al fallecimiento de la Sra. Ninoschka Liendo de Bayá en fecha 08-01-08 su cuota ya estaba en mora.

Mi persona ha explicado y entregado personalmente la carta, de la diferencia de la cuota a la Sra. Carmen Ninoschka Liendo de Bayá, quién (sic) *aceptó la explicación, pidiendo ampliación de préstamo por $us. 2.000.- más (fotocopia de la carta).*

Me corresponde aclarar que en ningún punto del artículo 50 de la circular SB/291/99 de 21-06-99, disposición vigente al momento de la suscripción del contrato de préstamo de los esposos Bayá habla de "Al no haber activado el seguro de desgravamen obligatorio", además el principal deudor no ha muerto por lo que no procede referirse a este asunto.

Todos los informes periódicos de mi labor se encuentran en los archivos del Comité de Auditoria (sic) *y de la Junta Directiva…*"

3. INCIDENTES DE PRESCRIPCIÓN Y DE NULIDAD.-

Mediante memorial presentado en fecha 4 de marzo de 2011, el Lic. **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO ROBERTO SILLERICO OVANDO** en su calidad de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, interpone los incidentes de prescripción y de nulidad, con el fundamento siguiente:

"*…FUNDAMENTOS DE HECHO:*

El cargo formulado se encuentra referido al presunto incumplimiento del art. 98 de la Ley

1488 concordante con los Arts. 6-a) y 7-i), j), k) y m) num. III de la Sección 6 – Capítulo II. Título IV del Reglamento del Auditor Interno, según la ASFI, porque supuestamente no habría advertido al Directorio, sobre el incumplimiento de las Normas para Bancos y Entidades en un contrato de préstamo suscrito con Carmen Ninoschka Liendo Ocampo y Marcelo Bayá Pradel, infracción que según los cargos formulados, habría sido cometida el 22 de junio de 2.001, con la protocolización de la escritura pública 162/200 y ratificada el 6 de septiembre de 2006 al haber suscrito el contrato privado de ampliación de crédito.

Lo que quiere decir, (que la observación hecha por su autoridad fue respondida de mi parte con la carta de fecha 18 de febrero de 2011 dentro del tiempo hábil concedido, negando y demostrando documentalmente el supuesto cargo de no "haber advertido al Directorio por escrito sobre incumplimiento de las normas y disposiciones legales incurridas por parte de los administradores de la entidad ...".), que entre la fecha de la comisión de la infracción 6 de septiembre de 2006 (sic) *la fecha de la auditoria* (sic) *en septiembre de 2007 y la fecha de notificación con el cargo formulado, el 11 de febrero de 2011 han transcurrido 3 años y 5 meses.*

A efectos de evaluar las consecuencias jurídicas del paso del tiempo conviene recordar, que su principal consecuencia en derecho, resulta ser la ***prescripción, que no es otra cosa que*** *un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas, en el ámbito del derecho administrativo sancionador correctivo, la* ***prescripción (extintiva*** *o* ***liberatoria)*** *priva al Estado de la posibilidad de imponer sanciones administrativas, cuando el paso del tiempo, ha extinguido la posibilidad de efectivizar tales facultades de manera expresa.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

El 22 de abril de 2002, se ha dictado en Bolivia la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, que sus Arts. 1 y 2 -1 - a), dice:

(Objeto de la Ley).- *La presente Ley tiene por objeto: a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público; b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública; c) Regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados; y, d) Regular procedimientos especiales.*

(Ámbito de Aplicación).I. *La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, la Administración Pública se encuentra conformada por: a) El Poder Ejecutivo, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales, las entidades descentralizadas o desconcentradas y los Sistemas de Regulación SIRESE,* ***SIREFI*** *v SIRENARE; y,*

Entre los principios tutelados por la Ley 2341, conviene citar el art. 4 - k, que dice;

(Principios Generales de la Actividad Administrativa).- *La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: (……) k) Principio de economía, simplicidad y celeridad; Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;*

Por otra parte el Art. 79 de la misma norma refiere:

(Prescripción de Infracciones y Sanciones).- Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. *Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2° de la presente Ley.*

También resulta imprescindible citar los arts. 115 y 116 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que dicen;

Artículo 115. *I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.* ***Artículo 116.*** *I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado. II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.*

SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL DERECHO:

Conforme se ha expuesto en lo precedente, el derecho a la defensa, se encuentra tutelado como una garantía jurisdiccional, por lo tanto tal garantía es aplicables (sic) *también al ámbito administrativo, en ese marco, se entiende que el ejercicio de la defensa es irrestricto, pudiendo el procesado utilizar todos los mecanismos legítimos a su alcance a objeto de hacer valer sus derechos, máxime si como en el caso presente, nos referimos a un procedimiento sancionador, cuyos principios rectores se hallan estrictamente vinculados a los principios del derecho penal, que constituye un ámbito en el que la defensa del imputado es absoluta e irrenunciable.*

En el marco de lo precedente, corresponde hacer notar, que la supuesta infracción se habría cometido con una data de más de 3 años anteriores a la notificación del cargo, lo que significa, que la infracción que se pretende imponer en mi contra, ha prescrito por mandato expreso del Art. 79 de la Ley 2341, dicha norma exige sólo dos años para que se operare la prescripción extintiva, en el caso concreto, el periodo de tiempo exigido por ley, se halla vencido con creces, por lo que corresponde se declare

prescrita la infracción formulada en mi contra.

SOBRE LA NECESIDAD DEL PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.-

El Incidente de prescripción, por su naturaleza, al ser opuesto en contra del cargo principal formulado, es accesorio al procedimiento administrativo sancionador y no puede ser resuelto de forma separada al acto administrativo principal, tal razonamiento se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en la ratio decidendi de la Sentencia Constitucional Nº 0205/2006-R de 7 de marzo de 2006, ha manifestado, respecto a la prescripción opuesta dentro de un procedimiento administrativo;

"En ese supuesto, la petición de ***prescripción*** *del contribuyente ejecutado, no puede ser considerada un nuevo* ***procedimiento administrativo,*** ***pues es una cuestión accesoria al procedimiento administrativo principal*** *de ejecución del adeudo tributario ejecutoriado; en consecuencia, la autoridad tributaria tiene la obligación de declarar la prescripción o negarla en forma fundamentada, como corresponde en un Estado Constitucional, evitando dilaciones indebidas que lesionan los derechos de las personas; dado que ningún acto de autoridad o funcionario público puede quedar libre del control mediante vías de impugnación del mismo, en materialización del derecho a la segunda instancia, y que aún en vía judicial existe la apelación incidental contra los actos dictados en ejecución de sentencia; el acto por medio del cual la autoridad tributaria acepta o rechaza la prescripción, debe ser recurrible por medio de los recursos establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, conforme dispone expresamente su art. 56."*

En ese entendido, resulta imprescindible que su probidad resuelva la prescripción, de manera conjunta con la evaluación de descargos de fondo, a objeto de no vulnerar el Art. 4 - k) de la Ley 234, pues si se dicta una resolución de prescripción, separada mediante una resolución impugnable por la vía del Recurso de Revocatoria, con anterioridad o posterioridad a la emisión de la Resolución Sancionatoria que también es susceptible de impugnación por las mismas vía (sic)*, se ocasiona perjuicios al administrado y al mismo Estado y se vulnera y afecta el principio de economía, simplicidad y celeridad establecido en el artículo 4 inc. k) de la Ley de Procedimiento Administrativo, aplicable por disposición del artículo 74 del Código Tributario.*

PETITORIO

Por lo expuesto, en lo precedente, al amparo del art. 79 de la Ley 2341, en la vía incidental administrativa, opongo prescripción en contra del cargo formulado mediante nota cite SFI/DSR II/R-13777/2011 de 4 de febrero de 2011, impetrándole declare probado el incidente dictando acto administrativo declarando prescrita la infracción imputada.

Otrosí.- *Sin perjuicio del incidente anterior, también opongo incidente administrativo de nulidad, pues la nota mediante la cual se me formula cargos, carece de*

fundamentación fáctica, sobre que (sic) *elementos materiales de mí conducta habrían provocado la infracción, el cargo se limita a citar hechos y normas de orden público supuestamente transgredidas, no obstante, el* (sic) *carece del elemento explicativo que establezca la conexión entre la conducta y el derecho aplicable, nótese además que sólo se cita las normas y no se describe de qué forma se habrían quebrantado, como consecuencia el cargo formulado carece de fundamentación y vulnera mi derecho constitucional a la defensa, pues tal ausencia de fundamentos es contraria al debido proceso, así lo ha entendido la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1647/2004-R de 11 de octubre de 2004, ha establecido en su ratio decidendi respecto a la fundamentación de las resoluciones;*

"III.4. Por otra parte, corresponde recordar, que el derecho al debido proceso, exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada, en cuyo mérito, el juez o tribunal, a tiempo de dictar una Resolución debe, inexcusablemente, al margen de exponer los hechos, realizar la fundamentación jurídica y citar las normas que sustentan la parte resolutiva del fallo; extremo que no aconteció en el caso que se examina, por cuanto, la autoridad recurrida, al pronunciar la Resolución impugnada, se limitá (sic) *hacer una relación de antecedentes, sin precisar las razones que motivaron su decisión de extinguir la acción penal simple y llanamente, dejando en la incertidumbre a la víctima y a los demás involucrados, en cuanto a las emergencias de esta decisión y fundamentalmente sobre el curso a seguir respecto a los demás sindicados; por lo que resulta evidente, que el Auto de Vista impugnado que revocó la Resolución apelada, carece de las condiciones de validez necesarias, omisión que constituye una vulneración al debido proceso y a la seguridad jurídica previstos en los arts. 7 inc. a) y 16.1V de la CPE, entendida esta última por la amplia jurisprudencia constitucional como "la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuales* (sic) *son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. En consecuencia, es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todos, el disfrute del ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que reconocen la Constitución y las Leyes". Así señala la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Constitucional, contenida en las SSCC 223/2000-R, 554/2000-R, 309/2002-R, 489/2003-R, 917/2003-R, entre otras.*

La correcta formulación del cargo, se halla también contenida en el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica e implica que esta ausencia de fundamentación vulnera el debido proceso y por lo tanto, es contraria a la CPEPB, lo que implica su expresa nulidad, conforme lo determina el Art. 35 - d) de la Ley 2341.

En tal sentido, opongo incidente de nulidad; de notificación de cargos, tramite (sic) *463694, impetrándole dicte nuevo resolución* (sic), *con la debida fundamentación causal entre hechos y derechos…"*

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 318/2011 DE 30 DE MARZO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI/Nº 318/2011 de fecha 30 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve los incidentes opuestos por el Lic. **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** en su condición de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, y sanciona al mismo, bajo los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, ingresando al análisis de los descargos presentados por el señor Roberto G. Sillerico O., se advierte "prima facie" que invoca incidentes de prescripción y nulidad, aspecto que merece un pronunciamiento previo:

1. INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN.

En lo que respecta al incidente de prescripción opuesto por el señor Roberto Sillerico, en el que señala que los cargos formulados se fundamentan en hechos ocurridos entre el 6 de septiembre de 2006 y la auditoria de septiembre de 2007, por cuanto procede la prescripción del cargo notificado, se considera la siguiente cronología:

i. La Mutual suscribió un contrato de préstamo con los señores Bayá por $us11,000.00, el mismo que fue protocolizado mediante Escritura Pública Nº 162/2001 de 22 de junio de 2001.

ii. El de 6 de septiembre de 2006, con reconocimiento de firmas del 7 de septiembre de 2006, la entidad otorgó nuevo (sic) *crédito por $us2, 000.00 a favor de los prestatarios.*

iii. Mediante nota de 5 de enero de 2007 la señora Ninoschka Liendo de Bayá hace conocer a la Mutual su preocupación por la situación de su deuda, toda vez que, a pesar de haber cancelado la misma durante más de 5 años, únicamente se habría amortizado a capital un monto aproximado de $us2,000.00.

iv. La Mutual responde mediante nota E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007 indicando la existencia de un error por parte de un ex funcionario al fijar una cuota de $us140.00 cuando en realidad correspondía el cobro de una cuota mensual de $us210.00. Dicha carta, según declaración expresa, fue puesta en conocimiento y explicada por el mismo Auditor Interno, señor Roberto Sillerico O., quien a partir de este hecho conoció la irregularidad denunciada.

v. Del mismo modo, según memorial de 4 de marzo de 2011, el Auditor Interno reconoce haber efectuado el trabajo de auditoría en el mes de

septiembre de 2007.

vi. Tanto el cónyuge supérstite como las hijas de los señores Bayá Liendo, presentan denuncia ante esta Autoridad de Fiscalización el 30 de marzo de 2009, fecha a partir de la cual se han iniciado todos los procesos investigativos correspondientes bajo el principio de Verdad Material de los hechos.

vii. En tal sentido, en base a la documentación proporcionada por ambas partes, se procedió con la notificación de cargos en contra del Auditor Interno mediante nota ASFI/DSR II/R-13777/2011 de 4 de febrero de 2011.

viii. Por otra parte, en la cronología de eventos y acciones asumidas por la Autoridad Administrativa, se debe considerar que, según informe ASFI/DSR II/R-136202/2010 de 23 de diciembre de 2010, se han emitido diferentes actos administrativos, los mismos que ponen de manifiesto el accionar continuo y permanente del Ente Regulador en cuanto al presente caso.

De la cronología planteada, se establece que la infracción cometida por el Auditor no se puede definir como de tracto único, toda vez que, a partir del incumplimiento de sus obligaciones de control interno, la Mutual habría inobservado sucesivamente las cláusulas y condiciones contractuales pactadas, toda vez que la entidad comunicó a los prestatarios la vigencia de una nueva cuota mensual de $us210.00 situación discordante con lo estipulado en la Escritura Pública N° 162/2011.
Sin embargo de lo anterior, a pesar del reclamo manifestado por la señora Liendo de Bayá, la entidad mantuvo el cobro de una cuota que no fue contractualmente pactada, sin que el Auditor Interno, pese a tener conocimiento, identifique y recomiende, hasta la fecha, medida correctiva alguna.

Al respecto, se debe considerar que la denuncia de irregularidades fue planteada ante esta Autoridad de Supervisión por la familia Baya el 30 de marzo de 2009, situación que habría interrumpido todo plazo de prescripción, conforme lo establece la ratio dicidendi contenida en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, el cual establece que los plazos de prescripción se interrumpen, cuando se trata de denuncias a instancia de parte, a partir de la formulación de la denuncia y no así desde la notificación de cargos, considerando el siguiente análisis:

> *"(...) Por ello efectuando una interpretación sistemática y teleológica tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo así como del Derecho Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 - Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI -, y aplicando el* ***principio de inexcusabilidad*** *expresado en el Artículo 52, parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:*

- *El Artículo 11, parágrafo II, de la Ley Adjetiva Administrativa determina que "Cualquier persona podrá intervenir corno denunciante, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención". En el mismo sentido, el Artículo 16 literal b) de la citada Ley manifiesta que toda persona tiene derecho "A iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos", de igual manera, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que "Los procedimientos Administrativos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada" precepto concordante con el Artículo 41 de la mencionada Ley y aplicables a los procedimientos sancionatorios por previsión del Artículo 80 de la supra citada norma jurídica.*

- *Por su parte, el Artículo 15 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 dice que "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por Ley (...)". Así, el artículo 65 del referido Decreto Supremo expresa que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo,* ***de oficio o a denuncia,*** *investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos* ***susceptibles de iniciación del procedimiento.*** *Finalmente según el artículo 66, parágrafo I, del ya citado Decreto Supremo nos señala que* ***"Establecida la existencia de infracciones,*** *el Superintendente respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos imputados (...)"*

- *De las normas antes desarrolladas, y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las personas naturales o jurídicas de poder presentar solicitudes y eventualmente denuncias respecto a las posibles conductas ilegales de los sujetos regulados por el Sistema de Regulación Financiero y la obligación de la Administración Pública -en lo particular a los Superintendentes del SIREFI- de atender dichas solicitudes o denuncias y, en este último caso, investigar la comisión de las posibles infracciones acusadas.*

En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria ***quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador respectivo,*** *y no así con la notificación de cargos, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de la denuncia -si es a instancia de parte- siendo la mencionada notificación de cargos un*

acto dentro del procedimiento que se origina a consecuencia de la acusación formulada (Artículo 65 del Decreto Supremo No. 27175 de15 de septiembre de 2003)".

Bajo el criterio planteado por el Auditor Interno de la Mutual, y considerando que el trabajo de auditoría fue realizado en el mes de septiembre de 2007, hasta la presentación de la denuncia el 30 de marzo de 2009 (Interrupción de la prescripción) no se habrían cumplido los 2 años conforme lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341, teniendo en consideración que la Notificación de Cargos está relacionada con el incumplimiento a las funciones del Auditor Interno al no haber advertido al Directorio, por escrito, sobre los errores operativos observados en los procesos crediticios de los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá y Marcelo Bayá Pradel, aspecto que debió formar parte del informe de auditoría antes señalado.

Por lo precedentemente expuesto, el informe ASFI/DSR II/R-33388/2011 de 28 de marzo de 2011 recomienda rechazar el incidente administrativo de prescripción opuesto por el Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", señor Roberto Sillerico O.

2. INCIDENTE DE NULIDAD.

Con relación al incidente administrativo de nulidad, impetrado por el Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", se debe considerar lo siguiente:

- *En una primera instancia es necesario considerar que la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 manifiesta lo siguiente:*

***"ARTICULO 35°.- (NULIDAD DEL ACTO)**.*

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;

b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;

c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;

d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y,

e) Cualquier otro establecido expresamente por ley.

II. Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los

recursos administrativos previstos en la presente Ley".

Considerando los alcances de la Ley N° 2341 en cuanto a "nulidad" se refiere, se debe considerar que el recurso incidental de nulidad contra la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-13777/2011 de 4 de febrero de 2011, es legalmente inaplicable al no configurarse ninguna de las causales de nulidad dispuestas por Ley.

Al respecto, cabe considerar que, conforme se tiene establecido en el inciso e), acápite I del artículo 35 de la referida Ley N° 2341, la nulidad debe estar expresamente prevista en la Ley, aspecto que, conforme el incidente planteado por el señor Roberto Sillerico, no se encuentra previsto ni contemplando dentro del procedimiento administrativo correspondiente. Por su parte, la anulabilidad obedece a actos administrativos que incurren en infracciones al ordenamiento jurídico por acciones distintas a las definidas en la nulidad. La anulabilidad es aplicable cuando el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión del interesado, aspectos que tampoco concurren en el presente caso.

Por otra parte, la referida notificación de cargos, de forma sucinta, expone el derecho vulnerado y la relación con el accionar correspondiente del administrado, considerando el derecho a la legítima defensa del mismo. Asimismo, cabe considerar que la falta de acción por la que fue notificado el señor Roberto Sillerico se encuentra expresamente tipificado en la normativa impetrada, por otra parte, a los efectos de la valoración legal correspondiente, se evidencia que el Auditor Interno de la Mutual en ningún momento solicitó aclaración de la notificación de cargos o requirió se le notifique con el informe que respalda la misma, por cuanto no se observa vulneración al derecho del administrado a su legítima defensa.

En el marco del cargo notificado, se tomó conocimiento de la carta de 18 de febrero de 2011, por la cual el Auditor Interno claramente responde al cargo notificado, por cuanto se establece una clara comprensión de los extremos manifestados en la referida Notificación así como la aplicación del derecho a la legítima defensa empleado por el mismo quien, al tenor del memorial presentado el 4 de marzo de 2011, reconoce y da valor legal al acto administrativo al mencionar textualmente lo siguiente:

> *"(...) que la observación hecha por su autoridad fue respondida de mi parte con la carta de fecha 18 de febrero de 2011 dentro del tiempo hábil concedido, negando y demostrado documentalmente el supuesto cargo de no "haber advertido al Directorio por escrito sobre incumplimiento de las normas y disposiciones legales incurridas por parte de los administradores de la entidad" (…)"*

Se debe considerar que, en el ámbito de la legítima defensa que se argumenta habría sido vulnerada, el Auditor Interno mantiene el derecho de petición que la Ley del Procedimiento Administrativo y su reglamentación le reconoce, más aún si se considera que, independientemente de los descargos presentados en una primera instancia, en

aplicación del principio de Verdad Material, esta Autoridad de Fiscalización, de oficio, procedió con la Apertura de término probatorio, precautelando de esta manera el derecho a la defensa del señor Roberto Sillerico.

También cabe aplicar el principio de Convalidación que consiste en que la persona que se considere perjudicada por el supuesto defecto lo acepte, de modo expreso o tácito, o si éste se conduce en el proceso como si hubiere tomado conocimiento del presunto vicio sin denunciar tal hecho o sin pedir formalmente la nulidad procesal en la primera oportunidad que tuvo, da valor legal a dicho acto. En ese marco, considerando que, al haber dado respuesta a los extremos notificados mediante nota de 18 de febrero de 2011, el señor Roberto Sillerico ha convalidado los actos administrativos emitidos por esta Autoridad de Supervisión, razón por la que, el informe Técnico Legal ASF/DSR II/R-33388/2011 de 28 de marzo de 2011 recomienda rechazar el recurso interpuesto de nulidad, manteniendo firme y subsistente el acto administrativo notificado.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas...

> *5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de directores, síndicos y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente que sólo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada".*

Que, el artículo 100 de la Ley N° 1488 dispone que: "Los auditores internos y externos calificadores de riesgo, peritos tasadores y evaluadores de entidades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, que en el cumplimiento de sus funciones para las cuales han sido contratados, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas con relación a las entidades financieras al Banco Central de Bolivia y a las Superintendencias de Bancos y Entidades Financieras, de Pensiones, Valores y Seguros, y de Recursos Jerárquicos serán sancionados por la Superintendencia respectiva, de acuerdo a la presente Ley y sus normas reglamentarias, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por Ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar".

Que el artículo 102 de la citada Ley N° 1488 establece lo siguiente: "Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99°, serán aplicables a la institución

financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse".

Que, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) se establece que: "Son atribuciones de la Superintendencia: (...)

> *10. Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando estas infrinjan las disposiciones legales".*

Que, el artículo 1, Sección 9, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades financieras (sic) *establece que: "El incumplimiento de lo dispuesto en el presente reglamento conlleva a sanciones según lo dispuesto en el Capítulo II, Título VIII de la LBEF y Reglamento de Sanciones Administrativas Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Los auditores internos que en el cumplimiento de sus funciones, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas con relación a la entidad de intermediación financiera, al BCB, a la SBEF, a la SPVS y a la Superintendencia General del SIREFI, serán sancionados conforme se establece en el Artículo 100° de la LBEF y el Reglamento de Sanciones Administrativas de la SBEF, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar".

Que, en tal sentido, el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras señala que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el Superintendente, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

Que, el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), señala: "La responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos. Es obligación de los síndicos, inspectores de vigilancia y fiscalizadores internos, advertir a los accionistas, socios y asociados, por escrito, sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, por parte de los directores y administradores de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, con comunicación a la Superintendencia. Los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de

las normas y disposiciones legales.

Quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, no sólo deben realizar funciones relacionadas con la fiscalización de los aspectos contables, sino también vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la presente Ley, sus normas reglamentarias y de las disposiciones de la Superintendencia, en todos los niveles de decisión y gobierno de la entidad.

Los miembros de los órganos de control y vigilancia, ejercerán sus funciones y atribuciones, sin intervenir, ni obstaculizar, la gestión administrativa de la entidad.".

Que, la Sección 6, Capítulo II, Título IV contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 6° - Responsabilidad del auditor interno.-*** *El Auditor interno es responsable de informar inmediata y directamente al Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia y al Directorio según corresponda, de manera simultánea, los resultados de su trabajo, en los cuales se hayan encontrado hechos importantes que impliquen o requieran una acción inmediata para su corrección o prevención.*
>
> *Además de lo anterior, el auditor interno tiene como mínimo las siguientes responsabilidades:*
>
> *a) Que la Unidad de Auditoría Interna realice las labores según el Plan Anual de Trabajo en tiempos y condiciones eficientes*
>
> ***Artículo 7° - Funciones.-*** *Las funciones que como mínimo debe cumplir el Auditor Interno son las siguientes:*
>
> *(...)*
>
> ***i)*** *Vigilar el cumplimiento de las disposiciones emanadas por la Junta General de Accionistas, Asamblea de Socios o Asociados, según corresponda, el Directorio, Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia o el Comité de Auditoría, en los casos que corresponda.*
> ***j)*** *Evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera, que incluye el cumplimiento de:*
>
> - ***i.*** *LBEF*
> - ***ii.*** *Normativa y disposiciones vigentes*
> - ***iii.*** *Disposiciones emitidas por la SBEF*
> - ***iv.*** *Regulación emitida por otros organismos de regulación, supervisión y control*
> - ***v.*** *Políticas, manuales, procedimientos y demás normas internas*
>
> ***k)*** *Efectuar el seguimiento permanente a la implementación de las*

recomendaciones formuladas por la SBEF, por los Auditores Externos y por la propia Unidad de Auditoría Interna. (...)

m) *El Auditor Interno deberá presentar al Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia y al Directorio, según corresponda, como mínimo, los siguientes informes:*

- ***i.*** *Al final de cada ejercicio, un informe de la situación financiera de la entidad, en el que se analice la naturaleza y estado del Balance General, el comportamiento y monto final de las cuentas de resultados y las utilidades. Este informe deberá contener las comparaciones necesarias de las cifras del ejercicio cerrado con las de ejercicios anteriores, que permitan apreciar el dinamismo y avance de las operaciones de la entidad de intermediación financiera.*
- ***ii.*** *Trimestralmente, un informe del cumplimiento del Plan Anual de Trabajo.*
- ***iii.*** *Los informes que sobre asuntos específicos se le soliciten, o que considere que deben ser atendidos por el Directorio y/o el Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia.*

Los informes escritos de todo trabajo de auditoría realizado por la Unidad de Auditoría Interna deberán estar, en todo momento, a disposición del Directorio, Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia, Gerencia General y órganos internos de control...

CONSIDERANDO:

Que, los descargos presentados por el Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso" no desvirtúan los cargos notificados por el incumplimiento a las disposiciones de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo a los siguientes extremos:

A. "(...) En mi condición de Auditor Interno de Mutual "El Progreso" informo que no he incumplido ninguna de las normas, ni dejado de advertir al Directorio de cualquier hecho de los administradores de la entidad, así como de los pagos de cuotas mensuales siempre atrasadas del préstamo N° 00-34-006562-8. Al fallecimiento de la Sra. Ninoschka Liendo de Baya en fecha 8-01-08 su cuota ya estaba en mora.

Mi persona ha explicado y entregado personalmente la carta, de la diferencia de la cuota a la Sra. Carmen Ninoschka Liendo de Baya, quien aceptó la explicación pidiendo ampliación de préstamo por $us. 2.000.- más (fotocopia de carta)..."

Al respecto, se considera que:

- *La nota de 5 de enero de 2007, dirigida al Lic. Félix Sangüeza, Gerente de Mutual "El Progreso", por la que la señora Ninoschka Liendo de Bayá expone a la entidad que dentro del crédito que se encontraba cancelando por 5 años y 5 meses: "...mi saldo deudor arrojaba el monto de $us. 8.963.21. lo que me hace evidenciar que a la fecha, del crédito original sólo habría cancelado $us. 2000 y que en el plazo original concedido, del que me restarían 2 años, no concluiré con el pago, tal como estaba previsto..." se observa el proveído de 6 de enero de 2007, registrado en la carta de 5 de enero de 2007 remitido por la señora Ninoschka Liendo de Baya al Gerente de la Mutual, en el cual esta instancia dispone que el Auditor Interno elabore el estado de cuenta correspondiente a la observación cursante en dicha nota.*

- *La carta E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007, en el que la Entidad manifiesta que: "(...) El préstamo de $us. 11.000 concedido en fecha 5-7-2001 para 7 años debió tener una cuota mensual de $us. 210.-, sin embargo por error del funcionario de entonces Sr. Freddy Solíz se fijo sólo $us. 140.- como cuota mensual, de manera que pagando esa cuota mensual se ha pagado de menos al capital cada mes, permitiendo que el tiempo se alargue dejando aún un saldo significativo, lo que se puede corregir mejorando las amortizaciones a capital de $us. 70- no pagadas de menos mensualmente, según afirmación del Auditor Interno, quien tuvo también oportunidad de darle una información verbal...". Cabe señalar que dicha nota cuenta con el sello y firma del Auditor Interno en constancia de notificación a la prestataria.*

En consecuencia, se establece que el Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso" pese a conocer la situación irregular del crédito otorgado a los esposos Baya Liendo, se habría limitado a requerir de los prestatarios un mayor pago para la amortización de la deuda, sin advertir al Directorio sobre las posibles contingencias que dicha irregularidad podía acarrear a la entidad.

Adicionalmente, se debe considerar que, en la referida nota existe un reconocimiento expreso acerca del error operativo en el que habría incurrido la Mutual, teniendo en cuenta que, a pesar de haberse suscrito un contrato en el que se establece el pago de una cuota de $us140.00, el Gerente General y el Auditor Interno reconocen el señalado error en la consignación de la referida cuota, situación que, según los señalados ejecutivos, podía regularizarse con el pago de una cuota adicional de $us70.00, medida que modifica los términos contractualmente pactados, contraviniendo las disposiciones del artículo 42 de la Ley N° 1488, situación que no ha sido observada y menos puesta a consideración del Directorio por parte del Auditor Interno.

Dicha inobservancia a las disposiciones legales por parte de la Mutual, así como la evidente falta de advertencia de parte del Auditor Interno sobre los incumplimientos evidenciados por esta Autoridad de Fiscalización, ha merecido la emisión de la Resolución Sancionatoria ASFI N° 262/2011 de 9 de marzo de 2011 en contra de la

entidad, situaciones que debieron ser advertidas e informadas por Auditoría Interna tanto al Comité de Auditoría como al Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso".

Asimismo, se debe considerar que, una vez evidenciado el error y establecida la necesidad de modificar la cuota contractual, se debió proceder con la modificación de la Escritura Pública 162/2001, a través de la suscripción de una Adenda u otro contrato situación que tampoco aconteció.

Por lo antes referido, se establece que el Auditor Interno tomó conocimiento tanto de las denuncias planteadas por la familia Baya Liendo así como del error operativo en el que la entidad de intermediación financiera incurrió al momento de suscribir el contrato de préstamo protocolizado mediante Escritura Pública 162/2001.

En cuanto a la afirmación de que la Sra. Carmen Ninoschka Liendo de Bayá ante la explicación planteada por el Auditor Interno de la Mutual, habría procedido a solicitar la ampliación del préstamo por $us2, 000.00 adicionales, se debe considerar que la ampliación de préstamo se produce mediante contrato privado de 6 de septiembre de 2006, con reconocimiento de firmas del 7 de septiembre de 2006, es decir, con cuatro meses de antelación a la observación remitida por la prestataria.

> *B. "(...) Me corresponde aclarar que en ningún punto del artículo 50 de la circular SB/291/99 de 21-06-99, disposición vigente al momento de la suscripción del contrato de préstamo de los esposos Bayá habla de "Al no haber activado el seguro de desgravamen obligatorio", además el principal deudor no ha muerto por lo que no procede referirse a este asunto..."*

Al respecto, se debe considerar que:

- *El argumento planteado por el Auditor Interno no forma parte de los cargos notificados.*

- *El artículo 50 de la citada Circular SB/291/99, no establece el procedimiento que deben observar las entidades en cuanto a la activación del Seguro de Desgravamen Hipotecario de Vivienda. Sin embargo dicha normativa establece la obligatoriedad de las entidades de contar, en la Carpeta de Crédito del cliente con la póliza de seguro debidamente endosada a nombre de la entidad de intermediación financiera y vigente.*

- *En cuanto a la afirmación de que el principal deudor no habría fallecido nuevamente se observa un argumento incongruente con los cargos notificados, sin embargo de ello, se debe considerar que el crédito, al ser suscrito por ambos prestatarios, considera a ambas personas como codeudores de la obligación principal, siendo ambos beneficiarios, en igualdad de condiciones, del seguro de Desgravamen Hipotecario. Cabe considerar que este Órgano de Fiscalización en*

ningún momento observó la forma de pago del seguro sino, por el contrario, la falta de constitución del mismo, situación que tampoco fue advertida por el Auditor Interno.

C. Respecto a la prueba documental adicional remitida mediante nota de 14 de marzo de 2011, se observa que la misma está referida únicamente a fotocopias simples de las Actas del Comité de Auditoría en el que se establece el seguimiento a las cobranzas judiciales que encara la Mutual, específicamente lo relacionado con los prestatarios Bayá Liendo.

Dicha documentación no tiende a desvirtuar el cargo notificado, toda vez que las actas adjuntas no hacen referencia alguna a los errores operativos en la otorgación de los créditos antes mencionados.

Que, bajo los argumentos antes señalados, al no haber desvirtuado los cargos notificados, el señor Roberto G. Sillerico O., Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", se debe sujetar a las sanciones que disponga el Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, para la gradación de la sanción, se ha considerado la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a ser impuesta por los hechos imputados y la responsabilidad exigida, para lo cual, conforme lo dispone la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, se establecen los siguientes elementos concurrentes: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Que, la referida Resolución SIREFI RJ 014/2008 establece que, a efectos de establecer la gravedad del hecho y la sanción a ser aplicable, además de la normativa expresa se deben considerar los siguientes elementos: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión.

Que, para los efectos de la gradación entre el hecho que genera el proceso sancionatorio y la sanción a ser impuesta se consideran los siguientes elementos:

***Tipificación.** Se evidencia el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), así como la reglamentación específica dispuesta en los artículos 6, inciso a), y 7, incisos i), j), k) y m) numeral*

iii),Sección 6, Capítulo II, Título IV contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, toda vez que el Auditor Interno de la Mutual al tomar conocimiento de los hechos denunciados por los señores Baya Liendo no habría advertido al Comité de Auditoría o al Directorio sobre los errores operativos cometidos por funcionarios de la entidad así como tampoco emitió pronunciamiento al respecto para su subsanación.

Calificación. *Constituye una actividad complementaria e inseparable de la tipificación que consiste en el encuadramiento de las infracciones a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), concordante con los artículos 101 y 102 del mismo cuerpo normativo.*

- *Infracciones u omisiones leves.*
- *Infracciones u omisiones pasibles de sanción pecuniaria.*

Con la calificación se establece un parámetro que constituye una primera delimitación de la cuantía sancionatoria a imponer. Bajo el criterio precedente, conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la inobservancia a las disposiciones legales circunscribe la conducta del Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", en el ámbito de infracciones u omisiones pasibles de una sanción pecuniaria, conforme lo establecido en el artículo 102 del antes mencionado cuerpo legal.

Gradación. *Calificada la infracción como pasibles* (sic) *a una sanción pecuniaria, surge otro parámetro delimitador de la discrecionalidad sancionadora mediante la cual y siguiendo las pautas legales del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488, se debe clasificar la infracción y la consiguiente sanción en atención a los elementos configurativos como la negligencia, imprudencia, culpa, dolo y daño económico o perjuicio producido por la conducta infractora del regulado.*

Se tiene que las infracciones u omisiones leves estarán conformadas por los siguientes elementos:

Negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad.

Inexistencia de daño económico o perjuicio a la entidad financiera, ni sus clientes sean sujeto de regularización.

En tanto que las infracciones u omisiones pasibles de una sanción pecuniaria por su parte, están constituidas por los siguientes elementos:

Negligencia o imprudencia imputable al funcionario que debió evitarse.

Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse observado el cumplimiento de las disposiciones legales, se

configuran acciones negligentes e imprudentes atribuibles al Auditor Interno como responsables de la verificación del control interno. Asimismo, se evidencia que por efecto del incumplimiento a sus obligaciones se ha producido un daño económico, tanto a los prestatarios como a la misma entidad de intermediación financiera, ocasionando perjuicio a ambas partes. En tal sentido, a los fines de las sanciones a ser aplicadas, se debe considerar el grado de responsabilidad del Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso" en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

Modulación. *Conforme lo establece el numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), es atribución del Ente Fiscalizador sancionar a las personas naturales sujetas al ámbito de su administración considerando el rango de discrecionalidad de hasta 5 veces la remuneración mensual percibida.*

A tales efectos, conforme lo dispuesto en el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se ha considerado que el accionar del Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", revistió un riesgo operativo y de control interno que afectó la seguridad jurídica de la operación crediticia de sus clientes así como de la propia entidad. Adicionalmente al análisis expuesto, se considera que el Auditor Interno de la Mutual no ha sido sancionado con anterioridad por faltas similares…"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Rechazar los incidentes de Prescripción y Nulidad interpuestos mediante memorial presentado el 4 de marzo de 2011, al establecerse que los mismos no se circunscriben a los antecedentes del proceso ni al ámbito de aplicación de los artículos 79 y 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la parte argumentativa de la presente Resolución.*

SEGUNDO.- *Sancionar al señor* ***ROBERTO G. SILLERICO O.,*** *en su condición de* ***AUDITOR INTERNO*** *de la* ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",*** *con multa equivalente a una vez su remuneración total mensual por el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), y su reglamentación contenida en los artículos 6, inciso a), y 7, incisos i), j), k) y m) numeral iii), Sección 6, Capítulo II, Título IV contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por el incumplimiento de sus funciones al no haber advertido a los asociados, por escrito, sobre las deficiencias observadas en los procesos crediticios de los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya y Marcelo Baya Pradel, que habrían sido cometidas por los administradores de la entidad de intermediación financiera no bancaria.*

TERCERO.- *La multa impuesta deberá depositarse dentro los siguientes 15 días hábiles*

posteriores a la notificación con la presente Resolución en la cuenta N° 1-4678352 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Unión S.A., bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir la papeleta de depósito correspondiente en el transcurso de dicho plazo.

***CUARTO.-** Poner en conocimiento del Directorio y la Asamblea de Asociados de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",** de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia del Acta respectiva, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas a partir de su protocolización…*"

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial fechado en 29 de abril de 2011, el Lic. **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** en su condición de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 318/2011 de fecha 30 de marzo de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…***FUNDAMENTOS DE HECHO***:

El cargo formulado se encuentra referido al presunto incumplimiento del art. 98 de la Ley 1488 concordante con los Arts.6 - a) y 7-i), j), k) y m) num. III de la Sección 6 - Capítulo II. Título IV del Reglamento del Auditor Interno, según la ASFI, porque supuestamente no habría advertido al Directorio, sobre el incumplimiento de las Normas para Bancos y Entidades en un contrato de préstamo suscrito con Carmen Ocampo y Marcelo Bayá, infracción que según los cargos formulados, habría sido cometida el 22 de junio de 2001, con la protocolización de la escritura pública 162/200 y ratificada el 6 de septiembre de 2006 al haber suscrito el contrato privado de ampliación de crédito.

Lo que quiere decir, que entre la fecha de la comisión de la infracción 6 de septiembre de 2006 (sic) *la fecha de la auditoria* (sic) *en septiembre de 2007 y la fecha de notificación con el cargo formulado, el 11 de febrero de 2011 han transcurrido 3 años y 5 meses.*

*A efectos de evaluar las consecuencias jurídicas del paso del tiempo conviene recordar, que su principal consecuencia en derecho, resulta ser la **prescripción, que no es otra cosa que** un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas, en el ámbito del derecho administrativo sancionador correctivo, la **prescripción (extintiva** o **liberatoria)** priva al Estado de la posibilidad de imponer sanciones administrativas, cuando el paso del tempo, ha extinguido la posibilidad de efectivizar tales facultades de manera expresa.*

***FUNDAMENTOS DE DERECHO**.-*

El 22 de abril de 2002, se ha dictado en Bolivia la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, que sus Arts. 1 y 2 -1 - a), dice:

(Objeto de la Ley).- *La presente Ley tiene por objeto: a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público; b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública; c) Regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados; y, d) Regular procedimientos especiales.*

(Ámbito de Aplicación). I. *La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, la Administración Pública se encuentra conformada por: a) El Poder Ejecutivo, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales, las entidades descentralizadas o desconcentradas y los Sistemas de Regulación SIRESE,* ***SIREFI*** *y SIRENARE; y,*

Entre los principios tutelados por la Ley 2341, conviene citar el art. 4 - k, que dice;

(Principios Generales de la Actividad Administrativa).- *La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: (……) k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;*

Por otra parte el Art. 79 de la misma norma refiere:

(Prescripción de Infracciones y Sanciones).- ***Las infracciones prescribirán en el término de dos años.*** *Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2º de la presente Ley.*

También resulta imprescindible citar los arts. 115 y 116 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que dicen;

Articulo 115. *I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.* ***Articulo 116.*** *I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado. II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.*

SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL DERECHO:

Conforme se ha expuesto en la formulación de descargos, el derecho a la defensa, se encuentra tutelado como una garantía jurisdiccional, por lo tanto tal garantía es aplicable también al ámbito administrativo, en ese marco, se entiende que el ejercicio de la defensa es irrestricto, pudiendo el procesado utilizar todos los mecanismos legítimos a su alcance a objeto de hacer valer sus derechos, máxime si como en el caso presente, nos referimos a un procedimiento sancionador, cuyos principios rectores se hallan estrictamente vinculados a los principios del derecho penal, que constituye un ámbito en el que la defensa del imputado es absoluta e irrenunciable.

En el marco de lo precedente, corresponde hacer notar, que la supuesta infracción se habría cometido con una data de más de 3 años anteriores a la notificación del cargo, lo que significa, que la infracción que se pretende imponer en mi contra, ha prescrito por mandato expreso del Art. 79 de la Ley 2341, dicha norma exige sólo dos años para que se operare la prescripción extintiva, en el caso concreto, el período de tiempo exigido por ley, se halla vencido con creces, por lo que corresponde se declare prescrita la infracción formulada en mi contra.

No obstante su probidad se ha negado a declarar prescrita la sanción, con fundamentos de hecho que no enervan los fundamentos de derecho expuestos en lo precedente:

1. *Según usted la infracción del orden administrativo no es de tracto único sino de tracto sucesivo, lo que no es evidente, pues objetivamente el acaecimiento de la infracción tiene fechas concretas y si bien la Mutual siguió con el cobró* (sic) *del adeudo, ese extremo no tiene que ver con mi actividad como auditor, pues en caso de haber cometido el error, este sólo es un momento particular dentro de la operación crediticia, existiendo otros pasos que pudieron haber parado el cobro, en lo que a mí respecta, mi responsabilidad, se limita, como Usted mismo lo ha indicado a que "...identifique y recomiende, medidas correctivas...", dicha obligación tiene un tiempo límite, Usted no dice cuál es el límite, pues este argumento entra en contradicción con el segundo argumento para rechazar la prescripción, que según Usted, la denuncia interrumpe la prescripción, lo cual no es lógico, pues si la infracción es de tracto sucesivo entonces no se interrumpe por ninguna circunstancia material, contradicción que demuestra que el argumento es subjetivo y no puede sobreponerse a los elementos objetivo* (sic) *planteados en mi memorial.*

2. *El segundo argumento, sobre que la prescripción se interrumpe por la denuncia, es de igual modo subjetivo, pues la interposición de la denuncia bien pudo haberse hecho diez años después y en tal caso también tendría que ser válida la interrupción, lo cual no tiene ninguna lógica, pues el término de la prescripción es justamente el mismo para ambas partes es decir para el denunciado como para el denunciante, no es posible que el término para interponer denuncia sea ilimitado, debe asumirse que si la denuncia es interpuesta después del término de la prescripción y el denunciado interpone el incidente, entonces la posible sanción se enerva, lo contrario significa que los denunciantes no tiene* (sic) *límites parta* (sic) *interponer denuncias, en cambio el denuncia está sujeto a la arbitrariedad del tiempo, a pesar*

que objetivamente la ley señala un plazo para la prescripción, LA NORMA NO ESTABLECE OBJETIVAMENTE EN NINGÚN LUGAR QUE EL CÓMPUTO DE LA Prescripción SE INTERRUMPE POR LA Interposición DE LA DENUNCIA, ESE ES UN ARGUMENTO APLICADO AL CASO Y QUE LLENA UN VACÍO LEGAL, EN LUGAR DE HACERLO BAJO EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, LO LLENAN CON UN CRITERIO RESTRICTIVO QUE IMPIDE EL CURSO DE LA Prescripción, SIN BASAR EL MISMO EN UNA NORMA LEGAL OBJETIVA, EXTREMO QUE CONSTITUYE UN ABUSO y que es contrario a la jurisprudencia constitucional, cito la SC 0119/2003-R de 28 de enero, señaló que: "...el debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales".

Finalmente, la SC 0731/2000-R de 27 de julio, interpretó que: "...las garantías del debido proceso no son aplicables únicamente al ámbito judicial, sino que deben efectivizarse en todas las instancias en la que a las personas se les atribuya -aplicando un procedimiento previsto en la Ley- la comisión de un acto que vulnere la normativa vigente y es obligación ineludible de los que asumen la calidad de jueces, el garantizar el respeto a esta garantía constitucional".

Por consiguiente, de la normativa citada que conforma el bloque de constitucionalidad y las subreglas establecidas por el Tribunal Constitucional sobre el debido proceso, se infiere que toda actividad sancionadora, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendentes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione o a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad. Además, cabe hacer notar que, ***en la SC 0136/2003-R de 6 de febrero, este Tribunal ha establecido que el derecho a la defensa debe ser interpretado conforme antes que restrictivamente; posiciones todas afines a la doctrina administrativa contemporánea."***

NO EXISTE NORMATIVA QUE SEÑALE QUE EL TÉRMINO DE LA Prescripción SE INTERRUMPE POR LA PRESENTACIÓN DE LA DENUNCIA ESA INTERRUPCIÓN ES DEDUCIDA SUBJETIVAMENTE POR USTED, el vació (sic) *debió ser llenado bajo el principio de favorabilidad, en el caso concreto ocurre lo contrario, pues se asume la interpretación más desfavorable, para actuar con justicia constituye su obligación declarar con lugar el incidente de prescripción.*

3. *Su probidad, dice que mi persona ha convalidado la nulidad por ausencia de fundamentación, SIGNIFICA ENTONCES QUE USTED ADMITE QUE EL CARGO GIRADO CARECE DE FUNDAMENTACIÓN, SE CITA INCLUSIVE EL PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN, debo*

hacerle notar que la fundamentación de una resolución es una garantía constitucional, por lo tanto no puedo renunciarla, correcta formulación del cargo, dicha garantía se halla también contenida en el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica e implica que esta ausencia de fundamentación vulnera el debido proceso y por lo tanto, es contraria a la CPEPB, lo que implica su expresa nulidad, conforme lo determina el Art. 35 - d) de la Ley 2341.

Su resolución expresamente dice que "...la referida notificación de cargos, de forma sucinta, ...", expone el derecho y la relación con la conducta, lo cual no es posible, no se puede resumir un cargo pues se afecta su contenido y se afecta al derecho a la defensa, tal razonamiento puede extraerse de la ratio decidendi de la SENTENCIA CONSTTTUCIONAL 0758/2010-R de 2 de agosto de 2010, que dice: "La garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la ***exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe indudablemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual también es necesario que exponga los hechos establecidos****, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.* ***Al contrario, cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que se ha arribado, son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos, vale decir, no se le convence que ha actuado con apego a la justicia, por lo mismo se le abren los canales que la Ley Fundamental le otorga para que en búsqueda de la justicia, acuda a este Tribunal como contralor de la misma, a fin de que dentro del proceso se observen sus derechos y garantía fundamentales, y así pueda obtener una resolución que ordene la restitución de dichos derechos y garantías fundamentales, y así pueda obtener una resolución que ordene la restitución de dichos derechos y garantías, así se ha entendido en varios fallos de este Tribunal, entre ello, la SC 0752/2002-R de 25 de junio. …"***

Su resolución no se halla fundada, expone normas pero no las vincula con los hechos, no determina de que (sic) *manera se ha incumplido el Orden Administrativo, por que correspondía declarar con lugar el incidente de nulidad*

PETITORIO

Por lo expuesto, en lo precedente, interpongo Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución ASFI/N° 318/2011 de 30 de marzo de 2011, REVOCANDOLA (sic), *declarando probados los incidentes expuestos en contra de la formulación de cargos…"*

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 458/2011 DE 30 DE MAYO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 458/2011 de fecha 30 de mayo de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por el Lic. **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** en su condición de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI/ Nº 318/2011 de fecha 30 de marzo de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por el señor Roberto Gonzalo Sillerico Ovando, se ha establecido las siguientes puntualizaciones:

1. Consideración del tracto único.

- ✓ *La infracción de los cargos formulados habría sido cometida el 22 de junio de 2001, con la protocolización de la escritura pública 162/2001 y ratificada el 6 de septiembre de 2006.*

- ✓ *La Mutual, con nota E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007, dirigida a la prestataria Ninoscka* (sic) *Liendo de Bayá, reconoce la existencia de un error operativo en el cálculo de la cuota, la misma que habría sido puesta en conocimiento de la prestataria y explicada verbalmente por el Auditor Interno.*

- ✓ *Posteriormente se presenta ante esta Autoridad de Supervisión la denuncia sobre irregularidades, de parte de la familia Bayá el 30 de marzo de 2009.*

- ✓ *Según el informe ASFI/DSR II/R-136202/2010 de 23 de diciembre de 2010, se emitieron diferentes actos administrativo que ponen en manifiesto la acción continua y permanente de esta Autoridad de Supervisión.*

- ✓ *El 10 de febrero de 2011, se notifica al señor Roberto Sillerico Ovando, Auditor Interno de La Mutual, por el presunto incumplimiento a la LBEF y al Reglamento de Auditor Interno contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

- ✓ *Dentro del plazo conferido al señor Roberto Sillerico, Auditor Interno de La Mutual, en fecha 14 de marzo de 2011, para el descargo de la notificación, este manifiesta que: "Reitero que, el Directorio de la Mutual ha sido siempre informado y asesorado por esta Unidad de Auditoría Interna, mediante los informes trimestrales vía Comité de Auditoría para el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera..."*

- ✓ *Finalmente, el 28 de marzo de 2011 con informe ASFI/DSR II/R-33388, se recomienda rechazar el incidente administrativo de prescripción opuesto por el Auditor Interno, razón por la cual se habría interrumpido la prescripción que alega el Auditor.*

En el presente caso, existe un tácito reconocimiento del error operativo en el que habría incurrido La Mutual, consecuentemente se establece que el Auditor Interno pese a conocer la situación irregular de crédito se habría limitado a requerir de los prestatarios un mayor pago para la amortización de la deuda, sin advertir al Directorio sobre las posibles contingencias que dicha irregularidad podía acarrear a la entidad.

Ahora, si bien se ha informado, como manifiesta el Auditor Interno, dando cumplimiento al artículo 6, capítulo II, Titulo IV contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), dicho reporte fue sesgado en razón de que no se advirtió al Directorio sobre los alcances del incumplimiento de las normas y disposiciones legales que establece el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Esta situación desvirtúa la petición de prescripción del Auditor (a confesión de parte, relevo de prueba) al reconocer que ha estado informando sobre el crédito pero no en el alcance que debería informar. Asimismo, no se ha podido apreciar los resultados de ese trabajo, es decir, que el Auditor Interno no tomó acción en dicha situación, más por el contrario, tomó parte en acciones tendentes a justificar los errores evidenciados por esta Autoridad de Supervisión.

De la cronología establecida y explicaciones expuestas, se puede apreciar la falta de advertencia de parte del Auditor Interno sobre los incumplimientos evidenciados por esta Autoridad, la misma que ha merecido la emisión de resolución sancionatoria.

2. ***La subjetividad en la interrupción de la prescripción***

La Ley Adjetiva Administrativa en el artículo 11, parágrafo II, determina que: "cualquier persona podrá intervenir como denunciante, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o

acto que motiva su intervención".

Asimismo, el artículo 15 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 manifiesta claramente: "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento…".

Por otra parte, el artículo 65 de la misma norma dispone que: "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento".

Finalmente, el artículo 66 de la norma citada, señala que: "Establecida la existencia de infracciones, el Superintendente respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos imputados (...)"

Por las normas citadas se establece que cualquier persona está facultada para intervenir como denunciante, sin necesidad de acreditar interés personal; en este caso, la familia Bayá, con interés legítimo, presentó denuncia formal ante esta Autoridad de Supervisión, la misma que fue atendida oportunamente investigando la comisión de infracciones que se fueron desarrollando paulatinamente.

3. Ausencia de Fundamentación en la resolución recurrida

Los argumentos presentados para la resolución sancionatoria y todos los actos administrativos que se realizaron, han sido discurridos y oportunos hasta la emisión de la resolución recurrida, motivo por el cual no amerita más análisis.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento del artículo 98 de Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), ni lo previsto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, artículo 6, inciso a) y 7, incisos i), j), k) y m) numeral iii) ambos de la Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Auditor Interno.

Que, según Informe Legal ASFI/DAJ/R-52728/2011 de 23 de mayo de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 318/2011 de 30 de marzo de 2011, exponiendo de forma cronológica los incidentes planteados y

desvirtuando la prescripción aducida.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) tiene atribución de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando estas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el artículo 99 de la mencionada Ley faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para imponer sanciones cuando las Entidades Financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y Empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley.

(…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) dispone que la responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos. (...) Los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales. Asimismo, quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, no sólo deben realizar funciones relacionadas con la fiscalización de los aspectos contables, sino también vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la presente Ley, sus normas reglamentarias y de las disposiciones de la Autoridad de Supervisión, en todos los niveles de decisión y gobierno de la entidad.

Que, el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que la administración de las entidades financieras bancarias, se sujetará a las disposiciones de la citada Ley, del Código de Comercio, de las disposiciones legales relativas a la materia y a sus estatutos.

Que, el artículo 100 de la citada Ley en el párrafo anterior establece que los Auditores Internos, que lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas, serán sancionados por esta Autoridad de Supervisión de acuerdo a Ley y sus normas reglamentarias…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 20 de junio de 2011, el Lic. **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO ROBERTO SILLERICO OVANDO** en su condición de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 458/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, expresando lo siguiente:

"…***FUNDAMENTOS DE HECHO***:

El cargo formulado se encuentra referido al presunto incumplimiento del art. 98 de la Ley 1488 concordante con los Arts. 6 - a) y 7 - i), j), k) y m) num. III de la Sección 6 - Capítulo II Título IV del Reglamento del Auditor Interno, según la ASFI, por que supuestamente no habría advertido al Directorio, sobre el incumplimiento de las Normas para Bancos y Entidades en un contrato de préstamo suscrito con Carmen Ocampo y Marcelo Bayá, infracción que según los cargos formulados, habría sido cometida el 22 de junio de 20001 (sic)*, con la protocolización de la escritura pública 162/200 y ratificada el 6 de septiembre de 2006 al haber suscrito el contrato privado de ampliación de crédito.*

Lo que quiere decir, que entre la fecha de la comisión de la infracción 6 de septiembre de 2006 la fecha de la auditoria (sic) *en septiembre de 2007 y la fecha de notificación con el cargo formulado, el 11 de febrero de 2011 han transcurrido 3 años y 5 meses. A efectos de evaluar las consecuencias jurídicas del paso del tiempo conviene recordar, que su principal consecuencia en derecho, resulta ser la* ***prescripción, que no es otra cosa que*** *un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas, en el ámbito del derecho administrativo sancionador correctivo, la* ***prescripción (extintiva*** *o* ***liberatoria)*** *priva al Estado de la posibilidad de imponer sanciones administrativas, cuando el paso del tiempo, ha extinguido la posibilidad de efectivizar tales facultades de manera expresa.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

El 22 de abril de 2002, se ha dictado en Bolivia la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, que sus Arts. 1 y 2 -1 - a), dice:

(Objeto de la Ley).- *La presente Ley tiene por objeto: a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público; b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública; c) Regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados; y, d) Regular procedimientos especiales.*

(Ámbito de Aplicación).I. *La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, la Administración Pública se encuentra conformada por: a) El Poder Ejecutivo, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales, las entidades descentralizadas o desconcentradas y los Sistemas de Regulación SIRESE,* ***SIREFI*** *y SIRENARE; y,*

Entre los principios tutelados por la Ley 2341, conviene citar el art. 4 - k, que dice; ***(Principios Generales de la Actividad Administrativa).-*** *La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: (…..) k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;*

Por otra parte el Art. 79 de la misma norma refiere:

(Prescripción de Infracciones y Sanciones).- ***Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.*** *Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2° de la presente Ley.*

También resulta imprescindible citar los arts. 115 y 116 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que dicen;

Articulo 115. *I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.* ***Articulo 116.*** *I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado. II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.*

SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL DERECHO*:*

Conforme se ha expuesto en la formulación de descargos, el derecho a la defensa, se encuentra tutelado como una garantía jurisdiccional, por lo tanto tal garantía es aplicable también al ámbito administrativo, en ese marco, se entiende que el ejercicio de la defensa es irrestricto, pudiendo el procesado utilizar todos los mecanismos legítimos a su alcance a objeto de hacer valer sus derechos, máxime si como en el caso presente, nos referimos a un procedimiento sancionador, cuyos principios rectores se hallan estrictamente vinculados a los principios del derecho penal, que constituye un ámbito en el que la defensa del imputado es absoluta e irrenunciable.

En el marco de lo precedente, corresponde hacer notar, que la supuesta infracción se habría cometido con una data de más de 3 años anteriores a la notificación del cargo, lo que significa, que la infracción que se pretende imponer en mi contra, ha prescrito por mandato expreso del Art. 79 de la Ley 2341, dicha norma exige sólo dos años para que se operare la prescripción extintiva, en el caso concreto, el periodo de tiempo exigido por ley, se halla vencido con creces, por lo que correspondía se declare prescrita la infracción formulada en mi contra.

No obstante su probidad se ha negado a declarar prescrita la sanción, con fundamentos de hecho que no enervan los fundamentos de derecho expuestos en lo precedente;

1. *Según usted la infracción del orden administrativo no es de tracto único sino de tracto sucesivo, lo que no es evidente, pues objetivamente el acaecimiento de la infracción tiene fechas concretas y si bien la Mutual siguió con el cobro del adeudo, ese extremo no tiene que ver con mi actividad como auditor, pues en caso de haber cometido el error, este sólo es un momento particular dentro de la operación crediticia, existiendo otros pasos que pudieron haber parado el cobro, en lo que a mí respecta, mi responsabilidad, se limita, como usted mismo lo ha indicado a que "...identifique y recomiende, medidas correctivas...", dicha obligación tiene un tiempo límite, usted no dice cuál es el límite, pues este argumento entra en contradicción con el segundo argumento para rechazar la prescripción, que según usted, la denuncia interrumpe la prescripción, lo cual no es lógico, pues si la infracción es de tracto sucesivo entonces no se interrumpe por ninguna circunstancia material, contradicción que demuestra que el argumento es subjetivo y no puede sobreponerse a los elementos objetivo planteados en mi memorial.*

2. *El segundo argumento, sobre que la prescripción se interrumpe por la denuncia, es de igual modo subjetivo, pues la interposición de la denuncia bien pudo haberse hecho diez años después y en tal caso también tendría que ser válida la interrupción, lo cual no tiene ninguna lógica, pues el término de la prescripción es justamente el mismo para ambas partes es decir para el denunciado como para el denunciante, no es posible que el término para interponer denuncia sea ilimitado, debe asumirse que si la denuncia es interpuesta después del término de la prescripción y el denunciado interpone el incidente, entonces la posible sanción se enerva, lo contrario significa que los denunciantes no tiene límites porta* (sic) *interponer denuncias, en cambio el denuncia está sujeto a la arbitrariedad del tiempo, a pesar que objetivamente la ley señala un plazo para la prescripción, LA NORMA NO ESTABLECE OBJETIVAMENTE EN NINGÚN LUGAR QUE EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN SE INTERRUMPE POR LA INTERPOSICIÓN DE LA DENUNCIA, ESE ES UN ARGUMENTO APLICADO AL CASO Y QUE LLENA UN VACÍO LEGAL, EN LUGAR DE HACERLO BAJO EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, LO LLENAN CON UN CRITERIO RESTRICTIVO QUE IMPIDE EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN, SIN BASAR EL MISMO EN UNA NORMA LEGAL OBJETIVA, EXTREMO QUE CONSTITUYE UN ABUSO y que es contrario a la jurisprudencia constitucional, cito la SC 0119/2003-R de 28 de enero, señalo que: "...el debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales".*

   Finalmente, la SC 0731/2000-R de 27 de julio, interpretó que: "...las garantías del

debido proceso no son aplicables únicamente al ámbito judicial, sino que deben efectivizarse en todas las instancias en la (sic) *que a las personas se les atribuya - aplicando un procedimiento previsto en la Ley- la comisión de un acto que vulnere la normativa vigente y es obligación ineludible de los que asumen la calidad de jueces, el garantizar el respeto a esta garantía constitucional".*

Por consiguiente, de la normativa citada que conforma el bloque de constitucionalidad y las subreglas establecidas por el Tribunal Constitucional sobre el debido proceso, se infiere que toda actividad sancionadora, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendentes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione o a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad. Además, cabe hacer notar que, ***en la SC 0136/2003-R de 6 de febrero, este Tribunal ha establecido que el derecho a defensa debe ser interpretado conforme al principio de favorabilidad antes que restrictivamente: posiciones todas, afines a la doctrina administrativa contemporánea."***

NO EXISTE NORMATIVA QUE SEÑALE QUE EL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN SE INTERRUMPE POR LA PRESENTACIÓN DE LA DENUNCIA ESA INTERRUPCIÓN ES DEDUCIDA SUBJETIVAMENTE POR USTED, el vacío debió ser llenado bajo el principio de favorabilidad, en el caso concreto ocurre lo contrario, pues se asume la interpretación más desfavorable, para actuar con justicia constituía su obligación declarar con lugar el incidente de prescripción.

3. *Su probidad, dice que mi persona ha convalidado la nulidad por ausencia de fundamentacióin* (sic), *SIGNIFICA ENTONCES QUE USTED ADMITE QUE EL CARGO GIRADO CARECÍA DE FUNDAMENTACION, SE CITA INCLUSIVE EL PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN, debo hacerle notar que la fundamentación de una resolución es una garantía constitucional, por lo tanto no puedo renunciarla, correcta formulación del cargo, dicha garantía se halla también contenida en el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica e implica que esta ausencia de fundamentación vulnera el debido proceso y por lo tanto, es contraria a la CPEPB, lo que implica su expresa nulidad, conforme lo determina el Art. 35 - d) de la Ley 2341.*

Su resolución expresamente dice que "...la referida notificación de cargos, de forma sucinta, ...", expone el derecho y la relación con la conducta, lo cual no es posible, no se puede resumir un cargo pues se afecta su contenido y se afecta al derecho a al (sic) *defensa, tal razonamiento puede extraerse de la ratio decidendi de la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0758/2010-R de 2 de agosto de 2010, que dice:*

"La garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos ***la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos,*** *si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de* ***la*** *forma en que se decidió.* ***Al contrario, cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que se ha arribado, son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos, vale decir, no se le convence que ha actuado con apego a la justicia, por lo mismo se le abren los canales que la Ley Fundamental le otorga para que en búsqueda de la justicia, acuda a este Tribunal como contralor de la misma, a fin de que dentro del proceso se observen sus derechos y garantías fundamentales, y así pueda obtener una resolución que ordene la restitución de dichos derechos y garantías, así se ha entendido en varios fallos de este Tribunal, entre ellos, la SC 0752/2002-R de 25 de junio.*** *..."*

Su resolución no se halla fundada, expone normas pero no las vincula con los hechos, no determina de qué manera se ha incumplido el Orden Administrativo, por que correspondía declarar con lugar el incidente de nulidad.

SOBRE LOS ESCASOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCION DEL RECURSO DE REVOCATORIA

Lamentablemente, la resolución ahora impugnada contiene escasos fundamentos e inclusive contradice los argumentos explanados en la Resolución ASFI/N° 318/2011, deben destacarse dos puntos fundamentales.

1.- Sobre la prescripción; en la Res. 318, la Autoridad Ejecutiva de la ASFI, había manifestado que el curso de la prescripción se habría interrumpido al presentarse la denuncia, ahora sin más explicación la misma autoridad refiere que el curso de la prescripción se interrumpió al yo haber presentado una nota el 14 de marzo de 2011, nuevamente este argumento, al igual que el primero, carece de trascendencia, pues no es evidente que haya reconocido la comisión de una infracción y peor aún porque cuando se opuso la nota referida, el término para la prescripción se encontraba cumplido con creces.

2. Sobre la Ausencia de Fundamentos; al respecto ante su nula valoración del

argumento, me ratifico in extenso en todas sus partes en el memorial de revocatoria, pues su autoridad no se ha pronunciado expresamente sobre los mismos.

PETITORIO

Por lo expuesto, en lo precedente, interpongo Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI N° 458/2011 de 30 de mayo de 2011, impetrándole que previa admisión del Recurso, la remita a la instancia superior en grado, para que sea esta autoridad la que administrando justicia administrativa en 2da instancia. REVOQUE la resolución impugnada, declarando probados los incidentes expuestos en contra de la formulación de cargos…"

8. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

El recurrente Lic. **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** en su condición de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, presentó la siguiente documentación:

- Nota de fecha 14 de marzo de 2011, remitida por el Lic. Roberto G. Sillerico O., Auditor Interno de Mutual "El Progreso" sobre prueba de descargo al trámite Nº 463394.
- Auto de fecha 28 de febrero de 2011, pronunciado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sobre apertura de término probatorio dentro del Proceso Sancionatorio seguido contra Roberto Sillerico O. – Auditor Interno de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso".
- Acta del Comité de Auditoría de fecha 12 de enero de 2010, Nº 003/2010.
- Informe trimestral y anual del Comité de Auditoría a la Junta Directiva de fecha 12 de enero de 2010.
- Hoja de control de movimiento judicial al mes de diciembre del 2008.
- Acta del Comité de Auditoría de fecha 20 de abril de 2010, Nº 006/2010.
- Informe trimestral/2010 del Comité de Auditoría a la Junta Directiva, de fecha 20 de abril de 2010.
- Hoja de control de movimiento judicial al mes de marzo de 2010.
- Acta del Comité de Auditoría de fecha 20 de julio de 2010 Nº 007/2010.
- Informe semestral del Comité de Auditoría a la Junta Directiva de fecha 19 de julio de 2010.
- Hoja de control de movimiento judicial al mes de junio de 2010.
- Acta del Comité de Auditoría de fecha 19 de octubre de 2010, Nº 008/2010.
- Informe tercer trimestre/10 del Comité de Auditoría a la Junta Directiva, de fecha 19 de octubre de 2010.
- Hoja de control de movimiento judicial al mes de septiembre de 2010.
- Acta del Comité de Auditoría de fecha 18 de enero de 2011, Nº 01/2011.
- Informe trimestral y anual del Comité de Auditoría a la Junta Directiva, de fecha 18 de enero de 2011.
- Hoja de control de movimiento judicial al mes de diciembre del 2010.

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. De La Prescripción.-

El recurrente invoca prescripción y determina que su accionar por el que se estaría imputando cargo y consiguiente sanción, se centra en un tiempo determinado, por lo que el cómputo para efectos de la prescripción aplica desde dicho momento.

El argumento presentado es el siguiente:

> "…*objetivamente el acaecimiento de la infracción tiene fechas concretas y si bien la Mutual siguió con el cobro del adeudo, ese extremo no tiene que ver con mi actividad como auditor, pues en caso de haber cometido el error, este sólo es un momento particular dentro de la operación crediticia, existiendo otros pasos que pudieron haber parado el cobro, en lo que a mí respecta, mi responsabilidad, se limita, como usted mismo lo ha indicado a que "...identifique y recomiende, medidas correctivas...", dicha obligación tiene un tiempo límite*…"

Por su parte, la instancia administrativa hoy impugnada, se ha pronunciado sobre el particular, mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 318/2011 de fecha 30 de marzo de 2011:

> "…*la infracción cometida por el Auditor no se puede definir como de tracto único, toda vez que,* ***a partir del incumplimiento de sus obligaciones de control interno, la Mutual habría inobservado sucesivamente las cláusulas y condiciones contractuales pactadas****, toda vez que la entidad comunicó a los prestatarios la vigencia de una nueva cuota mensual de $us210.00 situación discordante con lo estipulado en la Escritura Pública N° 162/2011*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Quedando claro que existen dos "interpretaciones" opuestas respecto al tipo de infracción que habría cometido el recurrente, por lo que corresponde que esta instancia jerárquica emita el pronunciamiento respectivo, conforme se procede a continuación:

Es imperante revisar en primer término la imputación realizada, es así que conforme consta de la nota de cargos ASFI/DSR II/R-13777/2011 de fecha 4 de febrero de 2011, la infracción por la que se instauró el proceso sancionatorio a **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO** en su calidad de Auditor Interno de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, radica en "***no haber advertido al Directorio****, por escrito, sobre* ***el incumplimiento de las normas y disposiciones legales incurridas*** *por parte de los administradores de la entidad de intermediación financiera, con relación a las operaciones crediticias antes señaladas*", quedando de ello claro que la responsabilidad del Auditor Interno sancionada, se refiere únicamente a no haber advertido al Directorio de su entidad sobre el incumplimiento de determinadas normas. El incumplimiento de tales normas es atribuible a los restantes actores operativos dentro del proceso crediticio al interior de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**.

Sin embargo, lo que sí debió considerarse y de manera categórica, es si las funciones que se consideran incumplidas en la responsabilidad del Auditor Interno, se limitaban a ser cumplidas en un único momento como sugiere el recurrente, o si las mismas debieron ser cumplidas permanentemente en tanto perduraran las inobservancias acusadas, es decir, si determinado el incumplimiento a la norma y hasta en tanto no se rectificara ello, debía el Auditor Interno informar permanentemente de ello al Directorio.

Asimismo y dada la trascendencia que tanto recurrente como recurrido han dado a la interrupción de las actuaciones como emergencia de la denuncia, es importante considerar lo mismo; así, él recurrente señala:

> "…*la interposición de la denuncia bien pudo haberse hecho diez años después y en tal caso también tendría que ser válida la interrupción, lo cual no tiene ninguna lógica, pues el término de la prescripción es justamente el mismo para ambas partes es decir para el denunciado como para el denunciante, no es posible que el término para interponer denuncia sea ilimitado, debe asumirse que si la denuncia es interpuesta después del término de la prescripción y el denunciado interpone el incidente, entonces la posible sanción se enerva, lo contrario significa que los denunciantes no tienen límites porta* (sic) *interponer denuncias, en cambio el denuncia* (sic) *está sujeto a la arbitrariedad del tiempo, a pesar que objetivamente la ley señala un plazo para la prescripción*…"

No obstante, a ello se opone la Resolución Administrativa ASFI/Nº 318/2011 de fecha 30 de marzo de 2011 que ha aclarado el extremo en los siguientes términos:

> "…*se debe considerar que la denuncia de irregularidades fue planteada ante esta Autoridad de Supervisión por la familia Bayá el 30 de marzo de 2009, situación que habría interrumpido todo plazo de prescripción, conforme lo establece la ratio decidendi contenida en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, el cual establece que los plazos de prescripción se interrumpen, cuando se trata de denuncias a instancia de parte, a partir de la*

formulación de la denuncia y no así desde la notificación de cargos, considerando el siguiente análisis:

> *"(...) Por ello efectuando una interpretación sistemática y teleológica tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo así como del Derecho Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 - Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI -, y aplicando el* ***principio de inexcusabilidad*** *expresado en el Articulo 52, parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:*
>
> - *El Artículo 11, parágrafo II, de la Ley Adjetiva Administrativa determina que "Cualquier persona podrá intervenir como denunciante, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención". En el mismo sentido, el Artículo 16 literal b) de la citada Ley manifiesta que toda persona tiene derecho "A iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos", de igual manera, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que "Los procedimientos Administrativos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada" precepto concordante con el Artículo 41 de la mencionada Ley y aplicables a los procedimientos sancionatorios por previsión del Artículo 80 de la supra citada norma jurídica.*
>
> - *Por su parte, el Artículo 15 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 dice que "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por Ley (...)". Así, el artículo 65 del referido Decreto Supremo expresa que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo,* ***de oficio o a denuncia,*** *investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos* ***susceptibles de iniciación del procedimiento.*** *Finalmente según el artículo 66, parágrafo I, del ya citado Decreto Supremo nos señala que* ***"Establecida la existencia de infracciones,*** *el Superintendente respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos imputados (...)"*
>
> - *De las normas antes desarrolladas, y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las personas naturales o jurídicas de poder presentar solicitudes y eventualmente denuncias respecto a las posibles conductas ilegales de los sujetos regulados por el Sistema de Regulación Financiera y la obligación de la Administración Pública -en lo particular a las Superintendente del SIREFI- de atender dichas solicitudes o*

denuncias y, en este último caso, investigar la comisión de las posibles infracciones acusadas.

En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria ***quedará interrumpida con la presentación de la denuncia correspondiente ante el órgano regulador respectivo,*** *y no así con la notificación de cargos, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de la denuncia -si es a instancia de parte - siendo la mencionada notificación de cargos un acto dentro del procedimiento que se origina a consecuencia de la acusación formulada (Artículo 65 del Decreto Supremo No. 27175 de15 de septiembre de 2003)…*"

Congruentemente con lo anterior, corresponde tener presente que no se ha establecido dentro del Proceso Administrativo, **cuál el momento** en que el Auditor Interno, (dada la naturaleza de sus funciones), debió asumir conocimiento de las irregularidades para su evaluación; situación relevante a la hora de la imputación del cargo y consiguiente sanción.

No obstante, la Autoridad de Supervisión, no debe dejar de tomar en cuenta, cuándo se producen las denuncias, en qué momento el Auditor Interno toma conocimiento y cuándo éste debe expresar su posición frente a las irregularidades que se habrían cometido.

Por tanto, importa conocer cuándo sucedió (previa evaluación que debió realizar la Autoridad de Supervisión) la sugerida infracción concreta del auditor (no de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**), para la aplicación de la existencia o no del instituto de la prescripción.

La pretensión del cargo en sentido de que el Auditor Interno se encuentre advirtiendo permanentemente sobre el incumplimiento de determinadas normas (dado ser también permanente ese incumplimiento), resulta intrascendente en función a los extremos que se señalan en el numeral 1.2 infra.

1.2. De las condiciones contractuales del crédito observado.-

De la revisión del expediente, se evidencia una confusión entre lo que el recurrente y la recurrida comprenden como la inobservancia de las cláusulas y condiciones contractuales pactadas por la Mutual con sus asociados prestatarios, señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo y Marcelo Bayá Pradel.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, da por entendida la existencia de las infracciones, las mismas que han dado lugar a un otro proceso sancionatorio (conforme se lo refiere líneas abajo), esta vez contra la propia **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, mientras que en la posición del recurrente "*Aunque el informe ASFI/DSR II/R-136202/2010 no ha llegado a está* (sic) *Mutual que dice se refieren a las operaciones de los esposos Ninoschka Liendo de Bayá y Marcelo Bayá,* ***las mismas han sido procesadas por***

esta Mutual cumpliendo todas su (sic) ***políticas internas y la RNBEF***" (nota de fecha 18 de febrero de 2011; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Entonces, las infracciones que la Autoridad Reguladora da como ciertas y verdaderas en Derecho, no son comprendidas y compartidas como tales por parte de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**, posición institucional que es compartida por su Auditor Interno, ahora recurrente; de ahí que este, a tiempo de su descargos señale:

> "…*En mi condición de Auditor Interno de Mutual "El Progreso" informo que no he incumplido ninguna de las normas, ni dejado de advertir al Directorio de cualquier hecho de los administradores de la entidad, así como de los pagos de* ***cuotas mensuales siempre atrasadas del préstamo Nº 00-34-006562-8. Al fallecimiento de la Sra. Ninoschka Liendo de Bayá en fecha 08-01-08 su cuota ya estaba en mora***…" (ídem; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Contrariamente a lo expuesto por el Auditor Interno, en la posición de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el crédito referido no se encontraba en mora, sino que existía un error en el cálculo de las cuotas, conforme se evidencia de la nota ASFI/DSR II/R-13773/2011 de fecha 4 de febrero de 2011, sobre cargos impuestos a la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"** en los términos transcritos a continuación:

> "…*se notifica a la Mutual de Ahorro y Préstamo "EL PROGESO"* (sic) *en la persona de su Gerente General, como representante legal de la entidad, con los siguientes presuntos incumplimientos:*
>
> 1. *A lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N' 1488 (Texto Ordenado), concordante con los artículos 786 y 803 del Código de Comercio y 519 y 520 del Código Civil, por haber modificado unilateralmente los alcances del contrato de préstamo suscrito con los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya y Marcelo Bayá Pradel.*
>
> 2. *A las disposiciones del artículo 50 de la Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, disposición legal vigente al momento de la suscripción del contrato de préstamo protocolizado mediante escritura pública N° 162/2001 de 22 de junio de 2001 y el contrato privado de ampliación de crédito de 6 de septiembre de 2006, al no haber activado el seguro de desgravamen obligatorio de la señora Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya*…"

Conforme se ha emitido pronunciamiento y generado precedente administrativo, en otro proceso sancionatorio, cuyo fondo es de igual origen -esta vez contra la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso"**- cual se evidencia en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 047/2011 de 16 de septiembre de 2011, cuyos fundamentos han determinado lo siguiente:

> ***"2.1.1. De la cuota fija pactada.-***

La Autoridad de Supervisión, refiriéndose al préstamo por $us. 11.000.-, ha fundamentado en la Resolución Administrativa recurrida, lo siguiente:

> *"según los extractos de pago y amortización de cuotas,… **la mutual incrementó el monto de la cuota fijada de $us. 140 a $us. 210**" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Sobre este extremo, cabe precisar que la Escritura Pública Nº 162/2001 otorgado ante Notario Dr. Pedro Checa Díaz, sobre el contrato de préstamo estipula los siguientes acuerdos:

a) *Un plazo de **siete años** (Cláusula primera).*
b) *Cuota **mensual** de **$us. 140**.- (Cláusula segunda).*
c) *Tasa de interés del **14.50**. (Cláusula primera).*

*Asimismo el contrato de referencia estipula en la Cláusula primera la existencia de un cronograma de pagos adjunto, determinado en razón del plazo (siete años), en función del servicio del préstamo (mensual) y de la fecha de desembolso (**5 de julio de 2001**); por lo tanto, la obligación debía honrarse en **84 cuotas** es decir hasta fecha **5 de julio de 2008**.*

No obstante, del testimonio de la Escritura Pública Nº 162/2001 otorgado en fecha 22 de junio de 2001 por ante Notario Pedro Checa Díaz y por el que se protocoliza el contrato de préstamo, no consta se hubiera protocolizado (también) cronograma de pagos alguno.

*A tiempo de la nota ASFI/DAJ/R-73443/2011, se ha acreditado un plan de pagos separado que habría sido entregado por la recurrente al Ente Supervisor, y del que se evidencia la existencia de cronograma de pagos que en su encabezamiento, ratifica los siguientes extremos (monto del préstamo: 11.000.-, tasa de interés: 14.50, fecha del préstamo 2001/07/05, plazo en meses: 84, valor de la cuota: 140), pero en la parte de detalle del mismo entra en contradicción, cuando establece **272 cuotas** mensuales consecutivas, refiriendo el pago de la última para fecha **5 de marzo de 2024**, es decir en un **plazo de 22 años y 8 meses**.*

Asimismo, se tiene evidencia de la explicación que realiza la ahora recurrente, mediante nota E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007, que expresamente reconoce lo siguiente:

> *"…El Préstamo de $us. 11.000 concedido en fecha 5-7-2001 para 7 años debió tener una cuota mensual de $us. 210.-, sin embargo por error del funcionario de entonces Sr. Freddy Solíz se fijó solo $us. 140.- como cuota mensual, de manera que pagando esa cuota mensual se ha pagado de menos al capital cada mes, permitiendo que el tiempo se alargue*

dejando aún un saldo significativo, lo que se puede corregir mejorando las amortizaciones a capital de $us. 70.- no pagadas de menos mensualmente,…"

Consiguientemente, en la posición de la entidad recurrente, el cronograma de pagos debió establecer sólo 84 cuotas mensuales consecutivas, para lo que la cuota prevista era de $us. 210.-, no de sólo los $us. 140.- que menciona el contrato y el propio plan de pagos (en su encabezado), atribuyendo tal confusión a un "error del funcionario".

No obstante, se tiene presente que el proceso de contratación de un crédito hasta su desembolso, no puede ser de responsabilidad única de un funcionario, cuando el mismo compromete a -mínimamente- las áreas de créditos (en cuanto a la negociación y otorgación del crédito en sí mismo, y al cronograma de pagos que se carga en la correspondiente base de datos), y jurídica (al encontrarse el documento firmado por un abogado sin cuya concurrencia no se hubiera logrado su escrituración y consiguiente publicidad), áreas que tienen sus propios responsables y a quienes les toca velar porque el contenido del contrato refleje, fidedignamente, lo contratado por la entidad con sus asociados prestatarios.

*En definitiva, la responsabilidad fundamental por el error sucedido es de la propia **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, no pudiéndose interpretar el contrato a su favor por disposición del artículo 518º del Código Civil (las cláusulas dispuestas por uno de los contratantes o en formularios organizados por él se interpretan, en caso de duda, en favor del otro), o como señala el principio de Derecho nemo auditur propiam turpitudinem allegans: nadie puede alegar a su favor su propia culpa.*

*Consiguientemente, no puede la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** pretender imponer arbitraria y unilateralmente su criterio sobre la existencia de un error en lo contratado, máxime cuando el supuesto error se demuestra en un cronograma de pagos, que por más que es mencionado en la cláusula primera del propio contrato, no adquiere la validez que le señalan los artículos 1287º y 1289º (concepto y fuerza probatoria del documento público) del Código Civil, a diferencia de las previsiones del contrato, en el que claramente ha quedado establecido **por ambas partes**, tratarse de un crédito por $us. 11.000.-, a un plazo de siete años, con un servicio mensual y con una cuota de $us. 140.-.*

2.1.2. Del cobro de un monto mayor de intereses en desmedro del capital.-

La Resolución recurrida señala que:

*"…según los extractos de pago y amortización de cuotas, **la Mutual computó el cobro, en mayor porcentaje, a los intereses, en desmedro del capital a ser pagado**, evidenciándose que la mutual incrementó el monto de la cuota fijada*

de $us. 140 a $us. 210…" (las negrillas son insertas en la presente resolución Ministerial Jerárquica).

Nuevamente, la observación sólo puede estar referida al crédito de $us. 11.000.- por cuanto es en el mismo en el que se pactó la cuota mensual de $us 140.-, conforme lo establecido en el numeral 2.2. supra (siéndole por ello atinente la conclusión anterior en sentido que ha sido contratada la cuota de $us. 140.- y no la de $us. 210.- como mal pretende la recurrente).

Empero además, se ha establecido otro actuar arbitrario en la recurrente, cuando ante su error y en el intento de imponer unilateralmente su propia solución a su contraparte en el contrato, imputó los pagos que realizaba el grupo familiar Bayá "de manera que pagando esa cuota mensual ($us. 140) se ha pagado de menos al capital cada mes" (nota E.P. 21/2007 de 24 de enero de 2007); entonces y como señala el Ente Regulador, se "computó el cobro, en mayor porcentaje, a los intereses, en desmedro del capital a ser pagado".

Por consiguiente y estando claro de la Escritura Pública Nº 162/2001 (notario Dr. Pedro Checa Díaz) que el préstamo en concreto refiere ser pagado en siete años mediante 84 cuotas mensuales, cada una de $us. 140.- que incluía capital e intereses (fecha de desembolso: 5 de julio de 2001) con una tasa nominal convencional sobre saldos del 14.50% anual, la entidad recurrente no podía computar las amortizaciones en porcentajes distintos a los contratados, favoreciendo a los intereses en desmedro del capital.

Al respetarse la cuota contratada de $us. 140.- y toda vez que eran 84 las cuotas contratadas, el crédito debió haber quedado liquidado con el pago total de $us. 11.760.- (que incluía capital e intereses) siendo inferible haber sido ese el motivo por el que se contrató el segundo crédito -de $us. 2.000.-; no obstante y dado lo contratado en principio, las pretensiones respecto al primer crédito determinaron que la ahora recurrente quedara perjudicada por su propia culpa, dando lugar a sus imposiciones contra el grupo familiar Bayá, el reclamo de este último, y el consiguiente proceso sancionatorio que se conoce en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, correspondiendo concluirse en que no puede la ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"*** *computar las amortizaciones en mayor porcentaje a los intereses, en desmedro del capital a ser pagado si así estipulo en el contrato que fue firmado por las partes.*

2.1.3. De la fusión de créditos.-

*El informe /ASFI/DSR II/R-136202/2010 de 23 de diciembre de 2010 es más preciso, cuando señala que "****la fusión errónea de los créditos*** *de $us. 2.000.- y $us. 11.000.- generan un nuevo plan de pagos por el monto de $us. 10.963,21 el cual no cuenta con respaldo contractual,* ***incurriendo la Mutual en una modificación unilateral de contrato****" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*Por su parte, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, a tiempo del Recurso Jerárquico, si bien abunda en reclamos contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 365/2011 de fecha 21 de abril de 2011 y contra el propio Ente Regulador, no precisa ni expresa cuál es el alegato que presenta contra el Cargo Nº 1 y en especial que permita desvirtuarlo, extremo que obliga se remita la presente Resolución Ministerial Jerárquica, a los antecedentes cursantes en obrados, fundamentalmente al precitado extracto del préstamo de fecha 12 de febrero de 2010, del que se puede evidenciar que, al haber acumulado los $us. 2.000.- del segundo préstamo al saldo de capital del primer préstamo (para hacer un nuevo saldo a capital adeudado de $us. 10.963.-), habría consolidado ambos créditos en uno solo, resultando necesario en interés del proceso, determinar al presente sí, con ello, se ha incurrido en una modificación unilateral -por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**- de lo contratado.*

*Para ello se tiene que el destino del **segundo contrato suscrito por las partes** (entidad financiera como prestadora y esposos Bayá como prestatarios) es el de "**ampliación de préstamo**", radicando en ello el consentimiento de los prestatarios a tal situación, por cuanto, esa fue la manera en que operó la ampliación del préstamo contratado.*

A tal extremo es aplicable lo determinado por el artículo 510º del Código Civil, el que a la letra señala:

> *"…Artículo 510.- (INTENCIÓN COMÚN DE LOS CONTRATANTES).*
>
> *I. En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.*
>
> *II. En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de éstos y las circunstancias del contrato…"*

*Por consiguiente y en definitiva, si **la finalidad <u>consentida por todas las partes</u>** en el segundo **contrato** (léase **acuerdo de voluntades**) era la de ampliar el monto del capital del primero, lo mismo importa suficiente "respaldo contractual"; entonces no ha existido una modificación **unilateral** (de solo una de las partes) de lo contratado por dicha situación, en los términos dispuestos por el artículo 42º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nº 1488 (Texto Ordenado), quedando por ello desvirtuado dicha fundamentación para el Cargo Nº 1.*

***Lo mismo además, lleva a la conclusión de que no obstante constar como una sola operación en el extracto del préstamo de fecha 12 de febrero de 2010, las características distintas de ambos préstamos determinan que, en los hechos no ha existido una acumulación o consolidación de los saldos a capital**, por lo que es objetable el criterio de acumulación que hayan aplicado las partes (no únicamente la entidad recurrida sino también los esposos Bayá); recuérdese que un contrato es*

básicamente, el "convenio obligatorio entre dos o más partes" al que se refiere Cabanellas en el Diccionario, siendo presumible que para su formación haya existido el consentimiento de todas ellas conforme lo exige el artículo 452º, numeral 1, del Código Civil, misma norma que en su artículo 454º determina la libertad contractual, y en el artículo 519º, que "el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes".

Las partes, al determinar la ampliación del monto del primer préstamo mediante el segundo, sin tener en cuenta que al proceder de esa manera, es decir, no mediante una adenda de ampliación del monto prestado y la modificación de intereses -según fuera su voluntad contractual-, sino mediante un nuevo préstamo con características particulares y distintas del primero, han dado origen a una situación particular, en la que parte del dinero prestado se rige por sus propios accesorios (fundamentalmente intereses), distintos de los del otro monto prestado, sin que se pueda extender los del segundo al primero, por cuanto no existe permisión legal o contractual para lo mismo.

Asimismo, es discutible la validez de la fuente alternativa de repago (garantía) de los préstamos, toda vez que al pretender ampliar la cobertura de la hipoteca que garantiza al primer préstamo en beneficio del segundo, no se tiene en cuenta la disposición del artículo 491º, numeral 2, del Código Civil: "Deben celebrarse por documento público… La hipoteca voluntaria" y toda vez que el segundo contrato resulta en un documento privado que para este efecto concreto no puede ser tenido como público, tampoco puede haber hipoteca válida con respecto al mismo, extremos que si bien no hacen al fondo de lo recurrido, y por tanto de lo resuelto, determinan también efectos referidos a la cobertura del seguro de desgravamen, conforme se analiza en el numeral 3 infra.

Congruentemente con lo expresado en líneas precedentes, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha realizado un análisis sobre esta situación que respalde la sanción impuesta, situación fundamental que debe contar toda Resolución Administrativa.

2.2. CARGO Nº 2: ACTIVACIÓN DEL SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su nota ASFI/DSR II/R-13773/2011 (Notificación de cargos), que la entidad ahora recurrente ha incumplido las disposiciones del artículo 50º de la Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999 "al no haber activado el seguro de desgravamen obligatorio de la señora Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Bayá", al fallecimiento de la misma acaecido en fecha 8 de enero de 2008.

2.2.1 Sobre la no activación del seguro.-

La ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",*** *en el Recurso Jerárquico señala que para activar el seguro, requería del certificado de defunción y de la Declaratoria de Herederos, documentos con los que comienza su actuar por*

ante la aseguradora, siendo requisito indispensable la comunicación por parte de los deudores sobre el fallecimiento de un deudor, para activar el seguro.

A este respecto, el informe /ASFI/DSR II/R-136202/2010 cursante de fojas 24 a 35, establece que:

> *"De la documentación proporcionada, tanto por los reclamantes como por parte de la Entidad se observa que el contrato de crédito de 7 de septiembre de 2006 consigna en su cláusula primera que el mismo se encuentra cubierto por el Seguro de Desgravamen Hipotecario por cuenta de la Mutual "El Progreso". Sin embargo, una vez acaecido el fallecimiento de la co-deudora, Sra. Carmen Ninoschka Liendo, el mismo no ha sido activado por la Mutual, bajo el argumento de que los prestatarios no habrían hecho ningún pago de las pólizas correspondientes…"*

La cláusula primera del documento privado de fecha 6 de septiembre de 2006, ha señalado que la cobertura del Seguro de Desgravamen Hipotecario está condicionada, a que los prestatarios tengan su crédito en Cartera vigente y que cumplan con los requisitos exigidos por la compañía de seguros.

El contrato de préstamo por $us. 2.000.- si bien establece encontrarse "cubierto por el Seguro de Desgravamen Hipotecario", en cambio no señala cuál el riesgo o contingencia que vaya a dar a lugar a la indemnización; no obstante, queda claro tanto para las partes -en el común de sus actuaciones- como el propio Ente Supervisor, en que tal seguro opera por el fallecimiento de uno o ambos prestatarios.

La recurrente sobre el particular menciona en su nota E.P. 69/2011 de fecha 20 de julio de 2011 lo siguiente:

> *"…esta Mutual no puede activar la cobertura de seguro de desgravamen, porque dicho monto de préstamo estaba en mora y uno de los codeudores actualmente vive…"*

La entidad financiera asumió para con sus prestatarios la obligación de contratar un Seguro de Desgravamen Hipotecario para el caso de muerte de los mismos, que ampare el crédito otorgado, obligación que ha sido expresamente determinada en la cláusula primera del documento privado de fecha 6 de septiembre de 2006, y no con tal contundencia para el préstamo de $us.11.000.- y para lo cual se condicionaba a que la parte prestataria cumpla con los requisitos exigidos por la "Cia. de Seguros" (sin embargo de no hacer mención a cuáles los requisitos para activar el seguro, como tampoco cuál la compañía aseguradora a la que los prestatarios deban acudir para conocer sobre lo mismo), como que el crédito no se encontrara en mora o incluso respecto a la cobertura adicional que otorga este tipo de seguros.

Es así que resultan varios los aspectos determinantes en torno a la activación del seguro:

- *A decir de la recurrente, al fallecimiento de la señora Carmen Ninoschka Liendo, los interesados (el grupo familiar Bayá) no acreditaron documental e idóneamente tal fallecimiento mediante el certificado de defunción a ser presentado a la compañía de seguros, además que el crédito se encontraba en mora, por cuanto ha existido un mal cálculo de las cuotas a tiempo de la contratación del -primer- préstamo por $us. 11.000.- que determinó el pago errado de la obligación en defecto.*

- *Según el grupo familiar Bayá, ha existido una mala aplicación de las amortizaciones lo que determina un pago en exceso del crédito, y por tanto, la inexistencia de la mora.*

- *Estando involucrados dos contratos de crédito, **el seguro de desgravamen sólo está previsto expresamente para el segundo** (el otorgado por $us. 2.000.-), sin embargo, al haberse consolidado en la práctica de la entidad financiera e incluso la obligación de la contratación del gravamen, debe determinarse si los pagos realizados corresponden imputarse contra el primer préstamo, contra el segundo préstamo, contra ambos y en qué montos, de manera tal se pueda conocer si efectivamente ese segundo contrato se encontraba en mora a tiempo del fallecimiento de la señora Carmen Ninoschka Liendo y teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 316° del Código Civil (modo de hacer la imputación del pago en caso de varias deudas de la misma especie con el mismo acreedor).*

- *Las obligaciones tanto de los asegurados (Prestatarios) y las de la tomadora y beneficiaria es decir la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**.*

*Análisis que se extraña en la Resolución Administrativa de la ASFI, limitándose la Autoridad Supervisora a imputar el cargo y consiguiente sanción, sin realizar la debida fundamentación cual manda el procedimiento administrativo, donde mínimamente se analice, las obligaciones de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO",** frente al seguro de Desgravamen Hipotecario, los requisitos que debió haber cumplido el prestatario sobreviviente, el análisis de los dos contratos y su repercusión frente a la supuesta mora que aduce la entidad recurrente. Más por el contrario la Resolución Administrativa denota una contradicción entre lo desarrollado y lo imputado.*

Sin perjuicio de la contundencia de la fundamentación anterior y en lo que en concreto atañe al cumplimiento de los requisitos exigidos por la compañía de seguros, es importante señalar que no puede bajo ningún concepto requerirse documentos no contemplados para dar el aviso a la compañía aseguradora, cual es

la Declaratoria de Herederos, situación que a su vez debió ser considerada por la ASFI a tiempo del desarrollo de su parte Considerativa.

Es así que siguiendo dicha línea de razonamiento, la ASFI debió requerir las Pólizas de Seguro, así como realizar el análisis correspondiente sobre la normativa de seguros que respalda dicha cobertura, para de esta manera contar con el pronunciamiento fundamentado al que estaba obligada.

Esta ausencia de fundamentación, evidenciando el incumplimiento de principios de derecho administrativo, ha generado sin duda la indefensión de la recurrente, por cuanto y conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha determinado:

> *"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).*
>
> *La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como* ***el derecho a la defensa****, a la igualdad, etc****., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes****" (las negrillas son nuestras)…*
>
> ***En cuanto al derecho a la defensa:***
>
> *En ese sentido, la jurisprudencia contenida en la SC 1534/2003-R definió al derecho a la defensa como "...****potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio*** *presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea.*

Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente…"; jurisprudencia que ha sido reiterada en la SSCC 0183/2010-R, 02817/2010-R, entre otras (....)"

2.2.2. Sobre la inaplicabilidad del artículo 50° de la Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999.-

De la revisión del artículo 50° de la merituada Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999 referida al Reglamento sobre Calificación y Evaluación de la Cartera de Créditos "aprobado por el Comité de Normas Financieras de Prudencia" (y que en la nota de cargos que da origen al proceso sancionador, resulta ser la norma infringida con respecto al Cargo N° 2), se evidencia que tal norma determina lo siguiente:

> *"…Artículo 50°- Las entidades financieras* ***deben contar con información confiable y oportuna sobre la situación de sus deudores y las conclusiones fundadas de sus riesgos y posibles pérdidas****.*
>
> *Para ello* ***deberán mantener la documentación que refleje, en todo momento, los antecedentes y la evolución de las operaciones de crédito de sus clientes, incluyendo en los respectivos archivos la información mínima siguiente****:…" (y sigue una larga serie de requisitos documentarios, incluida la "copia de las pólizas de seguros contratados vigentes y endosadas en favor de la entidad financiera, sobre los bienes recibidos en garantía", en función a los diversos tipos de créditos; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De donde resulta que el artículo 50° del Reglamento sobre Calificación y Evaluación de la Cartera de Créditos que ha servido para sancionar a la recurrente se refiere a la obligación de contar con información confiable y oportuna sobre la situación de sus deudores, para lo que las entidades de intermediación financiera, como parte de esa misma obligación, deben mantener la documentación que refleje tales antecedentes.

Consiguientemente, a tiempo de la notificación con los cargos se ha utilizado una norma ambigua para el caso de autos, cuando necesariamente debieron fundarse los mismos en normas expresas y más aún cuando se evidencia de la ausencia de una debida fundamentación.

Toda vez que por disposición del artículo 4°, inciso c) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, correspondía al Ente Supervisor asegurar a los administrados (recurrente y terceros interesados) el debido proceso administrativo, donde debe quedar claro que la imposición del Cargo N° 2 basada en una norma abstracta y en exceso genérica para con la supuesta infracción y la ausencia de fundamentación, importa precisamente violación a ese debido proceso, por cuanto resulta en una actuación

administrativa sujeta de anulación.

3. COEXISTENCIA DE UN PROCESO COACTIVO DE COBRANZA.-

Particular atención merece el hecho de existir una acción -jurisdiccional-coactiva de cobranza, intentada por la ***ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"*** *contra los señores Marcelo Bayá Pradel, Marcela Ximena Bayá Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo, la que de acuerdo a la Sentencia N° 20/2009 pronunciada por el señor Juez quinto de instrucción en lo civil de la ciudad de Oruro, se limita únicamente al préstamo con garantía hipotecaria de $us. 11.000.-, entonces y por la deficiencia hipotecaria en el segundo crédito (el de $us. 2.000.-).*

Dentro de la mencionada acción judicial, el señor Marcelo Bayá Pradel ha sido citado y notificado en fecha 22 de julio de 2009, y las señoras Marcela Ximena Baya Liendo y Claudia Alejandra Bayá Liendo, mediante edictos conforme se evidencia de las publicaciones que han sido acumuladas al correspondiente expediente y así conocidas por el Juez de la causa en fecha 15 de septiembre de 2009. A tales hechos, se contrapone la notificación de los cargos que constan en la nota ASFI/DSR II/R-13773/2001 de fecha 4 de febrero de 2011 y correspondiente al presente proceso sancionador (ahora en instancia jerárquica) que consta en la nota ASFI/DSR II/R-13773/2001.

Es pertinente dejar constancia que el Proceso de ejecución coactiva civil de garantías reales sobre créditos hipotecarios y prendarios está circunscrito a la materia del Derecho Procesal Civil, y tiene por finalidad señalada en el artículo 48° de la Ley N° 1760 de 28 de febrero de 1997 (de Abreviación) lograr la efectividad coactiva de un derecho de cobro de suma líquida, sustentado en títulos con características particulares, por ello denominados coactivos.

Por su parte y siguiendo a Escola en su Compendio de Derecho Administrativo, el Derecho Administrativo Sancionador tiene por finalidad imponer sanciones "a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que sea aplicable por la Administración Pública en cada caso".

Por tanto, dentro del proceso sancionatorio que nos ocupa, al Ente Regulador le corresponde circunscribir las decisiones que asume a la última definición señalada, es decir, a fundamentalmente sancionar la inobservancia al ordenamiento normativo administrativo, cuidando que los efectos de sus decisiones no generen controversia con las que emane la jurisdicción y cuidando que, conforme al artículo 117°-II de la Constitución Política del Estado, "nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho" y que, en el caso de autos, el proceso judicial se inició con antelación al trámite del proceso administrativo.

En base a tales fundamentos, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI

047/2011 de 16 de septiembre de 2011, ha resuelto:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI Nº 262/2011 de 9 de marzo de 2011* ***inclusive****, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…*"

Entonces, las infracciones que se atribuyen al crédito objeto de la controversia, tanto el otro proceso administrativo sancionador como del presente, radican en:

1. Haber modificado unilateralmente los alcances del contrato de préstamo suscrito con los señores Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya y Marcelo Bayá Pradel.

2. No haber activado el seguro de desgravamen obligatorio de la señora Carmen Ninoschka Liendo Ocampo de Baya al fallecimiento de la misma.

Es así que, de la correcta revisión de la notificación de cargos (nota ASFI/DSR II/R-13777/2011 de fecha 4 de febrero de 2011), se evidencia no haberse dejado constancia precisa de estos extremos, sino que se ha limitado a señalar no haberse "*advertido al Directorio, por escrito, sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales incurridas por parte de los administradores de la entidad de intermediación financiera, con relación a las operaciones crediticias antes señaladas*", sin establecer cuáles eran esas infracciones, dando por hecho la existencia de las mismas, e infringiendo de esa manera el debido proceso administrativo que se encuentra previsto por el artículo 4. inciso c), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, cuando establece que "*la actividad administrativa se regirá por los siguientes principios… c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados* ***el debido proceso;***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como resultado de ello, el ahora recurrente señor **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO,** no ha podido ejercer su derecho a la defensa, cuando la notificación de cargos le atribuye "*no haber advertido al Directorio, por escrito, sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales incurridas por parte de los administradores de la entidad de intermediación financiera, con relación a las operaciones crediticias antes señaladas*", sin mencionar en que radicaba dichas infracciones.

Entonces el Auditor Interno, ha actuado dentro del presente proceso, con lo que él considera como cierto respecto a la imputación que ha recibido, donde él habría advertido al Directorio de su entidad, sobre el cumplimiento o incumplimiento de las normas. Este hecho fundamental ha determinado el carácter confuso del presente proceso, ocasionado por la omisión y oscuridad de la notificación de cargos imputada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, carácter confuso que se incrementa cuando la Resolución Administrativa ASFI Nº 458/2011 de 30 de mayo de 2011 (que resuelve el Recurso

de Revocatoria previo) señala en su parte de Vistos, pronunciarse a un *Recurso de Revocatoria interpuesto la Mutual de Ahorro y Préstamo para Vivienda "El Progreso"* cuando el recurrente es, como se tiene dicho, el señor **ROBERTO GONZALO SILLERICO OVANDO**, y cuando en su artículo primero, la misma Resolución Administrativa resuelve "*CONFIRMAR, la Resolución ASFI No. 318/2011 de 15 de marzo de 2011*" cuando la Resolución Administrativa, en ese entonces impugnada es de fecha **30** de marzo de 2011.

Congruentemente con lo anterior, es pertinente mencionar lo señalado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004 cuando señala:

> "*Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16* (corresponde al artículo 117 de la Constitución vigente) *consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que* ***se prohíbe la imposición de toda sanción****, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción,* ***sin ejercicio de la defensa****. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo,* ***entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos****.*
>
> *El citado Articulo 16 parágrafo III. de la Constitución Política del Estado expresa que: "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal..." garantía que consiste en que toda persona que sea acusada de haber cometido falta o contravención tiene derecho a ser procesado previamente a la aplicación de cualquier pena o condena.*
>
> *El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Todo lo anterior sirve para determinar que la Entidad Reguladora, ha inducido a confusión al ahora recurrente, impidiéndole de un correcto ejercicio de su derecho de defensa, por cuanto se le ha impedido puede ejercer la misma respecto al tema central de la controversia, todo ello en infracción al debido proceso que debe caracterizar al proceso administrativo.

Asimismo, dada la existencia de otro proceso administrativo sancionador seguido contra la

Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso", sustanciado por la misma controversia, importará que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero considere sus determinaciones al encontrarse ambos íntimamente relacionados, de tal manera que la resolución final del otro proceso, tendrá necesariamente determinación sobre el resultado final del presente, proceso que deberán cumplir con el debido proceso y los precedentes dados por esta instancia jerárquica.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota ASFI/DSR II/R-13777/2011 de fecha 4 de febrero de 2011 inclusive, debiendo en consecuencia dictarse nueva nota de cargos, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO SOCIEDAD ANÓNIMA

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 472/2011 DE 08 DE JUNIO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 059/2011 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 059/2011

La Paz, 04 de noviembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 472/2011 de 8 de junio de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 329/2011 de 12 de abril de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 031/2011 de fecha 31 de agosto de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 131/2011 de fecha 17 de octubre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 1° de julio de 2011, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** representada legalmente por su Gerente General, Lic. Nelson Germán

Gerardo Hinojosa Jiménez, conforme lo acredita el Testimonio de Poder N° 188/2002 de fecha 10 de octubre de 2002, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 15 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Cristina Ibañez Brown, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 472/2011 de 8 de junio de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 329/2011 de 12 de abril de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-67325/2011 con fecha de recepción 6 de julio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 472/2011 de 8 de junio de 2011.

Que, mediante providencia de fecha 7 de julio de 2011 se dispuso que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero certifique la fecha de notificación a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** y a quién se notificó con la Resolución Administrativa ASFI N° 472/2011 de fecha 8 de junio de 2011, disposición que es atendida por nota ASFI/DAJ/R-70669/2011 de fecha 13 de julio de 2011 en la que el Ente Regulador señala que:

> "…*se notificó a Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A. con la Resolución ASFI N° 472/2011 de 8 de junio de 2011, en fecha 15 de mayo de 2011, según consta el sello de recepción de la entidad, dicha notificación fue efectuada de conformidad al domicilio señalado en el memorial de Recurso de Revocatoria*…"

Que, en atención a que dicha certificación determinaría que la Resolución Administrativa ASFI N° 472/2011 de fecha 8 de junio de 2011, habría sido notificada en fecha 15 de mayo de 2011, entonces con anticipación a su emisión, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 166/2011 de fecha 15 de julio de 2011 se conminó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a que ratifique el contenido de la nota ASFI/DAJ/R-70669 de 13 de julio de 2011 y certifique sobre los extremos solicitados

El Ente Regulador, mediante nota ASFI/DAJ/R-72784/2011 de 19 de julio de 2011, hace presente los extremos siguientes:

> "…*se notificó a la citada entidad con la Resolución ASFI N° 472/2011 de 8 de junio de 2011, en fecha 15 de junio de 2011, según consta el sello de recepción de Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., para el efecto dicha notificación fue realizada en el domicilio de la entidad de conformidad a lo señalado en el memorial de Recurso de Revocatoria*…"

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 21 de julio de 2011, notificado en fecha 26 de julio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 472/2011 de fecha 8 de junio de 2011.

Que, en fecha 12 de agosto de 2011, se llevó adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores: Lic. Marcelo Daniel Linares Linares, Gerente Nacional de Finanzas; Dr. Carlos Claros Ascarrunz, Asesor Legal Nacional; Dr. Javier Urcullo Sologuren y Dr. Daniel Mariaca Álvarez (Asesores Legales Externos) en representación de **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A**.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-95987/2011 de fecha 14 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero acreditó la documentación complementaria que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 210/2011 de fecha 7 de septiembre de 2011 y a requerimiento de **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A**. conforme consta en el memorial presentado en fecha 24 de agosto de 2011; asimismo, mediante nota ASFI/DAJ/R-99932/2011 de fecha 23 de septiembre de 2011, acreditó la documentación complementaria que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 222/2011 de fecha 21 de septiembre de 2011.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Por nota ASFI/DSV/R-22713/2011 de 25 de febrero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó con cargos a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A**., en los términos transcritos a continuación:

> "…*Mediante la presente, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en base al Informe Técnico ASFI/DSV/R-98421/2010 de 27 de septiembre de 2010, estableció el siguiente cargo a* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.****:*
>
> *La Sociedad en julio de 2010, habría efectuado una emisión de Certificados de Depósitos a Plazo Fijo seriados con características y condiciones distintas a las autorizadas por el Órgano Regulador.*
>
> *Dicha conducta, constituiría infracción a lo dispuesto en la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003.*
>
> *En caso de verificarse el cargo mencionado, constituirá causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores; por lo que, de conformidad al artículo 67 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo D.S. Nº 27175, se concede a* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.,*** *el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha*

de notificación con la presente nota, para la presentación de los descargos que correspondan…"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota FFP/EXT/GNOT/0685/2011 de 24 de marzo de 2011, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** establece los extremos siguientes:

"*…A efectos de lograr un mejor entendimiento sobre las motivos* (sic) *y razones que tuvo FORTALEZA FFP S.A. para realizar la diferenciación de los CDPF`s, es importante resaltar el problema que ha estado enfrentando nuestra entidad, consistente en que un creciente número de Certificados de Depósitos a Plazo Fijo (CDPF´s) han sido objeto de operaciones de arbitraje.*

Dicha situación se presenta principalmente por personas naturales, quienes se apersonan como ahorristas del Fondo, pero en realidad sólo buscan beneficiarse de las condiciones preferentes que la entidad otorga a este tipo de clientes, para obtener ganancias en el corto plazo, afectando de esta manera a la entidad con un mayor costo financiero del que podría obtener en forma alternativa de otras fuentes (Instituciones o Entidades Financieras). Adicionalmente, estas operaciones ocasionan que se nuestros (sic) *depósitos tiendan a concentrarse los pasivos en inversores institucionales y entidades de intermediación financiera, escenario sobre el que no es posible ejercer un control efectivo puesto que depende de factores exógenos.*

Por lo señalado y bajo el concepto que los CDPF´s son productos u operaciones bancarias como cualquier otro, la administración tomó la decisión de diferenciar los indicados CDPF´s, señalándolos con el denominativo SERIE "A" y SERIE "B" (No Bursátil)", amparándonos en la facultad genérica que nos otorga la Ley de Bancos y Entidades Financieras en sus artículos 35, 36, 37, 38 y 76 y el Reglamento de Depósito a Plazo Fijo Sección 2, Art.6, de poder diferenciar nuestros productos con una denominación única.

Es importante resaltar que, a efectos de informar y mantener un adecuado proceder con nuestros reguladores, FORTALEZA FFP S.A. comunicó esta decisión tanto a la ASFI mediante nota FFP/GNF/E/030-2010 de fecha 4 de junio de 2010; como a la Bolsa Boliviana de Valores(BBV) (sic) *mediante nota FFP/GNF/E/029-2010 de fecha 4 de junio de 2010, a cuyas notas se adjuntan los especímenes de los certificados en los cuales se consignaban las modificaciones a realizarse y se les informaba que se pretendía aplicar esta determinación inicialmente el* ***24 de junio de 2010 y luego el 6 de julio de 2010****.*

Sin embargo, ninguna de estas notas fue oportunamente respondida u objetada por la BBV o por la Dirección de Valores de la ASFI. Sólo después de la implementación de nuestra decisión, en fecha 6 de julio de 2010, nos remitieron la nota ASFI/DSV/R-75118/2010 en la que nos solicitan la suspensión de la circularización de los indicados

certificados. Una vez conocido el contenido su (sic) *Nota ASFI/DSV/R-75118/2010, nuestra entidad suspendió inmediatamente la emisión de los CDPF´s diferenciados, instruyéndose a nuestras diferentes Sucursales y Agencias que procedan al cambio de dichos CDPF´s, tarea que fue realizada de manera íntegra, no existiendo a la fecha ningún CDPF´s* (sic) *de dichas características en circulación en el mercado.*

Al efecto es importante, señalar que no se ha presentado ningún tipo de daño al mercado, ya que las persona (sic) *que adquirieron los CDPF´s NO BURSATILES* (sic), *tenían pleno conocimiento de dicha característica al momento de adquirir el mismo, puesto que se les informaba de las características contenidas en el mismo, aceptando expresamente las condiciones señaladas. Adicionalmente, los CDPF´s fueron retirados y cambiados en su totalidad, como ya se dijo anteriormente.*

De una relación adecuada de los hechos, podemos establecer lo siguiente:

- *Nuestra entidad, de manera oportuna y propicia, notificó a las entidades regulatorias llamadas al efecto, sin contar con la respuesta oportuna de las mismas, a efectos de que no incurramos en error, ya que las comunicaciones fueron presentadas por nuestra parte con la debida anticipación a la aplicación de la medida.*

- *Al momento de informar a la ASFI y BBV la emisión de los cuestionados CDPF´s se adjuntaron los correspondientes especímenes para su revisión, los cuales establecían las modificaciones que se realizarían.*

- *Nuestra entidad, únicamente determinó la bursatilidad o no de los CDPF´s emitidos. De ninguna manera, y así lo hicimos notar en reiteradas oportunidades, eliminamos el registro en el RMV de esos instrumentos ni su oferta pública.*

- *Inmediatamente después de que su entidad nos comunicó observaciones al procedimiento que iniciamos, procedimos a retirar los CDPF´s diferenciados del mercado, no porque consideremos que hayamos incurrido en un error, sino para iniciar un nuevo procedimiento acordado con la ASFI y con la BBV.*

- *Nuestra argumentación para efectuar la diferenciación de CDPF´s con transacción bursátil y sin transacción bursátil, se basa única y exclusivamente en que FORTALEZA FFP S.A., en aplicación de la Legislación del Mercado de Valores, se encuentra facultada para determinar, de manera libre y voluntaria, cuáles CDPF´s que emite se pueden registrar en la Bolsa y cuáles no. Esta es una decisión privativa del emisor y no tiene que estar restringida o limitada por ninguna autoridad pública y menos por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (BBV).*

- *En consecuencia, la determinación totalmente válida de no registrar ciertos CDPF´s en la BBV, debía ser informada adecuadamente a las personas que abrieron CDPF´s con FORTALEZA FFP S.A., situación que fue claramente señalada e incluida en el mismo Certificado, sin que esto afecte al espécimen que fuera*

originalmente presentado a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para obtener la autorización de oferta pública de nuestros CDFS´s. Como bien lo señala su denominación, el espécimen es una muestra o un modelo: las condiciones esenciales de ese modelo no pueden variar ni ser modificadas, pero temas de aclaración y de información al público que FORTAELZA (sic) *quisiera incluir, no afecta a ese modelo que en lo esencial se ha mantenido siempre sin modificaciones.*

- *En consecuencia, no consideramos que hayamos incumplido con la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo 2003Adicionalmente* (sic)*, no existe ninguna afectación al mercado ni a ninguna persona que participe en él, ni índole económico o de cualquier otro tipo que se pudiera establecer, situación que debe ser plenamente valorada para calificar la conducta de FOTALEZA* (sic) *FFP S.A.*

- *Debemos aclarar, por último que la bursatilidad de los CDPF´s que fueron emitidos antes de la determinación cuestionada, se mantuvieron con plena posibilidad de ser transados a través de la BBV, sin existir ninguna modificación o alteración a los mismos, por lo que los derechos de sus tenedores no fueron de ninguna manera afectados.*

Conclusión.

Con los argumentos expuestos, consideramos que nuestra entidad no ha incumplido la normativa vigente y por lo tanto la conducta de FORTALEZA FFP S.A. no se adscribe a un incumplimiento de lo señalado en la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003.

Solicitamos a Usted evaluar los descargos presentados, aplicando el criterio de sana crítica y valoración razonada, de acuerdo con el artículo 67 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, y dictar resolución desestimando la sanción administrativa que se pretende imponer a FORTALEZA FFP S.A. …"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 329/2011 DE 12 DE ABRIL DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 329/2011 de 12 de abril de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sanciona a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, bajo los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el numeral 12 del artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores Nº 1834 de 31 de marzo de 1998, dispone que es función y atribución de ASFI autorizar la inscripción en el Registro del Mercado de Valores de los Valores de oferta pública.

Que, mediante Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, se aprobó el Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

Que, el artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores dispone que las entidades de intermediación financiera legalmente constituidas en el país podrán inscribir sus Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s) en el Registro de Mercado de Valores, con el propósito de hacer oferta pública de los mismos, pudiendo ser transados en las Bolsas de Valores del país siempre que además cumplan con los requisitos que las normas internas de dichas Bolsas establezcan para el efecto.

Que, el artículo 63 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores prevé en el caso de que las características de los DPF´s emitidos sean modificadas, la entidad financiera emisora deberá emitir un nuevo DPF de acuerdo a las nuevas características y condiciones del Valor.

Que, mediante Resolución Administrativa N° 234 de 31 de marzo de 2003, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros actual ASFI, autorizó e inscribió en el Registro del Mercado de Valores la totalidad de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s) emitidos y por emitir de ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *para su oferta pública.*

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, establece, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de ASFI:

Numeral 1) cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Numeral 2) regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado.

Numeral 17) supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.

Numeral 25) emitir Resoluciones Administrativas necesarias para instrumentar la aplicación y el cumplimiento de la Ley y sus reglamentos.

Que, el inciso a) del artículo 108 de la referida Ley, modificado por Sentencia Constitucional N° 0042/2004 de 22 de abril de 2004 dispone que, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan, la Autoridad de Supervisión aplicará a los infractores de las disposiciones de dicha Ley, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas según la gravedad del caso, entre otras, las sanciones de amonestación escrita y multa que serán aplicadas mediante resolución administrativa que admitirá los recursos previstos por Ley.

Que, mediante Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, se aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 3 dispone que, los principios de legalidad, legitimidad, igualdad y proporcionalidad regirán la atribución sancionadora de ASFI.

Que, el artículo 4 del Decreto Supremo No. 26156 dispone que ASFI aplicara (sic) *sanciones en el marco de los principios establecidos por el artículo 3 previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción que se establecen en el artículo 11.*

Que, el artículo 11 del Decreto Supremo No. 26156 establece que ASFI aplicará las sanciones sobre la base de las siguientes circunstancias de la infracción:

a) La acción deliberada o no, del presunto infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.

b) El perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción.

c) Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción.

d) Las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el Mercado de Valores.

e) Los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero.

Que, el inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Sanciones Administrativas, establece que la sanción de multa será aplicada a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos.

Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo precedente, a efectos de aplicar la sanción de multa, el incumplimiento imputado debe ajustarse a cualquiera de los tres supuestos descritos, sin ser necesario que concurran las tres condiciones en una misma infracción para la imposición de la sanción de multa.

Que, el artículo 13 del Decreto Supremo No. 26156, establece las Multas Aplicables, salvo lo específicamente establecido en materia de información, al efecto, ASFI aplicará la sanción de multa, respetando los principios señalados en el artículo 3 y considerando lo establecido en el artículo 11 del mencionado Decreto Supremo, según los rangos que se describen a continuación:

a) Primer Rango : Desde $us. 500.00 hasta $us. 10.000.00
b) Segundo Rango: Desde $us. 10.001.00 hasta $us. 20.000.00
c) Tercer Rango : Desde $us. 20.001.00 hasta $us. 35.000.00
d) Cuarto Rango : Desde $us. 35.001.00 hasta $us. 70.000.00

La aplicación de los rangos señalados se sujetará a lo dispuesto por el Capítulo I del Título III del Decreto Supremo No. 26156.

Que, el artículo 20 del Decreto Supremo No. 26156, dispone que en sujeción al alcance de las sanciones señaladas en el artículo 12 del citado reglamento y en el marco de lo establecido en el artículo 3 y 11 (sic) *de la misma normativa, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, podrá aplicar sanciones por causa de los hechos, actos u omisiones siguientes: Inciso b) multas por las siguientes causales conforme a los rangos correspondientes: Segundo rango, numeral 3: Realizar operaciones no autorizadas por el Órgano de Supervisión.*

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-33976/2011 se ratificó el cargo imputado de acuerdo al siguiente análisis:

- ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, argumenta que sus Certificados de Depósitos d Plazos Fijo (CDPF´s) han sido objeto de operaciones y arbitraje, principalmente por personas naturales, quienes se apersonan como ahorristas, pero que en realidad sólo buscan beneficiarse de las condiciones preferentes que tiene su entidad, para obtener ganancias en el corto plazo.*

  *El argumento expuesto anteriormente, no justifica, que **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, realice operaciones con las decisiones y pretensiones instauradas solo por ésta, ya que las operaciones bursátiles que señala la entidad deben ser objeto de autorización.*

- *Por otra parte, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** hace mención de forma genérica a los artículos 35, 36, 37, 38 y 76 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el artículo 6, Sección 2 del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, mismos que no contemplan ningún procedimiento respecto a procedencia o no de la emisión de CDPF en forma Seriada.*

- *Es evidente que **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, remitió las notas FFP/GNF/E/030-2010 de 4 de junio de 2010 y FFP/GNF/E/037-2010 de 23 de junio de 2010, mediante las cuales informaron sobre la emisión de los certificados en forma seriada. Sin embargo, es importante resaltar que las mencionadas cartas, al ser simplemente recepcionadas, no se constituyen en sinónimo de aceptación y/o autorización, por parte de este órgano de Supervisión, mucho menos tratándose de determinaciones arbitrarias realizadas por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO***

***PRIVADO S.A.**, ya que las mismas posteriormente estarían sujetas de análisis y valoración por ASFI.*

- *ASFI, remitió la nota ASFI/DSV/R-75118/2010 de fecha 28 de julio de 2010, misma que señalaba que, en tanto este Órgano de Supervisión no se pronunciare sobre las características de los especímenes de los Certificados de los Depósitos a Plazo Fijo (DPFs), se suspenda su circulación.*

- *Como se puede determinar, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, no obro* (sic) *prudentemente, ya que realizó actos y operaciones de forma acelerada sin contar con una respuesta oficial por parte de este Órgano de Supervisión.*

- *Cabe señalar por otra parte, que el Reglamento de Depósito a Plazo Fijo, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Capítulo II, Sección 2 en su artículo 11, en concordancia con el artículo 1384 del Código de Comercio, establece que los CDPF´s pueden ser negociados por sus tenedores en el mercado secundario, en este entendido, es atribución del tenedor del CDPF realizar o no la transacción en el Mercado Bursátil, y no así como lo determinó la Sociedad.*

- *En consecuencia, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, ha realizado la emisión de Certificados de Depósitos a Plazo Fijo seriados, sin contar con la autorización de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), al contemplarse este hecho en una acción deliberada por parte del Emisor y al omitir la aprobación del ente Regulador, con el fin de obtener ventajas directas frente a los participantes del Mercado de Valores.*

Que, mediante Informe Legal ASFI/DSV/R-35009/2011, ASFI efectuó el siguiente análisis en relación a los cargos notificados, así como a los argumentos de descargo presentados concluyendo lo siguiente:

- ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** hace una relación de los motivos y razones que dieron lugar a realizar la diferencia de los CDPF´s, al respecto es necesario considerar que las mismas no impiden a la Sociedad, sujetar su accionar a los procedimientos y formas previstas en la Normativa, más aún, cuando el ente regulador mediante Resolución Administrativa 234/2003 autorizó la oferta pública de DPF´s bajo ciertas condiciones y características propuestas por la misma Sociedad **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.***

- *Sobre "la facultad genérica de poder diferenciar productos u operaciones bancarias con una denominación única", es necesario manifestar a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** que si bien cuenta con facultades para diferenciar productos y operaciones bancarias para el campo de la intermediación financiera, a partir de la inscripción y autorización de oferta pública de los DPF´s en el Registro del Mercado de Valores, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** se halla además obligada a dar cumplimiento a la Ley*

del Mercado de Valores, el Reglamento del Registro del Mercado de Valores y a las Resoluciones que sean emitidas por el órgano Regulador dentro de sus atribuciones y competencias.

El cumplimiento a la Ley de Bancos, no significa que ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *haya cumplido con la Normativa que regula el Mercado de Valores, por tanto el argumento resulta insuficiente para levantar el cargo.*

- *En cuanto a que* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *habría comunicado su decisión a ASFI y a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., se establece que el envío de información al Mercado de Valores, no implica una autorización por la Autoridad Reguladora, pues la misma, solamente puede ser establecida a través de un acto administrativo idóneo que* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *no solicitó, pues simplemente comunicó una decisión adoptada por los ejecutivos de la Sociedad.*

  En referencia a este argumento, se hace imprescindible señalar la aplicación del artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo que considera acto administrativo a toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, que produce efectos jurídicos y es obligatoria, exigible, ejecutable y se presume legítima, condiciones que en el presente caso no se cumplieron.

- *Sobre el envío a esta institución de los DPF´s los cuales establecían las modificaciones que se realizarían, cabe considerar que modificar las características de un DPF inscrito en el RMV requiere de una autorización diferente a la que fuera emitida mediante Resolución Administrativa No. 234 en la gestión 2003.*

- *Finalmente, en cuanto al argumento de que* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *puede determinar de manera libre y voluntaria cuales* (sic) *DPF´s se registran en Bolsa, es una afirmación que no fue objeto de observación ni forma parte del presente proceso administrativo sancionatorio.*

- *Consiguientemente, con el fin de modular la sanción aplicable se debe considerar en primer término que la actividad administrativa se rige entre otros principios por el de "legalidad", principio que prevé el establecimiento de una norma que predetermine la infracción y la sanción que para el caso que nos ocupa se halla prevista en el artículo 20, segundo rango, Inciso b) multa por emitir CDPF´s con características y condiciones distintas a las autorizadas mediante Resolución Administrativa No. 234/2003, considerándose, por tanto, dicha conducta en una operación no autorizada por el Órgano de Supervisión.*

- *Asimismo, se debe tomar en cuenta en cuanto a las circunstancias de la infracción que la Sociedad retiro* (sic) *del Mercado de Valores los DPF´s emitidos y no autorizados por el órgano Regulador, la conducta no ha causado perjuicios en forma directa o indirecta al Mercado de Valores, los cuales sin embargo, no son*

*eximentes de la responsabilidad de la Sociedad, no hubieron consecuencias o repercusiones de la infracción en el Mercado de Valores y la Sociedad no es reincidente en esta infracción; consecuentemente, corresponde aplicar la sanción de **multa** mínima de Segundo Rango calculada en Bolivianos equivalente a $us. 10.001(DIEZ MIL UNO 00/100 DÓLARES AMERICANOS), de acuerdo a los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso b) del artículo 13 y numeral 3, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores…*"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

"…***RESUELVE:***

***PRIMERO.-** Sancionar a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** con una multa en bolivianos equivalente a **$us10.001.- (DIEZ MIL UNO 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, por incumplimientos* (sic) *a lo dispuesto en la Resolución Administrativa N° 234 de 31 de marzo de 2003, en sujeción a lo dispuesto en el Decreto Supremo No. 26156.*

***SEGUNDO.-** El importe de la sanción deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 11 de mayo de 2011, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 329/2011 de 12 de abril de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…***IV. RECURSO DE REVOCATORIA.***

A continuación pasamos a analizar y refutar cada uno de los argumentos en los que la ASFI respaldó su decisión de imponer a FORTALEZA FFP una multa en Bolivianos equivalente a $us.10.001.- (Diez mil uno 00/100 Dólares Americanos), en el mismo orden en el que dichos argumentos fueron plasmados por dicha institución reguladora en la R-ASFI 329.

4.1 Argumentos de orden general.

4.1.1 El Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

En la página 5 de la R-ASFI 329, la ASFI señala lo siguiente:

> *"Que, el artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores dispone que las entidades de intermediación financiera legalmente*

*constituidas en el país **podrán** inscribir sus Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s) en el Registro de Mercado de Valores, con el propósito de hacer oferta pública de los mismos, **pudiendo** ser transados en las Bolsas de Valores del país siempre que además cumplan con los requisitos que las normas internas de dichas Bolsas establezcan para el efecto." [Los subrayados y resaltados son nuestros].*

Respecto del texto citado, consideramos necesario destacar el carácter potestativo y no obligatorio de la conducta regulada a través del Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores (RMV), aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No.756 de 16 de septiembre de 2005.

El artículo 59 del Reglamento del RMV hace referencia a un derecho y no a una obligación que tienen las entidades de intermediación financiera legalmente establecidas en Bolivia, de inscribir sus CDPFs en el RMV para su oferta pública o en las Bolsas de Valores para su transacción. En este sentido, el Parágrafo IV del Artículo 14 de la Constitución Política del Estado indica lo siguiente:

> *"**IV.** En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban."*

Debe quedar claro que ninguna institución de intermediación financiera legalmente establecida en Bolivia, aún cuando hubiera inscrito sus CDPFs en el RMV y hubiera obtenido una autorización para su oferta pública, NO tiene la obligación de inscribir en (sic) *los CDPFs que emita en una Bolsa de Valores o puede determinar inscribir unos y otros no. Por mandato de nuestra Constitución, ninguna persona o institución estatal puede obligar a una institución de intermediación financiera legalmente establecida en el país, a ejercer su derecho de inscribir en el RMV los CDPFs que emita. Teniendo esto en cuenta, es obvio que si nadie puede obligar a una persona a ejercer un derecho, es mucho más grave el hecho de imponerle una multa por no haberlo ejercido.*

4.1.2 El Artículo 63 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

Por otro lado, debemos referirnos a lo expresado por la ASFI también en la página 5 de la R-ASFI 329, cuando señala:

> *"Que, el artículo 63 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores prevé en el caso de que las características de los DPF´s emitidos sean modificadas, la entidad financiera emisora deberá emitir un nuevo DPF de acuerdo a las nuevas características y condiciones del Valor."*

De una lectura al Artículo 63 del Reglamento del RMV, pudimos constatar que la parte de dicho artículo al que la ASFI hace referencia, indica lo siguiente:

> *"(…) Asimismo, en caso de que, **a solicitud del cliente, las características** de los*

DPF´s emitidos sean modificadas, la entidad financiera emisora deberá emitir un nuevo DPF de acuerdo a las nuevas características y condiciones de valor." [El subrayado y resaltado es nuestro]

Observamos entonces que una de las disposiciones la (sic) *cual la ASFI respalda su determinación de imponer una multa a FORTALEZA FFP, hace referencia a la obligación que tienen las instituciones de intermediación financiera de emitir nuevos CDPF´s, únicamente en caso de que las características de los mismos sean modificadas y que el cliente de la institución de intermediación financiera que emitió el CDPF, solicite una nueva emisión de dicho documento.*

Corresponde en este caso analizar si las dos condiciones de aplicación del Artículo 63 del Reglamento del RMV, contenidas en su propia redacción, fueron efectivamente cumplidas en el accionar de FORTALEZA FFP S.A.

i. Modificación de las características de los CDPFs emitidos por FORTALEZA FFP.

De acuerdo con el Artículo 6º del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo (DPFs), los datos que deben contener los CDPFs son, ***como mínimo****, los siguientes: a) Nombre y domicilio de la Entidad Financiera depositaria; b) Número correlativo pre impreso del certificado; c) Número correlativo generado automáticamente por el sistema; d) Lugar y fecha de emisión; e) Monto correspondiente al importe del depósito; f) Moneda; g) Nombre completo, denominación o razón social del titular o de los beneficiarios en caso de certificados nominativoso* (sic) *la leyenda "Al portador"; h) Plazo y fecha de vencimiento: i) Lugar de pago a momento de su vencimiento; j) Tasa de Interés Nominal, Tasa de Interés Efectiva Pasiva, modalidad y forma de pago del interés pactado; k) Código alfanumérico para identificar si se trata de un depósito renovado o si fue emitido por primera vez; l) Código alfanumérico para identificar si se trata de un depósito fraccionado; m) Código de registro en una Entidad de Depósito de Valores; n) Firma de los personeros autorizados y sello de la entidad financiera emisora; o) Espacio para registros de endosos; p)Espacio para el registro de fechas y montos de pago de intereses y para la firma y número de Cédula de Identidad de los interesados; y q) Transcripción de los párrafos de interés para el depositante de los artículos 6º al 20º del Reglamento de DPFs.*

Por otro lado, el Artículo 9º de la misma norma, al referirse a las ***características de los DPFs*** *señala las siguientes:*

a) *Monto;*
b) *Moneda;*
c) *Plazo de Vencimiento;*
d) *Tasa de Interés;*
e) *Numeración Pre impresa;*
f) *Numeración Automática asignada por el sistema;*

g) *Código de Identificaciónde* (sic) *CDPFrenovados* (sic) *o fraccionados o código de identificación de CDPFs representados mediante anotación en cuenta, cuando corresponda; y*

h) *Cualquier otra información de interés relacionada con suemisión* (sic).

Como resultado del análisis anterior, podemos concluir que de acuerdo con la reglamentación específicamente emitida por el ente regulador para DPFs, es decir el Reglamento de DPFs emitido por la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras hoy ASFI,la (sic) *negociabilidad o no negociabilidad de un CDPF en el Mercado Bursátil no solo no constituye una característica propia de este tipo de documentos, sino que ni siquiera es un dato necesario para su emisión que deba encontrarse consignado en ningún espécimen que haya sido presentado.*

Es más, el hecho de emitir CDPFs que consignan una leyenda que hace referencia a que no se encuentra inscritos (sic) *en la BBV no afecta a las características del DPF y por lo tanto su modificación es una potestad de la Entidad Financiera Emisora, utilizando el derecho que el Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo permite y aplicando el derecho que tiene la FORTALEZA* (sic) *FFP de decidir, a su sola discresión (sic), no registrar ese CDPF en la Bolsa de Valores.*

ii. Existencia de solicitudes de clientes de FORTALEZA FFP de modificación de los CDPFs emitidos.

Como resultado de una revisión de los archivos de nuestra institución, los cuales se encuentran a disposición de la ASFI en su calidad de autoridad supervisora del sistema financiero, podemos señalar con certeza que ni durante el plazo en el que los CDPFs No transables en Bolsa estuvieron en circulación, ni cuando su circulación fue suspendida por mandato de la ASFI, ninguno de los clientes de FORTALEZA FFP solicitó la modificación de los CDPFs Serie B emitidos por nuestra entidad.

Conclusión.

En atención al análisis desarrollado y expuesto en el presente punto, podemos aseverar que ninguna de las dos condiciones necesariaspara (sic) *la aplicación del Artículo 63 del Reglamento del RMV en actual vigencia fue cumplida, razón por la cual dicha disposición carece de aplicación al presente caso y por lo tanto no debió haber sido utilizado por la ASFI como sustento para la emisión de la R-ASFI 329 , ya que al hacerlo, ha sido vulnerado uno de sus elementos esenciales de todo Acto Administrativo, cual es la Causa del Acto, la cual de acuerdo con el inciso b) del Artículo 28º de la Ley de Procedimiento Administrativo No.2341 de 23 de abril de 2002, se refiere a que todo Acto Administrativo "…Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable." [El subrayado y resaltado es nuestro].*

4.1.3 El Artículo 11 del Decreto Supremo No.26156 de 12 de abril de 2001.

La página 6 de la R-ASFI 329 señala lo siguiente:

> *"Que, el artículo 4 del Decreto Supremo No.26156 dispone que ASFI aplicará sanciones en el marco de los principios establecidos por el artículo 3 previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción que se establecen el* (sic) *artículo 11.*
>
> *Que, el artículo 11 del Decreto Supremo No. 26156 establece que ASFI aplicará las sanciones sobre la base de las siguientes circunstancias de la infracción:*
>
> *a) La acción deliberada o no, del presunto infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción*
> *b) El perjuicio causado en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas o al mercado de valores con los actos u omisiones constitutivos de la infracción.*
> *c) Las ganancias, beneficios o ventajas obtenidas directa o indirectamente para sí o terceros como consecuencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción. Las consecuencias o repercusiones de las infracciones en el Mercado de Valores.*
> *d) Los antecedentes de las personas naturales y jurídicas sobre su accionar en el ámbito administrativo y/o en el sistema financiero."*

De un análisis y comparación de la redacción del Artículo 11 del Decreto Supremo No.26156 con los hechos imputados por la ASFI a FORTALEZA FFP a través de la R-ASFI 329, observamos que la ASFI, en la página 10 de la R-ASFI 329 señala lo siguiente:

> *"…la conducta (de FORTALEZA FFP) no ha causado perjuicios en forma directa o indirecta al Mercado de Valores, los cuales sin embargo no son eximentes de la responsabilidad de la Sociedad, no hubieron consecuencias o repercusiones de la infracción en el Mercado de Valores y la Sociedad no es reincidente en esta infracción; consecuentemente corresponde aplicar la sanción de* ***multa*** *mínima de Segundo Rango calculada en Bolivianos equivalente a $us.10.001 (DIEZ MIL UNO 00/100 DÓLARES AMERICANOS)…" [El resaltado es original del texto citado. El subrayado es nuestro].*

Teniendo en cuenta el texto antes citado, la ASFI da a entender que la causal por la cual ha impuesto a FORTALEZA FFP una multa de $us.10.001.- (Diez mil uno 00/100 Dólares Americanos), se debe a una supuesta "acción deliberada del infractor en los actos, hechos u omisiones constitutivos de la infracción".

Teniendo en cuenta que tal y como ha quedado demostrado en los puntos 4.1.1 y 4.1.2 del presente memorial, FORTALEZA FFP no ha cometido infracción alguna al ordenamiento jurídico vigente, la conducta descrita en el inciso a) del Artículo 11 del Decreto Supremo No. 26156 no ha sido cumplida y por tanto su aplicación no

corresponde al presente caso, ya que la propia existencia de la infracción es el requisito indispensable para la determinación de la forma en la que la misma ha sido cometida, es decir para determinar si la infracción cometida ha sido cometida de forma deliberada o no por parte de su autor.

Al no existir infracción por parte de FORTALEZA FFP, no solo es incorrecto, sino además imposible determinar si ésta ha sido cometida deliberadamente o no.

4.2 Los argumentos plasmados en el Informe Técnico ASFI/DSV/R-33976/2011.

En la página 7 de la R-ASFI 329, la ASFI señala que mediante el Informe Técnico ASFI/DSV/R-33976/2011 fue ratificado el cargo imputado a FORTALEZA FFP, en base a argumentos expuestos en dicho informe, los cuales a continuación pasamos a responder.

i. Autorización para la emisión de los CDPFs no transables en la Bolsa.

Inicialmente, la ASFI indica que el argumento que presentamos en nuestra Nota de Descargos, respecto de que los CDPFs emitidos por nuestra institución habían sido objeto de operaciones arbitrarias por parte de personas naturales que solo buscaban beneficiarse de las condiciones preferentes ofrecidas a través de dichos documentos, no justificaba el hecho que FORTALEZA FFP realizara operaciones bursátiles sin autorización de la ASFI.

Respecto de esta afirmación, respetuosamente solicitamos a la ASFI tomar en cuenta que de acuerdo con el Artículo Segundo de la Resolución Administrativa No. 234/2003 de 31 de marzo de 2003, emitida por la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, la totalidad de los CDPFs emitidos y por emitir de FORTALEZA FFP, se encuentran autorizados e inscritos bajo el registro No. SPVS-IV-DPF-FFO-007/2003, lo que quiere decir que la emisión de los CDPFs no transables en Bolsa se encontraba autorizada y permitida bajo el ordenamiento jurídico vigente, más aún considerando que conforme las aclaraciones realizadas en el punto 4.1.2 del presente memorial, las negociabilidad (sic) *o falta de ella de un CDPF, no constituye un* (sic) *característica propia de este tipo de documentos, razón por la cual no puede argumentarse que los CDFPs* (sic) *no transables en Bolsa de FORTALEZA FFP son CDFPs* (sic) *diferentes a los referidos en el Artículo Segundo de la Resolución Administrativa No.234/2003.*

ii. Nuestra Notas (sic) ***FFP/GNF/E/030-2010 de fecha 4 de junio de 2010 y FFP/GNF y FFP/GNF/E/037-2010 de fecha 23 de junio de 2010.***

La ASFI señala en la página 8 de la R-ASFI 329 que si bien FORTALEZA envió Notas FFP/GNF/E/030-2010 de fecha 4 de junio de 2010 y FFP/GNF y FFP/GNF/E7/037-2010 de fecha 23 de junio de 2010, a través de las cuales nuestra empresa informó acerca de la emisión de los CDPFs no transables en Bolsa, la recepción de dichas notas por parte de la ASFI no constituye una aceptación ni una autorización por parte del Órgano de Supervisión, ya que dichas notas estarían sujetas posteriormente a un análisis y

valoración por parte de dicha institución.

Respecto de este argumento, consideramos necesario puntualizar que teniendo en cuenta que mediante Resolución Administrativa No.234/2003, todos los CDPFs emitidos y por emitir de FORTALEZA FFP fueron autorizados por autoridad competente, la intención de FORTALEZA FFP plasmada en las notas (sic) *antes señaladas, no fue la de solicitar a la ASFI una autorización ni una aprobación respecto de la emisión de los CDPFs no transables en Bolsa, sino de informar formalmente acerca de dicha emisión a la autoridad supervisora del sector, en el marco de la autorización de emisiones otorgada mediante Resolución Administrativa No.234/2003. Con estos antecedentes en cuenta, FORTALEZA FFP no tenía manera de saber que las notas FFP/GNF/E/030-2010 de fecha 4 de junio de 2010 y FFP/GNF y FFP/GNF/E/037-2010 de fecha 23 de junio de 2010, "…posteriormente estarían sujetas de análisis y valoración…" como señala la ASFI, ya que como señalamos anteriormente, FORTALEZA FFP ha sido autorizada desde el año 2003 para emitir CDPFs de oferta pública.*

iii. La Nota ASFI/DSV/R-75118/2010 de fecha 28 de julio de 2010.

La R-ASFI 329 señala que la ASFI remitió la Nota ASFI/DSV/R-75118/2010 de fecha 28 de julio de 2010 a FORTALEZA FFP "…misma que señalaba que, en tanto este Órgano de Supervisión no se pronunciare sobre las características de los especímenes de los Certificados de los Depósitos a Plazo Fijo (DPFs), se suspenda su circulación."

Consideramos importante que a tiempo de resolver el presente Recurso de Revocatoria, se tenga en cuenta que FORTALEZA FFP suspendió la circulación de los CDPFsNo (sic) *transables en Bolsa no porque seconsiderara* (sic) *que la circulación de dichos documentos no se encontraba autorizada, sino porquedicha* (sic) *suspensión fue realizada en cumplimiento de una determinación emanada de autoridad competente, es decir, fue realizada en cumplimiento de la Nota ASFI/DSV/R-75118/2010 emitida por la ASFI.*

iv. La posibilidad y no la obligación de negociar un CDPF en el Mercado Bursátil.

Tal como fue expuesto alinicio (sic) *del presente memorial, tanto el Artículo 11 del Reglamento de DPFs, como el Artículo 1384 del Código de Comercio señalan la posibilidad de negociación de los CDPFs, ninguna de estas normas establece la obligación de los Tenedores de negociaren (*sic) *el Mercado Bursátil los CDPFs emitidos por FORTALEZA FFP, razón por la cual rectificamos nuestras afirmaciones insertas en el numeral 4.1.1 del presente escrito.*

v. Autorización de la ASFI para emisión de CDPFs.

La ASFI señala en la página 8 de la R-ASFI 329 lo siguiente:

> *"En consecuencia, FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A., ha realizado la emisión de Certificados de Depósitos a Plazo fijo seriados, sin contar con la*

autorización de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)…"

En atención a la citada afirmación, debemos referirnos una vez, más al Artículo Segundo de la Resolución Administrativa No.234/2003, que a la letra señala:

*"**ARTÍCULO SEGUNDO.-***

*Autorizar e inscribir la totalidad de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPFs) emitidos y por emitir del **FORTALEZA** (sic) **FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** en el Registro del Mercado de Valores para su oferta pública, asignándole el registro No. SPVS-IV-DPF-FFO-007/2003."*

Tal como se observa, la autorización otorgada a través de la Resolución Administrativa No.234/2003, no distingue que tipos de CDPFs abarca, es decir no hace una discriminación entre CDFPs seriados o no seriados, razón por la cual, de una interpretación estricta del texto de la mencionada resolución, podemos concluir válidamente que FORTALEZA FFP se encuentra plenamente autorizada para la emisión de los CDPFs no transables en Bolsa, razón por la cual no comprendemos el argumento utilizado por la ASFI antes citado.

4.3 Los argumentos plasmados en el Informe Legal ASFI/DSV/R-35009/2011.

De acuerdo con el texto de la página 8 de la R-ASFI 329, adicionalmente al Informe Técnico analizado en el punto anterior, la ASFI respaldó la decisión de imponer una multa a FORTALEZA FFP en el Informe Legal ASFI/DSV/R-35009/2011, cuyas consideraciones pasamos a responder a continuación.

i. La sujeción del accionar de FORTALEZA FFP a los procedimientos y formas previstas en la Normativa (Resolución Administrativa No.234/2003).

*La R-ASFI 329 indica que la relación de los motivos y razones que dieron lugar a la emisión de los CDPFsNo (sic) transables en Bolsa, expuesta por FORTALEZA FFP a tiempo de realizar nuestros descargos al cargo imputado, no impiden a nuestra institución a "...sujetar su accionar a los procedimientos y formas previstas en la Normativa, más aún cuando el ente regulador mediante Resolución Administrativa 234/2003 autorizó la oferta pública de DPF's bajo ciertas condiciones y características propuestas por la misma Sociedad **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.".***

Respecto de lo anterior, consideramos importante dejar claramente estipulado que FORTALEZA FFP nunca ha dejado de sujetar su accionar a los procedimientos y formas previstas en la normativa vigente, aplicable a nuestras actividades como Fondo Financiero Privado.

Como hemos señalado anteriormente, las características de los CDPFs No transables en Bolsa no varían respecto de las características de los CDPFs cuya emisión fue autorizada mediante Resolución Administrativa No.234/2003, ya que la negociabilidad

o no negociabilidad de este tipo de instrumentos, según lo dispone el propio Reglamento de DPFs en sus Artículos 6º y 9º, no constituye una característica de dichos certificados.

ii. Cumplimento a la Ley del Mercado de Valores, al Reglamento del RMV y a las resoluciones emitidas por el Órgano Regulador.

Adicionalmente a lo señalado en el artículo anterior, la R-ASFI 329 indica que "...es necesario manifestar a ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *que si bien cuenta con facultades para diferenciar productos y operaciones bancarias para el campo de la intermediación financiera, a partir de la inscripción y autorización de oferta pública de los DPF´s en el Registro del Mercado de Valores,* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *se halla además obligada a dar cumplimiento a la Ley del Mercado de Valores, el Reglamento del Registro del Mercado de Valores y a las Resoluciones que sean emitidas por el Órgano Regulador dentro de sus atribuciones y competencias.*

El cumplimiento a la Ley de Bancos, no significa que ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO 5.A.*** *haya cumplido con la Normativa que regula el Mercado de Valores, por tanto el argumento resulta insuficiente para levantar el cargo."*

Respecto de la afirmación de la ASFI citada en el párrafo anterior, debemos expresar nuestro pleno acuerdo con la misma, a partir de la inscripción y autorización de oferta pública de CDPFs en el RMV, no solo FORTALEZA FFP, sino toda entidad que inscriba y reciba la autorización de oferta pública de CDPFs que haya emitido, debe cumplir con la normativa vigente aplicable a tal actividad, tal y como nuestra empresa lo ha venido haciendo desde el inicio de sus actividades. En este sentido, debido a la manera genérica en la que la ASFI se refiere a la obligación de cumplimiento de ciertas normas referentes al Mercado de Valores que tiene FORTALEZA FFP, no nos queda claro cuál es la observación que tiene la entidad supervisora respecto de los cargos formulados en el presente proceso.

iii. La comunicación enviada por FORTALEZA FFP a la ASFI y a la Bolsa Boliviana de Valores S.A.

Adicionalmente a los argumentos citados en los puntos anteriores, la R-ASFI 329 hace una vez más referencia a la comunicación enviada por FORTALEZA FFP tanto a la ASFI como a la BBV respecto de la emisión de los CDPFs No transables en Bolsa y señala: "...se establece que el envío de información al Mercado de Valores no implica una autorización por la Autoridad Reguladora, pues la misma, solamente puede ser establecida a través de un acto administrativo idóneo que ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *no solicitó, pues simplemente comunicó una decisión adoptada por los ejecutivos de la Sociedad."*

Respecto de lo anterior, debemos señalar una vez más que al enviar notas de comunicación acerca de la emisión de los CDPFs No transables en Bolsa, FORTALEZA

FFP no tenía la intención de contar con una autorización adicional de parte de la ASFI y mucho menos de la BBV respecto de este tema, ya que la Resolución Administrativa No.234/2003 emitida por la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, autorizó e inscribió en el RMV la totalidad de los CDPFs emitidos y por emitir de FORTALEZA FFP. En este sentido, debido a que el ordenamiento jurídico aplicable y en vigencia no establece la obligación de obtener de la ASFI o de la BBV autorizaciones para cada emisión de CDPFs que ya fueron autorizados, no consideramos válido el argumento utilizado por la ASFI en la R-ASFI 329, citado en el párrafo anterior.

iv. Las características de los CDPFs No transables en Bolsa (No Bursátiles).

Complementariamente al argumento analizado en el punto anterior, la ASFI señala en la R-ASFI 329 acerca del envío de los CDPFsNo (sic) *transables en Bolsa a dicha institución por parte de nuestra empresa, lo siguiente: "...cabe considerar que modificar las características de un DPF inscrito en el RMV requiere de una autorización diferente a la que fuera emitida mediante Resolución Administrativa No.234 en la gestión 2003." [El subrayado es nuestro].*

Respecto de lo anterior, tal como lo hemos hecho a lo largo del presente memorial, debemos referirnos una vez más a las estipulaciones de los Artículos 6° y 9° del Reglamento de DPFs citados en el punto 4.1.2 del presente memorial, ninguno de los cuales al referirse al contenido y características de un CDPF, indica que su negociabilidad o no negociabilidad en el Mercado Bursátil, constituya una característica propia de este tipo de documentos. En este sentido, no consideramos válido señalar que FORTALEZA FFP requería de una autorización adicional y diferente para emitir los CDPFs No transables en Bolsa (No Bursátiles), cuya emisión ya fue autorizada por el ente regulador mediante la Resolución Administrativa No.234/2003.

Queda claramente demostrado entonces que el argumento que ha sido debidamente refutado en el presente punto, no puede ser aplicado como un respaldo para la imposición de una multa a nuestra institución y menos aún una Multa de Segundo Rango como la impuesta a través de la R-ASFI 329.

v. Emisión de CDPFs con las mismas características y condiciones a las autorizadas mediante Resolución Administrativa No.234/2003.

En mérito a los argumentos expuestos en los puntos iii e iv anteriores, consideramos que no corresponde la aseveración de la ASFI plasmada en la página 10 de la R-ASFI 329, que señala que "...la sanción que para el caso que nos ocupa se halla prevista en el artículo 20, segundo rango, Inciso b) multa por emitir CDPF's con características y condiciones distintas a las autorizadas mediante Resolución Administrativa No.234/2003...".

vi. Multa de Segundo Rango.

Finalmente, debemos referirnos a los argumentos utilizados por la ASFI para la

imposición de una Multa de Segundo Rango a FORTALEZA FFP calculada en Bolivianos equivalente a $us.10.001.- (Diez mil uno 00/100 Dólares Americanos).

De acuerdo con la redacción de la página 10 de la R-ASFI 329, la decisión de la ASFI de multar a nuestra empresa con la multa señalada, se desprende de los siguientes argumentos:

> *"...la conducta (de FORTALEZA FFP) no ha causado perjuicios en forma directa o indirecta al Mercado de Valores (...) no hubieron consecuencias o repercusiones de la infracción en el Mercado de Valores y la Sociedad no es reincidente en esta infracción; consecuentemente, corresponde aplicar la sanción de* ***multa*** *mínima de Segundo Rango calculada en Bolivianos equivalente a $us. 10.001 (DIEZ MIL UNO 00/100 DÓLARES AMERICANOS)...".*

Tomando en cuenta los argumentos planteados por la ASF1, citados en el párrafo anterior, y de un análisis de los artículos 3º, 11º y 12º Parágrafo I Inciso b), 13º Inciso b) y 20º Inciso b) Numeral 3, debemos concluir que la única causal de imposición de una Multa de Segundo Rango que fue utilizada por la Entidad de Supervisión para la imposición de la multa señalada, fueron por un lado, la supuesta acción deliberada o no por parte de nuestra institución en la supuesta obtención de ventajas o beneficios que hubiesen ocasionado perjuicios económicos, así como la realización de operaciones, funciones o actividades prohibidas por la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos, así como aquellas no autorizadas o no consideradas en el objeto social de nuestra empresa.

Considerando que la ASFI no ha demostrado la comisión de ninguna de éstas faltas o acciones susceptibles de sanción, tal el caso de la obtención de un beneficio por parte de FORTALEZA FFP emergente de la acción imputada, y que aquellas acciones que pudiesen haber sido imputadas como infracciones al ordenamiento jurídico vigente, han sido debidamente refutadas como tales a través de las argumentaciones expuestas en el presente memorial, queda clara la improcedencia de la Multa de Segundo Rango (o cualquier otro tipo de sanción) impuesta a nuestra empresa a través de la R-ASFI329.

V. PETITORIO

En mérito a lo anteriormente expuesto y a lo dispuesto por el inciso b) del Artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, solicitamos respetuosamente a su autoridad resolver el presente Recurso de Revocatoria emitiendo una Resolución Revocatoria con alcance total, que deje sin efecto la RESOLUCIÓN ASFI No.329/2011 de fecha 12 de abril de 2011…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 472/2011 DE 8 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 472/2011 de fecha 8 de junio de 2011, emitida

por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 329/2011 de 12 de abril de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, efectuada la evaluación de los argumentos presentados por ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *se ha establecido lo siguiente:*

- *El artículo 59 del Registro* (sic) *de Mercado de Valores señala que "Las entidades de intermediación financiera legalmente constituidas en el país podrán inscribir sus Certificados a Plazo Fijo (DPFs) en el Registro del Mercado de Valores, con el propósito de hacer* (sic) *pública los mismos...", al respecto de manera voluntaria* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *a través de la Resolución Administrativa Nº 234 de 31 de marzo de 2003, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero inscribió la totalidad de los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo en el Registro de Mercado de Valores para su oferta pública, bajo ciertas condiciones fijadas previamente por la propia entidad.*

  En mérito a lo señalado precedentemente, la entidad tiene la obligación de cumplir con las determinaciones asumidas a través de la Resolución Administrativa Nº 234, que en el presente caso, fue inobservada por ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *al emitir Certificados de Depósitos a Plazo Fijo seriados con características distintas a las autorizadas por el Órgano Regulador.*

- *Respecto a que el artículo 63 del Reglamento de Registro de Mercado de Valores habría carecido de aplicación, cabe señalar que dicho artículo establece que "es facultad de la entidad, en caso de que, a solicitud del cliente, las características de los DPF's emitidos sean modificados, la entidad financiera emisora deberá emitir un nuevo DPF's de acuerdo a las nuevas características y condiciones del valor", en este marco, si bien la entidad tiene la facultad de modificar las características de un DPF's* (sic), *toda nueva emisión debe contar con la aprobación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el presente caso, a través de la Resolución Administrativa Nº 234 de 31 de marzo de 2003, se autorizó e inscribió en el Registro del Mercado de Valores la totalidad de dichos Certificados emitidos y por emitir, disposición que fue incumplida por* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *al haber cambiado las condiciones y características de los CDPF's.*

- *El inciso c) del artículo 3 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores aprobado por Decreto Supremo Nº 26156 de 12 de abril de 2001, consagra el principio de proporcionalidad disponiendo que "Las sanciones impuestas deberán estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del mercado de valores.*

En el presente caso a través de la Resolución ASFI N° 329/2011 de 12 de abril de 2011, se aplicó la sanción de multa mínima de Segundo Rango equivalente a $us10.001, considerando el principio de congruencia que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por el Órgano Regulador deben guardar estrecha relación entre los hechos imputados y la resolución final, en ese entendido, la sanción impuesta responde a una evaluación previa respecto a las circunstancias y hechos que generaron el incumplimiento por parte de ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.****, tal es el caso de que la entidad tomó la decisión de diferenciar los Certificados de Depósito a Plazo Fijo en forma seriada, incumpliendo lo dispuesto por la Resolución Administrativa N°234 de 31 de marzo de 2003, la cual autorizó e inscribió la totalidad de dichos certificados para su oferta pública.*

De los hechos acaecidos se denota la intencionalidad de la entidad, entendida como "la determinación de la voluntad en orden a un fin" (Diccionario Jurídico, Manuel Ossorio), al omitir la autorización emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a la aprobación de los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo.

Asimismo, se debe señalar que la Autoridad de Supervisión, no goza de plena discrecionalidad para imponer sanciones en el grado en el que estime conveniente, sino que la calificación y modulación de la sanción debe sujetarse a las circunstancias marcadas por la Ley del Mercado de Valores y sus Decretos Reglamentarios, debiendo basarse en ellas siempre que las infracciones, estén debidamente probadas, puesto que de lo contrario, se vulneraría el principio de proporcionalidad.

Para la calificación, graduación y consiguiente modulación de la sanción se debe considerar lo establecido en el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, la (sic) *cual en su artículo 12 define lo siguiente: "La aplicación de las sanciones, que la Superintendencia esté facultada a imponer en virtud a lo dispuesto por la Ley del Mercado de Valores es la siguiente: Multa: Esta sanción será aplicada a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos". El artículo señalado desarrolla claramente que la multa será aplicada a quienes incurran en infracción cometida por culpa, en el presente caso existe la intencionalidad de la entidad, toda vez de que (Como* (sic) *se explicó precedentemente),* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.****, emitió Certificados de Depósito a Plazo Fijo en forma seriada, incumpliendo la autorización dispuesta por la Resolución Administrativa N° 234 de 31 de marzo de 2003, razón por la que se aplicó una multa mínima de Segundo Rango calculada en $us. 10.001.*

- *Las cartas FFP/GNF/E/030-2010 de 4 de junio de 2010 y FFP/GNF/E/037-2010 de 23 de junio de 2010, emitidas por* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.****, y recepcionadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no constituyen una solicitud de autorización para la emisión de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo en forma seriada,*

por cuanto la entidad se limita a comunicar una decisión adoptada, relativa a la emisión de los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo seriados.

- *De acuerdo a la Resolución Administrativa N° 243/2003 de 31 de marzo de 2003, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros autorizó a* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *la emisión de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo para su oferta pública, de conformidad a la autorización emitida por la Junta General de Accionistas de la entidad, dicha autorización no determinó que los Certificados sean seriados, por cuanto, en el Código de Comercio no se encuentra previsto* (sic) *los Certificados Seriados por lo que la entidad incumplió lo dispuesto por la citada Resolución N° 243.*

(…)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 59 del Reglamento de Registro del Mercado de Valores, dispone que las entidades de intermediación financiera legalmente constituidas en el país podrán inscribir sus Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF's) en el Registro del Mercado de Valores, con el propósito de hacer oferta pública de los mismos, pudiendo ser transados en las Bolsas de Valores del país siempre que además cumplan con los requisitos que las normas internas de dichas Bolsas establezcan para el efecto.

Que, el artículo 63 del reglamento del Registro del Mercado de Valores prevé en el caso de que las características de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo emitidos sean modificadas, la entidad financiera emisora deberá emitir un nuevo Certificado de Depósito a Plazo Fijo de acuerdo a las nuevas características y condiciones de valor.

Que, mediante Resolución Administrativa N° 234 de 31 de marzo de 2003, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, autorizó e inscribió en el Registro del mercado (sic) *de Valores la totalidad de los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo emitidos y por emitir de* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *para su oferta pública.*

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de

resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte (sic) *días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.*

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento a la Resolución Administrativa N° 234 de 31 de marzo de 2003.

Que, de acuerdo a los Informes ASFI/DSV/R-54619/2011 de 27 de mayo de 2011 y ASFI/DAJ/R-56492/2011 de 2 de junio de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.****, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 329/2011 de 12 de abril de 2011, al haber emitido Certificados de Depósitos a Plazo Fijo seriados con características y condiciones distintas a las autorizadas por el Órgano Regulador…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 1° de julio de 2011, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 472/2011 de fecha 8 de junio de 2011, expresando lo siguiente:

"…***IV. RECURSO JERÁRQUICO.***

A continuación y a tiempo de ratificar los argumentos expuestos en nuestro Recurso de Revocatoria, detallados en el punto III anterior y los cuales solicitamos tener en cuenta a tiempo de resolver el presente Recurso Jerárquico, pasamos a exponer los argumentos que respaldan el presente Recurso Jerárquico y refutan aquellos plasmados por la ASFI en la R-ASFI 472, en el mismo orden en el que los mismos fueron plasmados por la Entidad de Supervisión en la señalada resolución.

4.1. La referencia incompleta al Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores realizada por la ASFI y la no modificación de las características de los CDPFs emitidos por FORTALEZA FFP.

El primero de los argumentos planteados por la ASFI en la R-ASFI 472 hace referencia de manera incompleta al Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, así como la supuesta emisión por parte de FORTALEZA FFP de CDPFs con características distintas a las señaladas en la Resolución Administrativa No.234 de fecha 31 de marzo de 2003 (en adelante RA 234), emitida por la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (en adelante SPVS), mediante la cual dicha entidad autorizó a nuestra empresa la inscripción en el RMV de nuestros CDPFs. En ese sentido, a continuación pasamos plantear (sic) *nuestras consideraciones respecto de ambos temas.*

4.1.1. La incompleta cita y referencia al Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores realizada por la ASFI.

En la página 2 de la R-ASFI 472, curiosamente la ASFI cita de manera parcial el Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, cuyo texto completo indica lo siguiente:

> *"**Artículo 59.** Las entidades de intermediación financiera legalmente constituidas en el país podrán inscribir sus certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s) en el Registro del Mercado de Valores, con el propósito de hacer oferta pública de los mismos (es hasta este lugar que llega la cita de la ASFI), **pudiendo ser transados en las Bolsas de Valores del país** siempre que además cumplan con los requisitos que las normas internas de dichas Bolsas establezcan para el efecto."*
> *[El subrayado y subrayado* (sic) *son nuestros].*

Tal como se observa, la ASFI de manera que llama de sobremanera nuestra atención, omite citar el texto completo del Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, evitando incluir en su referencia a dicha norma, justamente el texto que refuerza la posición de FORTALEZA FFP expuesta en los puntos 4.1.1 e iv. del punto 4.2 de nuestro memorial de Recurso de Revocatoria, ratificados en los puntos 3.8.1.1 e iv. del punto 3.8.2 del presente memorial.

Tal y como señalamos en nuestro memorial del Recurso de Revocatoria, el Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores es claro al establecer la facultad potestativa (no obligatoria) que tienen las entidades de intermediación financiera de determinar que los CDPFs que hubiesen inscrito en el RMV, puedan o no negociarse en una Bolsa de Valores. Como se desprende de la parte resaltada del texto citado anteriormente, el Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores utiliza el verbo "poder" y no el verbo "deber" al referirse a la negociabilidad en Bolsas de Valores de CDPFs inscritos en el RMV emitido por una entidad financiera.

La ASFI no cuenta con la facultad de ordenar a una entidad de intermediación financiera que la totalidad de los CDPFs que emita e inscriba en el RMV, sean obligatoriamente negociados en el Mercado Bursátil; mucho menos puede forzar a los portadores de dichos CDPFs a negociar sus instrumentos en una Bolsa de Valores.

Con lo anterior en cuenta, lo que FORTALEZA FFP considera más reprochable del actuar de la ASFI es el hecho de haber multado a una entidad financiera regulada como lo es nuestra empresa, por haber ejercitado nuestro libre derecho a determinar si los CDPFs que hemos emitido e inscrito en el RMV, sean transables o no sean transables en la BBV.

4.1.2. La no modificación de las características de los CDPFs emitidos por FORTALEZA FFP.

Pese a las aclaraciones que tuvimos que realizar a través de la interposición de nuestro Recurso de Revocatoria contra la R-ASFI 329, la ASFI insiste en señalar en la R-ASFI 472 que FORTALEZA FFP ha emitido CDPFs con características distintas a las aprobadas por la SPVS a través de la RA 234. Con esto en cuenta, FORTALEZA FFP no tiene otra opción, más que exponer una vez más, cuáles son, de acuerdo a norma (Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo), las características de los CDPFs.

De acuerdo con el Artículo 9° del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, las características de dichos instrumentos son: "…monto, moneda, plazo de vencimiento, tasa de interés, numeración pre impresa, numeración automática asignada por el sistema, código de identificación de certificados renovados o fraccionados o código de identificación de CDPFs representados mediante anotación en cuenta, cuando corresponda…". [Fragmento extraído del Artículo 9° del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo].

Tal como se observa, la citada disposición, al referirse a las características de los CDPFs, en ningún lugar hace referencia a que su negociabilidad o no negociabilidad constituya una de las características de dichos instrumentos, como erróneamente interpreta la ASFI tanto en la R-ASFI 329 como en la R-ASFI 472.

A mayor abundancia, el Artículo 6° de la misma norma citada, determina el contenido mínimo de los CDPFs, señalando lo siguiente:

> *"**Artículo 6° - Requisitos para la emisión de certificados de DPF.-** Los depósitos a plazo fijo deberán ser documentados mediante la emisión de CDPFs nominativos o al portador, según elija el depositante. Estos certificados deberán contener como mínimo los siguientes datos:*
>
> 1. *Nombre y domicilio de la entidad financiera depositaria.*
> 2. *Número correlativo pre impreso del certificado, único a nivel nacional.*
> 3. *Número correlativo generado automáticamente por el sistema, único a nivel nacional.*
> 4. *Lugar y fecha de emisión.*
> 5. *Monto correspondiente al importe del depósito, en forma numérica y literal.*
> 6. *Indicación del signo monetario en el que se efectúa el depósito.*
> 7. *Nombre completo, denominación o razón social del titular o del (los) beneficiario(s), si es un certificado nominativo, o la indicación de "Al portador", si fuera el caso. Para depósitos constituidos a nombre de dos o más personas naturales o colectivas, se deberá especificar claramente si la titularidad de la cuenta es conjunta o indistinta.*
> 8. *Plazo y fecha de vencimiento.*
> 9. *Lugar de pago a su vencimiento. A falta de esta indicación, se entenderá que es pagadero a través de cualquiera de las oficinas que tenga la entidad financiera emisora en toda la República.*

10. *Tasa de interés nominal, Tasa de Interés Efectiva Pasiva (TEP), modalidad y forma de pago de interés pactada.*
11. *Código alfanumérico para identificar si se trata de un depósito renovado o emitido por vez primera, el cual forma parte del número generado automáticamente por el sistema.*
12. *Código alfanumérico para identificar si se trata de un depósito fraccionado y cantidad de certificados fraccionados, cual forma parte del número generado automáticamente por el sistema.*
13. *Código para identificar a depósitos cuyo CDPF haya sido inscrito en el Sistema de Registro de anotaciones en cuenta de una Entidad de Depósito de Valores autorizada, el cual forma parte del número generado automáticamente por el sistema.*
14. *Firma de los personeros autorizados y sello de seguridad o protección de la entidad financiera emisora.*
15. *Espacio destinado a los endosos del certificado, si éste fuera nominativo.*
16. *En el reverso, espacio destinado a registrar las fechas y montos de pago de intereses, firma y N° de cédula de identidad del (los) interesados(s), cuando se haya pactado pagos parciales de intereses.*
17. *En el reverso de transcribirán los párrafos de interés para el depositante contenidos en los Artículos 6° al 20° de la presente Sección, pudiendo resumirse el texto de los mismos, sin omitir los aspectos centrales."*

Tal como se observa, ninguno de los diecisiete (17) puntos que establecen el contenido mínimo que debe tener un CDPF, hace referencia a su negociabilidad o no negociabilidad en una Bolsa de Valores.

Consideramos que la redacción tanto del Artículo 6° como del Artículo 9° del Reglamento de Depósitos a Placo (sic) *Fijo es suficientemente clara para concluir que la posición de la ASFI respecto de que FORTALEZA FFP habría emitido CDPFs diferentes a los autorizados por la SPVS mediante la RA 234 e inscritos en el RMV, carece totalmente de respaldo normativo y por tanto debe ser descartado por la autoridad jerárquica.*

Demás esta (sic) *aclarar que los CDPFs emitidos por FORTALEZA FFP, inscritos en el RMV en mérito a la RA 234, cumplen con todos los requisitos exigidos por el Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, ya que de lo contrario no hubiesen sido autorizados por la SPVS.*

No comprendemos la razón por la cual la ASFI se empecina en no tomar en cuenta a momento de fundamentar sus resoluciones, las disposiciones del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo. Nos llama enormemente la atención el hecho de que la ASFI en calidad de autoridad a cargo de la supervisión del sistema financiero, deje de lado la norma que regula los CDPFs, en un proceso cuyo objeto son precisamente tales instrumentos financieros. No encontramos en ninguno de los argumentos en los que la ASFI sustenta su posición para confirmar la R-ASFI 329, ni siquiera una mención al Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, hecho que nos hace pensar que la referida institución prefiere forzar a los regulados a presentar Recursos Jerárquicos para ser

resueltos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, antes que reconocer sus errores y revocar las resoluciones que pobremente fundamenta y emite, como es el caso de la R-ASFI 329 y de la R-ASFI 472.

4.2 El artículo 63 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y la no modificación de las características de los CDPFs emitidos por FORTALEZA FFP.

Tal como sucedió con el caso del Artículo 59, la ASFI realiza una interpretación antojadiza del Artículo 63 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, como a continuación pasamos a explicar y fundamentar.

En el caso de la R-ASFI 472 y en atención a la observación planteada en nuestro Recurso de Revocatoria interpuesto contra la R-ASFI 329, la ASFI transcribe en su totalidad el texto del Artículo 63 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, sin embargo, de una manera que no puede ser calificada de otra forma más que como intransigente, insiste en sostener que los CDPF s No Transables son fruto de una nueva emisión de CDPFs realizada por FORTALEZA FFP en razón a que las características de los mismos habrían sido modificadas.

A tiempo de analizar este argumento utilizado tanto en la R-ASFI 329 como en la R-ASFI 472, y contrariamente al proceder de la ASFI, recurrimos al Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo para determinar cuáles son las características de un CDPF. Tal como sostuvimos en el punto anterior, la negociabilidad o no negociabilidad de una CDPF (sic) *en una Bolsa de Valores no constituye una característica de estos instrumentos y por tanto mal puede señalar la ASFI que FORTALEZA FFP ha modificado las características de sus CDPFs al haber determinado la negociabilidad o no negociabilidad de ellos en una Bolsa de Valores.*

Una vez más debemos hacer hincapié en el hecho de que los CDPFs No Transables en Bolsa no son fruto de una nueva emisión de CDPFs, son exactamente los mismos CDPFs autorizados por la SPVS a través de la RA 234 e inscritos en el RMV. Las características de dichos CDPFs, las verdaderas características de éstos, establecidas en el Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo y no aquellas características inventadas por la ASFI, no han variado en ningún momento.

4.3. La falta de proporcionalidad de la aplicación de una multa a FORTALEZA FFP.

Al intentar justificar la multa impuesta a FORTALEZA FFP a través de la R-ASFI 329, la ASFI expone como motivo de dicha sanción, la aplicación del inciso c) del Artículo 3º del Decreto Supremo No.26156 de fecha 12 de abril de 2001, que tiene por objeto reglamentar la aplicación de sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores, disposición que consagra los Principios de Igualdad y Proporcionalidad.

Respecto de dicha disposición, deseamos rescatar aquella parte de su redacción que señala que las sanciones impuestas deben ser aplicadas, "…tomando en cuenta

la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones…". Tal como ha sido debidamente demostrado a lo largo del presente proceso, tanto en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la R-ASFI 329, como en el presente Recurso Jerárquico, no ha existido hecho, acto ni omisión imputables a FORTALEZA FFP, ya que contrariamente a lo señalado por la ASFI, nuestra empresa en ningún momento ha incumplido con la RA 234, porque como fue demostrado a lo largo del presente proceso, las características de los CDPFs No Transables, no varían en un solo aspecto de las características de los CDPFs cuya emisión fue autorizada por la SPVS a través de la RA 234 y que se encuentran inscritos en el RMV, es decir que no se tratan de CDPFs de nueva emisión. En este sentido, de más está hacer mención a las referencias gramaticales que realizó la ASFI en la R-ASFI 472 a tiempo de referirse a una supuesta intencionalidad de FORTALEZA FFP a tiempo de producir los CDPFs No Transables.

4.4 Las Notas CITE: FFP/GNF/E/030-2010 Y FFP/GNF/E/037-2010.

En cuanto al análisis que realiza la ASFI respecto de las Notas CITE: FFP/GNF/E/030-2010 Y FFP/GNF/E/037-2010 de fechas 4 y 22 de junio de 2010 respectivamente, enviadas por FORTALEZA FFP a la ASFI, tienen un carácter netamente informativo y no constituyen una solicitud de nuestra empresa al ente supervisor para emitir nuevos CDPFs con características distintas a las autorizadas por la SPVS a través de la RA 234 y cuya inscripción siempre se ha mantenido en el RMV.

No conocemos la razón por la cual la ASFI no ha tomado en cuenta nuestros argumentos y aclaraciones realizadas respecto de las referidas notas en nuestro Recurso de Revocatoria. Está demás señalar que es deber de toda autoridad administrativa tomar en cuenta todos los argumentos planteados por los administrados en sus escritos, a tiempo de emitir un Acto Administrativo, ya que de lo contrario dicho acto carecería de uno de sus elementos esenciales, como lo es el Fundamento, desarrollado por el inciso e) del Artículo 28º de la Ley de Procedimiento Administrativo. Lo anterior nos hace pensar como administrados que la ASFI a tiempo de pronunciarse respecto de Recursos de Revocatoria interpuestos por las entidades sujetas a su jurisdicción, en vez de analizar los argumentos expuestos en dichos recursos, se limita a buscar la forma más escueta posible de ratificar las sanciones injustamente impuestas, dejando a los administrados en indefensión frente a sus actuaciones y desvirtuando de esta manera la figura del Recurso de Revocatoria.

Finalmente, debemos referirnos al Principio de Verdad Material Consagrado por el inciso d) del Artículo 4º de la Ley de Procedimiento Administrativo y enunciado por la ASFI en la R-ASFI 472. Tal como señala la autoridad supervisora, el principio de verdad material que rige al procedimiento administrativo determina la obligación de la Administración Pública de investigar la verdad material de los hechos sometidos a su análisis, en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil. Con ello en cuenta y tal como ha sido demostrado a lo largo del presente proceso de impugnación, la ASFI no solamente debió revocar la R-ASFI 329, sino que ni siquiera debió haber formulado cargos a FORTALEZA FFP como lo hizo, en el entendido de que

los CDPFs No Transables no constituyen nuevos instrumentos que requieran de una nueva autorización por parte de la entidad reguladora para su emisión e inscripción en el RMV. Las características de los CDPFs No Transables no varían de las características de los CDPFs autorizados por la SPVS a través de la RA 234 y actualmente inscritos en el RMV.

V. PETITORIO.

Por las razones y argumentos debidamente probados y expuestos precedentemente, respetuosamente solicitamos que en aplicación de lo previsto por el parágrafo I del Artículo 68º de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas dicte resolución revocatoria con alcance total respecto de la Resolución ASFI No.472/2011 de fecha 8 de junio de 2011, pronunciándose acerca del fondo de la misma, dejándola sin efecto y en consecuencia revoque la Resolución ASFI No.329/2011 de fecha 12 de abril de 2011…"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

Que, en fecha 12 de agosto de 2011, se llevó adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos a la que asisten los señores: Lic. Marcelo Daniel Linares Linares, Gerente Nacional de Finanzas; Dr. Carlos Claros Ascarrunz, Asesor Legal Nacional; Dr. Javier Urcullo Sologuren y Dr. Daniel Mariaca Álvarez (Asesores Legales Externos) en representación de **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A**.

8. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DAJ/R-95987/2011 de 14 de septiembre de 2011, acreditó la documentación complementaria que le fue solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 210/2011 de 7 de septiembre de 2011, consistente en copias de los siguientes documentos:

- Nota FFP/GNF/E/029-2010 de 4 de junio de 2010, remitida por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., por la que comunica "*iniciar la emisión de certificados de depósito bajo esta modalidad en dos series distintas*" con descripción de las mismas.

- Nota FFP/GNF/E/030-2010 de 4 de junio de 2010, remitida por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que comunica "*iniciar la emisión de certificados de depósito bajo esta modalidad en dos series distintas*" con descripción de las mismas.

- Nota FFP/GNF/E/037-2010 de 22 de junio de 2010, remitida por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que en relación a la nota FFP/GNF/E/030-2010 de 4 de junio de 2010, comunica la emisión a partir del día 6 de julio de 2010.

- Nota FFP/GNF/E/038-2010 de 22 de junio de 2010, remitida por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., por la que en relación a la nota FFP/GNF/E/029-2010 de 4 de junio de 2010, comunica la emisión a partir del día 6 de julio de 2010.

- Nota FFP/VPE/EXT/055/2010 de 12 de agosto de 2010, remitida por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que informa "*sobre la circularización de Certificados de Depósito a Plazo Fijo*", a solicitud del Ente Regulador (trámite No. T-5629).

- Nota FFP/EXT/GNOT/0685/2011 de 24 de marzo de 2011, remitida por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que hace presente sus descargos contra la notificación de cargos que sale de la nota ASFI/DSV/R-22713/2011 de 25 de febrero de 2011, en los términos que constan en el numeral 2 supra (toda vez que descargos como tales, hacen al presente proceso sancionatorio).

Asimismo, mediante nota ASFI/DAJ/R-99932/2011 de 23 de septiembre de 2011 y conforme le fuera solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 222/2011 de 21 de septiembre de 2011, presentó copia legalizada de la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003 emitida por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme señala la nota FFP/EXT/GNOT/0685/2011 de 24 de marzo de 2011, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** tomó la decisión de emitir Certificados de Depósito a Plazo Fijo "*bajo el concepto que los CDPF´s son productos u operaciones bancarias como cualquier otro*", amparándose en la autorización que sale de la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003, emitida por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; empero emite los nuevos certificados en dos series, "A" y "B", donde los certificados de la serie "B" se catalogaban como no bursátiles (no iban a ser negociados en Bolsa de Valores).

En virtud a dicha emisión, por nota ASFI/DSV/R-22713/2011 de 25 de febrero de 2011, la

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, con el cargo referido a que: "*en julio de 2010, habría efectuado una emisión de Certificados de Depósitos a Plazo Fijo seriados con características y condiciones distintas a las autorizadas por el Órgano Regulador*", y en su Resolución Administrativa ASFI Nº 329/2011 de 12 de abril de 2011, precisa que conforme al artículo 15º, numeral 12, de la Ley Nº 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores), tal decisión exigía que los nuevos certificados fueran autorizados por el Ente Regulador para su inscripción en el Registro del Mercado de Valores como Valores de oferta pública.

En mérito a ello, la autoridad reguladora (ahora la recurrida), ha determinado sancionar a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** con una multa en bolivianos equivalente a **$us. 10.001.- (DIEZ MIL UN 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, por incumplimiento a lo dispuesto en la Resolución Administrativa Nº 234 de 31 de marzo de 2003, en sujeción a lo dispuesto en el Decreto Supremo No. 26156.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la norma infringida y sancionada.-

FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A., a tiempo del Recurso Jerárquico interpuesto, expresa que:

> "…*No encontramos en ninguno de los argumentos en los que la ASFI sustenta su posición para confirmar la R-ASFI 329, ni siquiera una mención al Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, hecho que nos hace pensar que la referida institución prefiere forzar a los regulados a presentar Recursos Jerárquicos para ser resueltos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, antes que reconocer sus errores y revocar las resoluciones que pobremente fundamenta y emite, como es el caso de la R-ASFI 329 y de la R-ASFI 472*…"

Tal argumentación dada por parte del recurrente, conduce a evidenciar la falta de fundamentos precisos y concretos de las actuaciones del Ente Regulador, por cuanto de la nota ASFI/DSV/R-22713/2011 de 25 de febrero de 2011 (notificación con el cargo) como de la Resolución Administrativa Nº 329/2011 de 12 abril de 2011, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero acusa para el cargo y su sanción, la infracción a lo dispuesto en la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003, misma que a la letra dice:

> "…***ARTICULO PRIMERO.-***
>
> *Autorizar e inscribir en el Registro del Mercado de Valores a* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.****, como Empresa Emisora de Valores bajo el registro No. SPVS-IV-EM-FFO-090/2003.*
>
> ***ARTICULO SEGUNDO.-***

Autorizar e inscribir la totalidad de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPFs) emitidos y por emitir del (sic) ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *en el Registro del Mercado de Valores para su oferta pública, asignándole el registro No. SPVS-IV-DPF-FFO-007/2003.*

ARTICULO TERCERO.-

Conforme a normas legales vigentes, ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *deberá cumplir con la presentación de toda la información requerida en forma periódica o solicitada por la Intendencia de Valores para su control y vigilancia correspondiente, sin restricción alguna, a cuyo efecto se ejecutará el seguimiento constante sobre dicha información…*"

Entonces, queda claro que no existe en la norma de la que se dice infringida, la tipificación suficiente para la determinación de una infracción concreta, cuyo incumplimiento pueda imputarse al ahora recurrente, evidenciándose que el Ente Regulador ha actuado bajo el presupuesto de dar por entendido el que no puedan modificarse los Certificados de Depósito a Plazo Fijo ya aprobados y acordarse aspectos diversos a los previstos en el Código de Comercio y en la normativa atinente a los Depósitos a Plazo Fijo (entre otra normativa), sin fundamentar debidamente aquella posición, pese a que varios de los argumentos del recurrente están precisamente referidos a la inexistencia de prohibición legal o normativa sobre la emisión seriada de Certificados de Depósitos a Plazo Fijo.

En tal sentido, no hace a la controversia el cumplimiento del artículo 59º del Reglamento del Registro de Mercado de Valores ("*Las entidades de intermediación financiera legalmente constituidas en el país podrán inscribir sus Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s) en el Registro del Mercado de Valores, con el propósito de hacer oferta pública de los mismos*") por cuanto, el recurrente está consciente de su deber de cumplimiento del mismo, y lo que pretende más bien es se declare que la emisión seriada de Certificados de Depósitos a Plazo Fijo (entre "A" y "B") efectuada en julio de 2010, no infringe los artículos 6º y 9º del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, empero pasando por alto que el recurrente es quien ha solicitado la aprobación de los CDPF, mismos que no podían ser modificados de mutuo propio bajo ninguna circunstancia, sino a través de una aprobación expresa por parte del Ente Regulador.

Determinando ello la inviabilidad a lo alegado por el recurrente a tiempo de su nota -de descargos- FFP/EXT/GNOT/0685/2011 de 24 de marzo de 2011, cuando señala que:

"*…la determinación totalmente válida de no registrar ciertos CDPF´s en la BBV,* ***debía ser informada adecuadamente a las personas que abrieron CDPF´s con FORTALEZA FFP S.A.****, situación que fue claramente señalada e incluida en el mismo Certificado, sin que esto afecte al espécimen que fuera originalmente presentado a la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para obtener la autorización de oferta pública de nuestros CDFS´s. Como bien lo señala su denominación, es espécimen es una muestra o un modelo****: las condiciones esenciales de ese modelo no pueden variar ni ser modificadas, pero temas de aclaración y de información al*

público que FORTAELZA (sic) *quisiera incluir,* ***no afecta a ese modelo que en lo esencial se ha mantenido siempre sin modificaciones***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Contrariamente a ello, el acuerdo al que **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** hubiera llegado con sus clientes –como argumenta-, referido a cierto carácter de no bursátiles en determinados Certificados de Depósitos a Plazo Fijo, no condice con la normativa y la imputación impuesta, haciendo además inatendible lo esgrimido por el recurrente con referencia a sus notas CITE: FFP/GNF/E/030-2010 y FFP/GNF/E/037-2010 de fechas 4 y 22 de junio de 2010 respectivamente.

Siguiendo la misma línea de razonamiento respecto a la debida fundamentación en las actuaciones del Ente Regulador, es pertinente mencionar lo señalado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004 cuando señala:

"*Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16* (corresponde al artículo 117 de la Constitución vigente) *consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio de la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo,* ***extraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos****.*

El citado Articulo 16 parágrafo III. de la Constitución Política del Estado expresa que: "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal..." garantía que consiste en que toda persona que sea acusada de haber cometido falta o contravención tiene derecho a ser procesado previamente a la aplicación de cualquier pena o condena.

El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, ***obtener decisiones fundadas o motivadas****, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De todo lo anterior, se concluye en la falta de fundamentos precisos y concretos de las actuaciones del Ente Regulador, por cuanto su nota ASFI/DSV/R-22713/2011 de 25 de febrero de 2011 evidencia que el mismo acusa la infracción a lo dispuesto en la Resolución

Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003, norma que no hace a la infracción desarrollada por el Ente Regulador dentro del Proceso Administrativo sancionador que se conoce, afectando el debido proceso y el correcto ejercicio del derecho a la defensa que goza el recurrente.

2.2. Otros alegatos que salen del Recurso Jerárquico.-

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente dejar establecidos los extremos que siguen a continuación:

2.2.1. Trascendencia del artículo 59º del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.-

El recurrente acusa que, al hacer transcripción del artículo 59º del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, la Resolución Administrativa ASFI Nº 472/2011 de 8 de junio de 2011, ha omitido la mención íntegra del mismo, limitándose a señalar sólo una parte del mismo.

Corresponde remitirse a la Resolución Administrativa ASFI Nº 472/2011 de fecha 8 de junio de 2011, la que efectivamente señala que:

> "…*El artículo 59 del Registro* (sic) *de Mercado de Valores señala que "Las entidades de intermediación financiera legalmente constituidas en el país podrán inscribir sus Certificados a Plazo Fijo (DPFs) en el Registro del Mercado de Valores, con el propósito de hacer pública los* (sic) *mismos*…"

La redacción íntegra del artículo 59º del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, es la siguiente:

> "…***Artículo 59.*** *Las entidades de intermediación financiera legalmente constituidas en el país podrán inscribir sus Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s) en el Registro del Mercado de Valores, con el propósito de hacer oferta pública de los mismos, pudiendo ser transados en las Bolsas de Valores del país siempre que además cumplan con los requisitos que las normas internas de dichas Bolsas establezcan para el efecto*…"

De la comparación entre ambas redacciones y amén del error gramatical que aparece en la Resolución Administrativa ASFI Nº 472/2011 (dice: "*hacer pública los mismos*" en lugar de "*hacer oferta pública de los mismos*"), resulta que evidentemente en esa misma Resolución se transcribe parcialmente el mencionado artículo 59º, por cuanto se omite señalar la frase derivada:

> "…*pudiendo ser transados en las Bolsas de Valores del país siempre que además cumplan con los requisitos que las normas internas de dichas Bolsas establezcan para el efecto*."

El recurrente sugiere que la cita incompleta, obedece a determinada intencionalidad de evitar incluir el texto que refuerza su posición, en sentido que el artículo 59º del Reglamento

del Registro del Mercado de Valores, establece:

> "…*la facultad potestativa (no obligatoria) que tienen las entidades de intermediación financiera de determinar que los CDPFs que hubiesen inscrito en el RMV, puedan o no negociarse en una Bolsa de Valores. Como se desprende de la parte resaltada del texto citado anteriormente, el Artículo 59 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores utiliza el verbo "poder" y no el verbo "deber" al referirse a la negociabilidad en Bolsas de Valores de CDPFs inscritos en el RMV emitido por una entidad financiera*…"

Entonces, el recurrente acusa que la omisión señalada despoja al artículo 59º del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, de su carácter facultativo y volitivo, referido al uso del verbo "*pudiendo*" que determinaría que los Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s) **puedan** ser transados en las Bolsas de Valores a voluntad, capricho y querer de las entidades de intermediación financiera.

No obstante, el uso de tal verbo en la expresión "*pudiendo ser transados en las Bolsas de Valores*" no está referido a la posibilidad que deviene de una voluntad de las entidades de intermediación financiera, sino a dos condiciones (y en Derecho se entiende por condición al acontecimiento futuro e incierto del que por determinación legal o convencional depende la eficacia inicial o la resolución posterior de ciertos actos jurídicos) impuesta a las mismas entidades, de que a efectos de que **puedan** transar en las Bolsas de Valores sus Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s), estos se encuentren inscritos en el Registro del Mercado de Valores, y que *además* cumplan con los requisitos establecidos por las normas internas de dichas Bolsas.

A este extremo, importa fundamentalmente enfocarnos, en la infracción y no así en las facultades que dice tener el recurrente de transar o no los Títulos Valores. Por lo que importa traer a colación los antecedentes que han hecho que el Ente Regulador haya imputado y consiguientemente sancionado con la infracción a la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003, **al haber modificado los CDPF´s aprobados.**

Esta modificación incluyó el seriado y la determinación que la Serie "B" tenía la característica de ser extrabursátil, entonces, el recurrente, pese a contar con aprobación por parte del Ente Regulador, donde no se encontraban **dichas** características, definió de mutuo propio, su modificación, olvidándose que se encuentra en un mercado regulado, donde el Ente Regulador es quien cuenta con las facultades de regulación, control, supervisión y fiscalización del Mercado de Valores, contando con la facultad plena para la autorización de la oferta pública de Valores, a efectos de la libre negociabilidad de los valores, no pudiendo el recurrente por mutuo propio trabar esta libre negociabilidad, sin autorización expresa del Ente Regulador, de aquellos Certificados autorizados mediante Resolución Administrativa expresa.

Asimismo, no puede dejar de tomarse en cuenta que, las emisiones realizadas de manera seriadas, están sujetas a renovaciones automáticas, de manera tal que cuando el depositante no realiza la renovación personal, se amplían la vigencia automáticamente

hasta un máximo de treinta días, tal como está previsto por el artículo 12º, párrafo segundo, Sección 2, de la misma normativa para Depósitos a Plazo Fijo, lo que conlleva a que las renovaciones bajo la modalidad de seriadas, para los casos de las Series "A" y "B", estarían en riesgo de seguir circulando sin ningún plazo límite, en caso de que no sean intercambiadas o anuladas, situación que demuestra una vez más que no se asimilan a los Certificados aprobados por el Ente Regulador.

Por lo tanto y en base a la línea de razonamiento esgrimidas en los párrafos anteriores, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** ha realizado la emisión de títulos valores no bursátiles, importando ello el haberse separado de la aprobación específica realizada por el Ente Regulador, bajo el argumento de un acuerdo con sus clientes, mismo que a su vez no se encuentra contemplado ni permitido por norma alguna.

Consiguientemente, esta Autoridad Jerárquica no encuentra en el Ente Regulador, la intención de pretender "*omitir*" parte del texto del artículo 59º del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, como lo sugiere el recurrente en su memorial de Recurso Jerárquico.

2.2.2. Alcance de la autorización contenida en la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003.-

FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A. señala también en su recurso, que:

> "…*la negociabilidad o no negociabilidad de una CDPF* (sic) *en una Bolsa de Valores no constituye una característica de estos instrumentos y por tanto mal puede señalar la ASFI que FORTALEZA FFP ha modificado las características de sus CDPFs al haber determinado la negociabilidad o no negociabilidad de ellos en una Bolsa de Valores* (…)
>
> …*el hecho de que los CDPFs No Transables en Bolsa no son fruto de una nueva emisión de CDPFs, son exactamente los mismos CDPFs autorizados por la SPVS a través de la RA 234 e inscritos en el RMV*…"

En principio, corresponde determinar en qué consiste la emisión de Certificados de Depósito a Plazo Fijo; el Glosario de Términos Financieros entiende por emisión al conjunto de títulos valores de una empresa con iguales características, o **al lanzamiento al mercado** de un conjunto de títulos valores.

Más preciso resulta remitirse a lo señalado por el artículo 6º del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo (Capítulo II, Título VIII, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras), el que comienza señalando que:

> "…*Artículo 6° - **Requisitos para la emisión de certificados de DPF**.-*
> *Los depósitos a plazo fijo deberán ser **documentados mediante la emisión de CDPFs nominativos o al portador**, según elija el depositante*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, la emisión de un Certificado de Depósito a Plazo Fijo consiste en la materialización física del depósito en un documento que lo certifique, el que precisamente constituye el certificado, y cuya emisión a diferencia de otros títulos valores, es particular y singular al instante en que se realiza cada depósito (no tiene un carácter plural en el sentido comercial de ponerse en mercado, simultáneamente varios documentos similares que por ello comparten la denominación de *serie*) criterio sobre el que se debe rescatar lo informado por el propio recurrente en su nota de informe FFP/VPE/EXT/055/2010 de 12 de agosto de 2011, la que establece que:

> "…*informamos a su Autoridad que, una vez conocido el contenido su* (sic) *Nota ASFI/DSV/R-75118/2010, nuestra entidad suspendió inmediatamente la emisión de los CDPF diferenciados, instruyéndose a nuestras diferentes Sucursales y Agencias que procedan al cambio de dichos CDPF, tarea que será realizada hasta concluir con el reemplazo de la totalidad de los mismos*…"

Entonces, en definitiva y contrariamente a lo señalado por el recurrente, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** sí procedió a la emisión de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo conforme consta en su nota FFP/GNF/E/030-2010 de 4 de junio de 2010:

> "…*la emisión de certificados de depósito bajo esta modalidad en dos series distintas* (…) *y cuya única diferencia será la siguiente:*
>
> - *La primera serie, que será denominada "Serie A", estará conformada por certificados de depósitos a plazo fijo que serán registrados por parte de Fortaleza FFP S.A. en la Bolsa Boliviana de Valores S.A., u otra que a futuro pudiese ser autorizada, para su negociación a través de los mecanismos que a tal efecto ésta administra. Asimismo, señalamos que todos los certificados de depósitos a plazo fijo emitidos con anterioridad a la fecha antes mencionada, al encontrarse inscritos en la Bolsa Boliviana de Valores S.A., pertenecerán a esta serie "A" sin necesidad de la emisión de nuevos certificados.*
>
> - *La segunda serie, que será denominada "Serie B", estará conformada por certificados de depósito a plazo fijo que no serán registrados por parte de Fortaleza FFP S.A. en ninguna bolsa de valores para su negociación*…"

Corresponde precisar que en este caso, la emisión en las dos series por parte de **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** obedece a los extremos señalados en su nota FFP/EXT/GNOT/0685/2011 de 24 de marzo de 2011:

> "…*Dicha situación se presenta principalmente por personas naturales, quienes se apersonan como ahorristas del Fondo, pero en realidad sólo buscan beneficiarse de las condiciones preferentes que la entidad otorga a este tipo de clientes, para obtener ganancias en el corto plazo, afectando de esta manera a la entidad con un mayor costo financiero del que podría obtener en forma alternativa de otras fuentes (Instituciones o Entidades Financieras). Adicionalmente, estas operaciones ocasionan*

que se nuestros (sic) *depósitos tiendan a concentrarse los pasivos en inversores institucionales y entidades de intermediación financiera, escenario sobre el que no es posible ejercer un control efectivo puesto que depende de factores exógenos…*"

La Resolución Administrativa ASFI N° 329/2011 de 12 de abril de 2011, a tiempo de fundamentar la sanción, no discrimina ni diferencia a los certificados de la "Serie A" con los de la "Serie B", lo que determina que la sanción es en general, por haber "*efectuado una emisión de Certificados de Depósito a Plazo Fijo seriados con características y condiciones distintas a las autorizadas por el Órgano Regulador*", entonces se refiere tanto a los de la Serie A como a los de la Serie B, pues ambas habrían sido emitidas sin que sus características y condiciones hubieran sido previamente autorizadas, conforme lo exige el artículo 59° del Reglamento del Registro de Mercado de Valores.

Por su parte, cuando la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003, autoriza "*los Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPFs) emitidos y por emitir del* ***FORTALEZA*** *(sic)* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *en el Registro del Mercado de Valores para su oferta pública*", no prevé una diferenciación entre las Series A y B, desde luego, porque tal decisión deviene recién del año 2010, conforme se ha establecido de la nota FFP/GNF/E/030-2010 de 4 de junio de 2010.

Es precisamente con la última nota señalada, que **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** presenta las muestras de los que después se emitirían como los certificados formales, donde destacan las menciones:

- "*Serie "A" CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO*"
- "*Serie "B" CERTIFICADO DE DEPÓSITO A PLAZO FIJO (NO BURSÁTIL)*"

Los Certificados de la Serie "B" (*NO BURSÁTIL*) tienen la característica de no ser negociables en las Bolsas de Valores.

A este respecto, el artículo 11° del Reglamento de depósitos a plazo fijo, precisa que los Certificados "*pueden ser negociados* ***por sus tenedores*** *en el mercado secundario*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) en concordancia con el artículo 1384° del Código de Comercio.
En tal sentido, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** obvió intencionalmente esa facultad exclusiva de los tenedores, justificándose en que:

"*…La ASFI no cuenta con la facultad de ordenar a una entidad de intermediación financiera que la totalidad de los CDPFs que emita e inscriba en el RMV, sean obligatoriamente negociados en el Mercado Bursátil; mucho menos puede forzar a los portadores de dichos CDPFs a negociar sus instrumentos en una Bolsa de Valores…*"

Entonces pasó por alto que por disposición del mencionado artículo 59° del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, "*las entidades de intermediación financiera (…) podrán inscribir sus Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPF´s) en el Registro del Mercado de*

Valores, con ***el propósito de hacer oferta pública de los mismos****"*, sea entonces en el mercado bursátil o en el extrabursátil.

Hecho que fue cumplido por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.,** sin embargo de mutuo propio y sin contar con autorización expresa, determinó seriar los Certificados de Depósito a Plazo Fijo y determinar que la Serie B no tenía carácter bursátil, alejándose de la autorización dada por el Ente Regulador.

2.2.3. Modificación de las características de los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo.-

El recurrente señala también:

> "…*la ASFI insiste en señalar en la R-ASFI 472 que FORTALEZA FFP ha emitido CDPFs con características distintas a las aprobadas por la SPVS a través de la RA 234. Con esto en cuenta, FORTALEZA FFP no tiene otra opción, más que exponer una vez más, cuáles son, de acuerdo a norma (Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo), las características de los CDPFs*…"

Luego menciona las características de los Certificados de Depósitos a Plazo Fijo que señala el artículo 9º del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, y transcribe íntegramente la serie de requisitos previstos por el artículo 6º de la misma norma; entonces **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** refiere el carácter formal que sale del mencionado Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, el que en su artículo 1º señala que el mismo:

> "…*tiene por objeto normar los aspectos referidos a la definición, constitución y efecto legal de los depósitos a plazo fijo, así como los requisitos relativos a la expedición, reposición, medidas de seguridad, negociabilidad, redención y otros aspectos relativos al manejo operativo de los correspondientes certificados de depósitos a plazo fijo (CDPFs)*…"

Es decir, que para la generalidad de Certificados de Depósito a Plazo Fijo están previstos -entre otros- los artículos 6º y 9º del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, y no únicamente para aquellos autorizados (exclusivamente) por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** en mérito a la Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003. El recurrente confunde la norma de aplicación general (cuya observancia o inobservancia no ha sido considerada por el Ente Regulador a tiempo de imponer la sanción), con la norma en concreto emitida para ella y que en el Cargo, se refiere como infringida y dando lugar a la sanción impuesta.

Al respecto, la recurrida Resolución Administrativa ASFI Nº 472/2011 de 8 de junio de 2011 en su parte pertinente señala:

> "…*la entidad tiene la obligación de cumplir con las determinaciones asumidas a través de la Resolución Administrativa Nº 234, que en el presente caso, fue inobservada por* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *al emitir Certificados*

de Depósitos a Plazo Fijo seriados con características distintas a las autorizadas por el Órgano Regulador (…)

…, en este marco, si bien la entidad tiene la facultad de modificar las características de un DPF´s (sic)*, toda nueva emisión debe contar con la aprobación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el presente caso, a través de la Resolución Administrativa Nº 234 de 31 de marzo de 2003, se autorizó e inscribió en el Registro del Mercado de Valores la totalidad de dichos Certificados emitidos y por emitir, disposición que fue incumplida por* ***FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *al haber cambiado las condiciones y características de los CDPF´s*…"

De lo que se concluye que, la sanción a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** no deviene de un supuesto incumplimiento a los artículos 6º y 9º del Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo, es decir, a alguna de las características generales a todos los Certificados de Depósito a Plazo Fijo, sino y en concreto, a la Resolución Administrativa Nº 234 de 31 de marzo de 2003 que resulta en una norma particular y concreta a los Certificados "*emitidos y por emitir*" por **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.**, resultando por tanto, impertinentes las menciones del recurrente a este respecto.

El registro y autorización de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo en el Registro del Mercado de Valores, está destinado a la oferta pública de los mismos, de manera tal que si **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** pretendía amparar la nueva emisión de Certificados en la Resolución Administrativa Nº 234 de 31 de marzo de 2003, no podía modificar el contenido de los mismos con respecto a lo ya autorizado.

En este sentido, **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** señala en su Recurso Jerárquico, que:

"…*Tal como sostuvimos en el punto anterior, la negociabilidad o no negociabilidad de una CDPF* (sic) *en una Bolsa de Valores no constituye una característica de estos instrumentos y por tanto mal puede señalar la ASFI que FORTALEZA FFP ha modificado las características de sus CDPFs al haber determinado la negociabilidad o no negociabilidad de ellos en una Bolsa de Valores.*

(…) *debemos hacer hincapié en el hecho de que los CDPFs No Transables en Bolsa no son fruto de una nueva emisión de CDPFs, son exactamente los mismos CDPFs autorizados por la SPVS a través de la RA 234 e inscritos en el RMV. Las características de dichos CDPFs, las verdaderas características de éstos, establecidas en el Reglamento de Depósitos a Plazo Fijo y no aquellas características inventadas por la ASFI, no han variado en ningún momento*…"

No obstante, y toda vez que la precitada Resolución Administrativa No. 234 de 31 de marzo de 2003, en lo atinente, se limita a la siguiente disposición:

"…***ARTÍCULO SEGUNDO.-***

Autorizar e inscribir la totalidad de los Certificados de Depósito a Plazo Fijo (DPFs) emitidos y por emitir del ***FORTALEZA*** *(sic)* ***FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.*** *en el Registro del Mercado de Valores para su oferta pública, asignándole el registro No. SPVS-IV-DPF-FFO-007/2003…*"

Sin embargo y fundamentalmente, se debe tomar en cuenta que no es la norma última nombrada, la infringida mediante la actuación que ha determinado la imputación, sino el artículo 59º del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, transcrito en el numeral 2 supra, y que establece la inscripción de Certificados de Depósito a Plazo Fijo con el propósito de su oferta pública, aspecto que debió ser precisado por la autoridad recurrida en su Resolución Administrativa ASFI Nº 329/2011 de 12 de abril de 2011.

Ahora es pertinente rescatar lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 que establece:

"*…El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.*

La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión…"

El extremo tiene relación con el derecho al debido proceso, conforme ha sido mencionado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010:

"*…a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas;* ***derecho a la congruencia entre acusación y condena****; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba;* ***derecho a la motivación y congruencia de las decisiones*** *(SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);…* (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso…"

De lo anterior, la congruencia que resulta aplicable inclusive al ámbito en el que se desenvuelve el proceso presente, importa dos presupuestos:

- El derecho a la congruencia entre acusación y condena, y
- El derecho a la congruencia de las decisiones.

Si se subsume todo lo anterior al caso concreto, se debe concluir que la mención de una norma sustancial cual es la Resolución Administrativa N° 234 de 31 de marzo de 2003, como la incumplida y por tanto, el fundamento normativo del proceso sancionador, cuando tal norma se limita a declarar un registro, empero no es la que prohíbe la actuación al margen del mismo, por tanto y en definitiva no dispone prohibición alguna, importando su mención única una violación a los derechos a la defensa y al debido proceso.

2.2.4. Trascendencia del principio de proporcionalidad.-

El recurrente también señala que:

"…*Respecto de dicha disposición, deseamos rescatar aquella parte de su redacción que señala que las sanciones impuestas deben ser aplicadas, "…tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones…".*

No obstante, tal mención se basa en su propio presupuesto sobre no haber existido infracción que amerite sanción alguna, por lo que corresponde establecerse que **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** tiene registrados en el Registro del Mercado de Valores, para su oferta pública y bajo el código No. SPVS-IV-DPF-FFO-007/2003, los formatos (*muestras* les llama la nota FFP/GNF/E/030-2010) de los certificados de Depósito a Plazo Fijo que a partir de tal realidad, ha emitido o habrá de emitir, es decir, se debe circunscribir al formato exacto registrado en oportunidad de la Resolución Administrativa No. 234 pronunciada por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en fecha 31 de marzo de

2003.

En atención a la generalidad de fundamentos que constan en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, el extremo en definitiva, deberá ser tenido oportunamente en cuenta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la notificación de cargos que sale de la nota ASFI/DSV/R-22713/2011 de 25 de febrero de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia expedirse nueva notificación de cargos ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 489/2011 DE 20 DE JUNIO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 060/2011 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 060/2011

La Paz, 15 de noviembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por Oscar Manuel Coronado Espinoza como Gerente General de la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda**., contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 489/2011 de 20 de junio de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 892/2010 de 21 de octubre de 2010, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 132/2011 de 21 de octubre de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 11 de julio de 2011, la Cooperativa de Ahorro y

Crédito "Fátima" Ltda., legalmente representada por Oscar Manuel Coronado Espinoza, Gerente General, tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 751/2011 de 7 de julio de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nª 12 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dr. Edgar Rosales Lijerón, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 489/2011 de 20 de junio de 2011 diciembre que en

Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N°892/2010 de 21 de octubre de 2010.

Que en fecha 27 de julio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por Oscar Manuel Coronado Espinoza como Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., contra la Resolución Administrativa ASFI N° 489/2011 de 20 de junio de 2011.

Que, en fecha 1 de agosto de 2011, se notificó a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., con el proveído de fecha 28 de julio de 2011, para que esta en un plazo no mayor a 3 días hábiles administrativos señale domicilio conforme al artículo 46 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003.

Que en fecha 2 de agosto de 2011, Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., presenta memorial fijando domicilio en la ciudad de la Paz, mismo que fue notificado a esta instancia jerárquica mediante fax.

Que, en fecha 2 de agosto de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., mismo que fue notificado el 3 de agosto de 2011.

Que, el 19 de agosto de 2011, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda**.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 DE 3 DE MAYO DE 2011.-

Que, en fecha 3 de mayo de 2011, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011, misma que determinó en su parte resolutiva lo siguiente:

> ***"ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa pronunciándose sobre todos los aspectos alegados por la recurrente y de conformidad con los argumentos desarrollados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica."*

Los fundamentos esgrimidos en la Resolución Ministerial Jerárquica son:

> ***"…2.1.2. DE LA REINCIDENCIA Y REITERACIÓN.-***

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determina que habría sancionado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda. por reiteración.

Conforme la documentación cursante en el expediente administrativo concerniente a la evidencia, por la que se habría sancionado a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., por reincidencia, se tiene la nota ASFI/DAJ/R-23295/2011 en la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero informa a este Ministerio lo siguiente:

"(…) No existen resoluciones por las que se hubiere sancionado a la Cooperativa por el mismo hecho, por lo que la modulación de la sanción no ha tenido como agravante o como fundamentación la reincidencia, no obstante en la tramitación del proceso se hace referencia a la reiteración ya que en dos oportunidades se procede a la re-contratación del señor Marco Antonio Rivero Rivera, aún bajo la advertencia de que con dicha contratación se estaría vulnerando el límite establecido en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No 1488 (Texto Ordenado) de 14 de abril de 1993, dichas actuaciones se corroboran mediante cartas ASFI/DSR SI/R-72114/2010 y ASFI/DSR II/ R- 16935/2010 adjuntas a la presente…"

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

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

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

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

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

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

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

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

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

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

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

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

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

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

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

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

2.2. DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA Y SANCIONADA.-

Sin perjuicio de lo anterior, que constituye la parte fundamental de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, sin embargo y bajo el principio de economía procesal, corresponde realizar una revisión de la controversia en base a los antecedentes cursantes en el expediente administrativo.

Es así que, conforme al análisis de la normativa supuestamente infringida transcrita en el numeral anterior, tenemos que para que, el artículo 54 inc. 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras sea incumplido por alguna Entidad Financiera, está necesariamente debe autorizar un crédito a uno de sus empleados (préstamos individuales), y el mismo sobrepase el 10% del 1.5 % del patrimonio neto de la entidad financiera.

*En el presente caso se tiene que el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, no se encontraría dentro de las limitaciones establecidas en el artículo 54 inc. 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, debido a que justamente al momento de acceder al crédito por Bs.56,000.-, éste no era empleado, ni funcionario de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., no teniendo por ende la calidad exigida por el artículo 54 inc. 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras cuando refiere: "…**excepto a sus empleados** no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5% del patrimonio neto de de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite."*

Sin embargo, a su vez el artículo hace referencia que las operaciones de crédito realizadas con los empleados (no ejecutivos) no puedan exceder el uno o medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.

Por lo que, tomando en cuenta la tipificación en la que se fundaría el cargo y consiguiente sanción, se debe revisar si al momento de ingresar a trabajar a la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, se cumplía o no dicha situación.

Es así que a tiempo del ingreso del Sr. Rivero, la Cooperativa tenía un Patrimonio Neto de Bs 51, 094,317.00, donde el 10% del 1.5 % del Patrimonio Neto vigente ascendía a Bs 76,641. 47., conforme se establece en la nota ASFI/DAJ/R-23295/2011. Bajo este contexto se tiene que el préstamo realizado por el Sr Marco Antonio Rivero Rivero, ascendía a la suma de Bs 56,000.00, hecho que demuestra que no se sobrepaso el límite establecido por la norma.

Congruentemente con lo anterior y en base a la documentación cursante, ***podría llegarse a la conclusión que la conducta atribuida*** *a la Cooperativa, no se enmarcaría dentro del tipo, ya que como se dijo líneas atrás, al momento de la aprobación y desembolso del préstamo, el Sr Marco Antonio Rivero Rivero no era empleado de la Cooperativa, así como tampoco se configuraría el hecho (aunque no es el cargo específicamente imputado) que a tiempo de la contratación, se hubiera excedido el límite permitido, conforme determina la propia Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. Sin embargo* ***corresponderá a la Autoridad recurrida a tiempo de resolver y fundamentar su Resolución, realizar la compulsa y valoración respectiva****, en estricta sujeción al procedimiento administrativo…."*

2. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II-97686/2010 de 24 de septiembre de 2010, notifica a Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda. con el siguiente cargo:

Por el supuesto incumplimiento al numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en relación al crédito concedido al funcionario Marco Antonio Rivero Rivero, empleado no ejecutivo, excediendo el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad, a efectos de que ésta Cooperativa, presente en un plazo no mayor a siete (7) días hábiles administrativos, sus descargos."

En fecha 6 de octubre de 2010 mediante carta G.G 077/2010 Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., presenta descargos expresando lo siguiente:

1. El crédito directo del Sr. Rivero fue totalmente cancelado en fecha 30/08/2010, con lo cual se regularizó lo observado.

2. Se determinó instruir al Dpto. de Finanzas y Recursos Humanos tomar las previsiones para evitar reincidencias futuras sobre el caso.

Asimismo adjunta extracto del crédito directo donde se evidencia la fecha de otorgación del crédito y la fecha de cancelación, así también remiten copia de la comunicación Interna N° 197/2010, con el objeto de controlar se de cumplimiento al art 54 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Que mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 892/2010 de 21 de octubre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

*"**PRIMERO.-** Sancionar a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.,** con una multa de Bs16,800.00 (DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS) por el incumplimiento a los límites dispuestos en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en la otorgación de un crédito al señor Marco Antonio Rivero Rivero.*

***SEGUNDO.-** La multa impuesta deberá depositarse en el plazo de 10 días posteriores a la notificación con la presente Resolución, en la cuenta N° 4010695761 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir dentro los siguientes 5 días hábiles, las papeletas de depósito de la multa impuesta.*

***TERCERO.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta a conocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO "FATIMA" LTDA.,** debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas de efectuado el acto."*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 9 de noviembre de 2010, la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda.,** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N°892/2010 de 21 de octubre de 2010, argumentando principalmente lo siguiente: a) Que no se habría infringido el Art. 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, ya que el crédito desembolsado al Sr Marco Antonio Rivero Rivero, se produjo el 17 de diciembre de 2009 por un monto de Bs. 56,000.00 y el mismo a la fecha del desembolso no era funcionario de la Cooperativa y b) Para el límite en cuanto a la otorgación del préstamo, se debe considerar que el Patrimonio Neto de la Cooperativa al momento del ingreso del Sr. Marco Antonio Rivero Rivero era de Bs 51,094.317, por lo que el 1.5% del mismo ascendía a Bs.766,415.00, donde el 10% del 1.5% es Bs.76,642.00, por lo que, concluye que el préstamo otorgado al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero no sobrepasaba el límite establecido por la norma.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 489/2011 DE 20 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI/N° 489/2011 de 20 de junio de 2011, se confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 892/2010 de 21 de octubre de 2010 bajo los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, efectuada la valoración de los argumentos del Recurso de Revocatoria presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima Ltda., se establece lo siguiente:

1. Respecto a la infracción al límite establecido en el artículo 54 de la Ley No. 1488

El numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece que las entidades financieras no pueden realizar operaciones de crédito con sus funcionarios fuera de los límites establecidos, Al respecto, considerando los alcances de artículo 1330 del Código de Comercio, que establece que el préstamo de dinero, como una forma de mutuo, es un contrato por el cual el prestatario se obliga a devolver al Banco prestamista una suma igual a la recibida de éste, en los plazos estipulados y además a pagarle los intereses convenidos, por lo que se debe considerar que una operación crediticia engloba el crédito desde su contratación, hasta el pago del mismo en los plazos estipulados, inclusive hasta la cancelación de los intereses pactados, por lo que en el presente caso, se evidencia que el funcionario accedió al crédito manteniendo su relación crediticia con la Cooperativa, aspecto que ineludiblemente vulnera el artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nª 1488 (Texto Ordenado).

- *Asimismo, es necesario señalar que e! artículo 79 de la mencionada Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, establece la prohibición a las entidades financieras no bancarias, de realizar determinadas operaciones, entre las cuales se encuentra el conceder o mantener créditos con sus funcionarios, por lo que está claramente establecido que la Cooperativa vulneró la normativa de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), al mantener con el señor Marco Antonio Rivera Rivero, operaciones crediticias por encima del 10% del 1.5% del Patrimonio de la entidad.*

2. *Respecto al exceso al límite para la otorgación de préstamos a empleados no ejecutivos*

Del análisis técnico expuesto en el informe ASFI/DSR II/R-53848/2011 de 25 de mayo de 2011, se tiene lo siguiente:

> *De la información reportada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima" Ltda. al 31 de enero de 2010, se observó mediante nota ASFI/DSR I I/R-16935/2010 de 24 de febrero de 2010, que la misma realizó una operación crediticia con el señor Marco Antonio Rivero Rivero, Cajero de la entidad, registrando un saldo deudor total que sobrepasaba el límite establecido en el artículo 54, numeral 4. de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el cual determina que las entidades no podrán realizar operaciones de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos; excepto a sus empleados no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.*
>
> *Mediante carta G.G.017/2010 de 1 de marzo de 2010, la Cooperativa informó que el funcionario obtuvo un crédito en fecha 17 de diciembre de 2009, cuando no era empleado de la entidad, ingresando a trabajar a la misma en el mes de enero de 2010 en forma temporal, sin embargo, si bien el 17 de diciembre de 2009 la Cooperativa desembolsó el crédito Nª 10037054 por Bs56,000 en favor de Marco Antonio Rivero Rivero cuando no era funcionario de la misma, al momento de su contratación (en enero de 2010) no tomaron en cuenta que el Sr. Rivero ya contaba*

con otra operación crediticia (N° 10031928), que a esa fecha tenía un saldo deudor de Bs37,343.93, por lo tanto, sumadas ambas operaciones a la fecha de contratación de dicho funcionario (28 de enero de 2010), la Cooperativa mantenía una concentración crediticia con el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero que infringía el límite legal establecido en el artículo 54, numeral 4 y el inciso d) del artículo 79, ambas de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las cuales establecen la prohibición a las entidades financieras no bancarias de realizar determinadas operaciones, entre las cuales se encuentra el conceder o mantener créditos con sus funcionarios por encima del límite legal, hecho suscitado con la Cooperativa conforme al siguiente cuadro:

LIMITES S/G ARTÍCULO 54 LBEF PARA CFA	*Bs. 76,641.48*
LIMITES PORCENTAJE INDIVIDUAL S/G ARTÍCULO 54 LBEF	*0.15%*

Nº. OPERACIÓN	***FECHA DE OPERACIÓN***	***SALDO AL 31/01/2010 EN BS***
10031928	*17/11/2006*	*36,739.29*
10037054	*17/12/2009*	*55,333.27*
TOTAL		*92,072.56*
PATRIMONIO NETO AL 31/12/2009		*51,094,317.00*

PORCENTAJE INDIVIDUAL	*0.18%*

Revisado el registro de altas y bajas del Sistema de Directores, Síndicos, Ejecutivos y Demás Funcionarios del Sistema Financiero, se constató que evidentemente la Cooperativa dio de baja al funcionario el 1 de abril de 2010, sin embargo, el 1 de julio de 2010, reporta nuevamente alta al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero como Cajero de la entidad, por lo cual se revisó nuevamente la información reportada a la Central de información de Riesgo Crediticio (CIRC) al 30 de junio de 2010, advirtiéndose que el señor Marco Antonio Rivera Rivero, continuaba manteniendo un endeudamiento con la Cooperativa que sobrepasaba el límite establecido en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), lo cual fue comunicado a la entidad mediante nota ASFI/DSR II/R-72114/2010 de 21 de julio de 2010, observando nuevamente el siguiente exceso:

LIMITES S/G ARTÍCULO 54 LBEF PARA CFA	*BS. 83,600.04*
LIMITES PORCENTAJE INDIVIDUAL S/G ARTÍCULO 54 LBEF	*0.15%*

Nº. OPERACIÓN	***FECHA DE OPERACIÓN***	***SALDO AL 31/01/2010 EN BS***
10031928	*17/11/2006*	*33,561.18*
10037054	*17/12/2009*	*53,271.47*

TOTAL		*86,832.65*
PATRIMONIO NETO AL 31/05/2010		*55,733,363.00*

PORCENTAJE INDIVIDUAL	*0.16%*

Al respecto, mediante carta G.G.062/2010 de 27 de julio de 2010, la Cooperativa informó que dicho empleado se encontraba desempeñando funciones temporales desde el 12 de julio de 2010 en reemplazo de personal que se encontraba de vacaciones, en consecuencia, mediante carta ASFI/DSR II/R-79967/2010 de 11 de agosto de 2010, esta Autoridad de Supervisión advirtió que la Cooperativa no adoptó acciones para regularizar las operaciones crediticias en favor del Señor Marco Antonio Rivero Rivero, no obstante que con nota ASFI/DSR II/R-16935/2010 de 24 de febrero de 2010 ya se había advertido dicho extremo; asimismo, considerando que la conducta observada a la Cooperativa es recurrente, de conformidad a lo establecido en la última parte del numeral 7, artículo 18, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que dice: "... la sanción señalada será aplicada independientemente de la conminatoria a la entidad para regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Superintendente ...", se otorgó plazo para la adecuación al límite establecido por ley hasta el 31 de agosto de 2010, procediendo la Cooperativa a regularizar la infracción con el pago de la deuda.

Del análisis de los aspectos antes mencionados y conforme a la información reportada por la Cooperativa, se estableció mediante informe ASFI/DSR II/R-94459/2010 de 16 de septiembre de 2010, que la entidad mantuvo operaciones de crédito con un funcionarios no ejecutivo, contraviniendo lo establecido por el inciso d) del artículo 79 de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y que individualmente ambas operaciones superaban el diez por ciento (10%) del límite establecido en el artículo 54, numeral 4 del mismo cuerpo normativo, de acuerdo al detalle que se cita más adelante, recomendándose la emisión de la correspondiente notificación de cargos a efectos de que la Cooperativa realice sus descargos correspondientes.

IDENTIFICACIÓN	***NOMBRE***	***TIPO***	***FECHA DE INGRESO***	***CARGO***	***NUMERO DE OPERACIÓN***	***FECHA DE OPERACIÓN***	***MONTO DE OPERACIÓN***	***PATRIMONIO EN BS***	***PORCENTAJE INDIVIDUAL***
5411962SC	*Marco A. Rivero Rivero*	*18*	*01/07/2010*	*cajero*	*10031928* *10037054*	*17/11/2006* *17/12/2009*	*86,832.65*	*55,733,363.00*	*0.16%*

3. Respecto a la condición laboral del Sr. Marco Rivero y el accionar de ASFI

- *Cabe aclarar, que esta Autoridad de Supervisión en ningún momento dispuso la desvinculación laboral del funcionario de la Cooperativa, toda vez que en el ámbito de las atribuciones reconocidas por ley, las observaciones vertidas mediante notas ASFI/DSR*

II/R-18935/2010 y ASFI/DSR II/R-72114/2010 de 24 de febrero y 21 de julio de 2010, respectivamente, se centraron en la obligación de la Entidad Financiera de adecuar sus operaciones crediticias dentro de los límites permitidos por ley, en tal sentido, dicho argumento sostenido por el regulado es infundado y carente de elementos para establecer la supuesta vulneración de los derechos individuales y constitucionales del trabajador de la Cooperativa de parte del Organismo de Regulación.

- *El carácter de la relación contractual entre la Cooperativa y el funcionario es irrelevante para los efectos de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que en el artículo 79, inciso d) expresa: " (...) Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sea apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación...", portante, los límites establecidos para las operaciones de crédito con los funcionarlos no ejecutivos de las entidades financieras no bancarias , son aplicables a todo dependiente que preste servicios a la entidad, sea eventual o permanente.*

4. Respecto a la sanción impuesta

Al no haber desvirtuado la Cooperativa los cargos imputados mediante carta ASFI/DSR II/R-97686/2010 de 24 de septiembre de 2010, se emitió la Resolución ASFI/I\R 892/2010 de 21 de octubre de 2010, sancionando a la entidad con multa de Bs16,800.00 por el incumplimiento a los límites dispuestos en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley Nª1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), sin embargo debe tenerse en cuenta que para la modulación de la sanción, se consideró únicamente la operación prohibida de Bs. 55,000 correspondiente a la última operación crediticia otorgada al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero y no así el total de la deuda contratada por dicho prestatario, que según el informe ASFI/DSR II/R-94459/2010 de 16 de septiembre de 2010, ascendía al 30 de junio de 2010, a Bs86.832,65, monto global por el cual se incumple el límite legal antes mencionado.

Respecto al alcance del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, cabe señalar que si bien es cierto que establece los tipos de sanciones que deben aplicarse a las entidades que incumplan o infrinjan las disposiciones legales vigentes, debe considerarse también que el numeral 4, articulo 18, Sección 2, Capítulo II, Titulo XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, consistente en el Reglamento de Sanciones Administrativas, determina de forma expresa que las acciones que infrinjan lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 1488, acarrearán a la entidad infractora, una multa no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida que hubiere efectuado, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo, lo que denota inequívocamente que las infracciones al artículo 54 de la Ley N° 1488 prevén una sanción pecuniaria y no amonestación como demanda el recurrente.

Por otra parte, según se ha establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre se tiene la siguiente jurisprudencia:

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

"Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido."

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

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

"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La, existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, impudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión," (El subrayado en nuestro).

De igual manera, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI/URJ 14/2008 de 20 de marzo estableció que:

"{-..} Así, las sanciones administrativas deben circunscribirse a los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, significando este último, que la existencia de correlación entre el hecho generador de la infracción, la conducta del infractor, su imputabilidad, así como la sanción que le corresponde, de acuerdo a su grado de participación y en forma proporcional a la gravedad de la infracción. La justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona, constituye un principio reiteradamente declarado por la doctrina, cuya aplicación al derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección del exceso que supone ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consisten lo hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan el ámbito del poder discrecional de la

graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de éstos y la arbitrariedad." (El subrayado en nuestro)

Sobre la motivación de los actos administrativos, siguiendo la Resolución Jerárquica de regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto:

"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso."

"Así, la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticarías bases en que se funda."

Por su parte, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 28/2008 de 26 de mayo expresó que:

"La motivación, a su vez, adquiere mayor relevancia en el ámbito sancionatorio, por cuanto las razones que inducen a la Administración

Pública a emitir un acto administrativo por medio del cual se sanciona a una persona natural o jurídica, debe encontrarse bajo los lineamientos de un nexo de causalidad, por medio del cual toda conducta que a criterio del regulador origine una infracción debe estar claramente identificada, es decir se debe buscar efectivizar la conjunción de los hechos acontecidos y la normativa presuntamente vulnerada, no bastando para ello efectuar meras referencias normativas sin identificar en qué medida qué tipo de conducta contravino qué norma jurídica."

"Entonces, las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan, deben aplicarse en plenitud."

En el mismo sentido, el artículo 23, literales b) y e) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra la causa, por medio de la cual se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable. Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.

En consecuencia, existiendo en el presente proceso la conjunción de los parámetros conformadores del principio de proporcionalidad que son: a) Los hechos imputados calificados como falta en la normativa, conformados con el incumplimiento a los límites establecidos en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades

Financieras (Texto Ordenado) y al artículo 79, inciso d) que expresamente prohíbe conceder o mantener créditos a los funcionarios de las entidades no bancarías por encima del límite establecido en el artículo 54, b) El hecho sancionado ha sido plenamente probado, toda vez que la Cooperativa no ha desvirtuado los cargos imputados en la nota ASFI/DSR II/R97838/2010 de 24 de septiembre de 2010, restringiéndose a señalar que "el crédito directo del Sr. Rivero fue totalmente cancelado en fecha 30 de agosto de 2010, con lo cual se regularizo lo observado" y que "Se determinó instruir al Departamento de Finanzas y Recursos Humanos tomar las previsiones para evitar reincidencias futuras sobre el caso" lo que constituye un tácito reconocimiento de la infracción y c) La potestad sancionatoria que ponderó las circunstancias concurrentes entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida en base a los siguientes criterios para su graduación: ***1)*** *El contenido en la norma de carácter sancionador expresado en e! numeral 4, artículo 18, Sección 2, Capitulo II, Titulo XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras referido al Reglamento de Sanciones Administrativas, que determina de forma expresa e inequívoca que las acciones que infrinjan lo dispuesto en el Artículo 54 de la Ley N° 1488, acarrearán a la entidad infractora una multa no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida que hubiere efectuado,* ***2)*** *La existencia de intencionalidad, culpa y negligencia de la entidad al haber practicado recurrentemente conductas que conllevaron a la comisión de la infracción sancionada, al haber contratado en dos oportunidades a un funcionario cuyo endeudamiento personal y directo con la entidad excedía el límite legal permitido, la primera el 28 de enero de 2010 y la segunda el mes de julio de 2010, pese a que en la primera oportunidad, mediante nota ASFI/DSR II/R-18935/2010 de 24 de febrero de 2010 esta Autoridad de Supervisión advirtió de esa irregularidad, sin que la entidad haya asumido controles y previsiones para evitar la concurrencia reiterativa de esta omisión, provocando con esta conducta negligente la segunda observación manifestada en la nota ASFI/DSR II/R-72114/2010 de 21 de julio de 2010 y el inicio del proceso administrativo sancionatorio y, finalmente 3) La manifestada reincidencia en la conducta de los administradores de la Cooperativa conducentes a la infracción de la norma.*

En consecuencia, habiéndose tomando en cuenta la concurrencia de los elementos anteriores para la gradación de la imposición de la sanción, en ejercicio de su potestad sancionatoria, ASFI determinó ratificar la multa impuesta en la Resolución ASFI Nª 892/2010 de 21 de octubre de 2010.

CONSIDERANDO:

Que, según informe Legal ASFI/DAJ/R-59684/2011 de 10 de junio de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos esgrimidos por el recurrente en su memorial de 9 de noviembre de 2010, concluyendo con los mismos argumentos antes esgrimidos, que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 892/2010 de 21 de octubre de 2010 que sancionó a la entidad por incumplimiento al artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 79, numeral d), de la misma Ley, por haber realizado una operación de crédito con el funcionario Marco Antonio Rivero Rivero, empleado no ejecutivo de la Cooperativa, que individuamente supera el 10% del límite establecido en dicha norma.

Que, el Informe ASFI/DSR II/R-61946/2011 de 16 de junio de 2011 señala que en el tercer párrafo de la página 7 del informe ASFI/DSR II/R-128138/2010 de 30 de noviembre de 2010, al expresarse que se ha considerado la "reiteración del incumplimiento a las observaciones emitidas por este Órgano de Regulación, pese a haberse efectuado la regularización o pago", debe tenerse presente que la sanción emerge por el incumplimiento a la norma. Posteriormente, en el quinto párrafo de la misma página, se determina que, considerando la reiteración de la conducta por parte de la entidad en la modulación de la Resolución Administrativa Sancionatoria, dispuso la imposición de una multa por el 30% del total del monto del incumplimiento.

Que, con estos argumentos se ha procedido a determinar que la gradación de la sanción fue impuesta por la inobservancia a la recomendación efectuada en el mes de febrero de 2010 y que pese a lo observado se volvió a incurrir en la misma situación, sin embargo no puede ser motivo para considerarse como la reiteración de la falta ya sancionada, la que corresponde aplicarse por primera vez. En este sentido, la gradación corresponderá ser aplicada conforme a la potestad sancionatoria y criterios de la Autoridad, al evaluar los motivos del incumplimiento y las acciones no aplicadas que se indicaron en su oportunidad. Al respecto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2007 de 31 de enero de 2007, en el punto III.2 sobre el Principio de Proporcionalidad en la Aplicación de las Sanciones hace referencia a la Resolución Jerárquica RJ 38/2005 de 15 de septiembre, en la que se menciona lo siguiente:

"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionados a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión".

Que, por lo expuesto en la jurisprudencia citada y al haber revisado la gradación de la ***falta,*** *con la finalidad de aplicar una justa sanción por la determinación asumida en la* ***entidad*** *por la contratación de una persona cuyo reporte crediticio sobrepasaba el limite dispuesto por la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), se ha evaluado la falta de cumplimiento de instrucciones, el riesgo al que se expuso a la entidad y la reincidencia de la conducta que derivó en la comisión de la infracción a la norma, aspectos que pueden ser traducidos en imprudencia en la toma de decisiones, mismo que genera culpa por la negligencia cometida, cuando con solo tomar las acciones de control en la primera oportunidad en la que se observó, no se habría repetido esta situación, aspectos que llevan a la convicción de que la gradación para la aplicación de la sanción debe mantenerse en el 30% de la multa por la operación prohibida.*

Que, al revisar la aplicación de la sanción bajo los conceptos manifestados, corresponde reiterar que el monto correspondiente a la sanción se mantiene en la suma de Bs 16.800 {BOLIVIANOS DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS 00/100) por incumplimiento a los límites dispuestos en el numeral 4) del Art.54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nª 1488 (Texto Ordenado)

Que, de acuerdo al informe ASFI/DSR II/R-81948/2011 de 18 de junio de 2011, se ha concluido que habiendo efectuado el análisis de la gradación correspondiente en la aplicación del Reglamento de Sanciones de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y lo previsto en la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) se recomienda que la aplicación de la sanción a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda., sea conforme a la revisión de la aplicación de las normas precedentes y conforme se ha determinado en dicho informe.

Que, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011 resolvió "Anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N°1018/2010 de 7 de diciembre de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa, pronunciándose sobre todos los aspectos alegados por la recurrente y de conformidad con los argumentos desarrollados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica."

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, determina en el artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) tiene atribución a imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, el artículo 99 de la mencionada Ley faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para imponer sanciones cuando las Entidades Financieras, sus Directores, Síndicos, Gerentes y Empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley.

Que, el artículo 4 de la Ley N6 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa señalando entre los mismos en el inciso d) al Principio de Verdad Material referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad forma! que rige el Procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema Ne 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Solivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 11 de julio de 2011, la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 489/2011 de 20 de junio de 2011, argumentado lo siguiente:

"II.- ANTECEDENTES:

Señora Directora en fecha 27 de Junio del 2011, hemos recibido la Resolución ASFI/N0 489/2011, emitida por la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, Directora ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la cual nos hacen conocer que CONFIRMAN en todas sus partes, la Resolución ASFI No 892/2010 de 21/ de Octubre de 2010, que sanciono (sic) a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima Ltda. con multa de Bs.-16,800.- (DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS), por un supuesto incumplimiento a los limites dispuestos en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras Nª. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, en la otorgación de un Crédito al señor Marco Antonio Rivero Rivero.

En la Resolución de Referencia, se indica que existiendo en el presente proceso la conjunción de los parámetros conformadores del principio de proporcionalidad que serian a) los hechos imputados calificados como falta en la normativa, conformados con el incumplimiento a los límites establecidos en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto ordenado) y al artículo 79 inc. d que expresamente prohíbe conceder o mantener créditos a los funcionarios de las entidades no bancarias por encima del límite establecido en el artículo 54, b) El hecho sancionado habría sido plenamente probado, toda vez que la Cooperativa no habría desvirtuado los cargos imputados en la nota ASFI/DSR II R97686/2010 D 24/09/2010, ya que nos habríamos restringido a señalar que "El Crédito directo del Sr. Rivero fue totalmente cancelado en fecha 30/08/2010 de 2010, con lo cual se regularizo lo observado" lo que según constituiría un tácito reconocimiento de la infracción, c) La potestad sancionatoria que pondero las circunstancias concurrentes entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida en base a los siguientes criterios para su graduación. 1) El contenido en la norma de carácter sancionador expresado en el numeral 4, articulo 18, Sección 2, Capitulo II Titulo XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y entidades Financieras referido al Reglamento de Sanciones Administrativas que determina de forma expresa e inequívoca que las acciones que infrinjan lo dispuesto en el Articulo 54 de la Ley 1488, acarrearan a la entidad infractora una multa

no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida que hubieses (sic) efectuado, 2) La supuesta existencia de intencionalidad, culpa y negligencia de la entidad al haber practicado recurrentemente conductas que conllevaron a la comisión de la infracción sancionada, al haber contratado en dos oportunidades cuyo enredamiento (sic) personal y directo con la entidad excedía el límite legal permitido, la primera el 28 de enero de 2010 y la segunda el mes de julio de 2010, 3) La supuesta ***manifestada reincidencia*** *en la conducta de los administradores de la Cooperativa conducentes a la infracción de la norma.*

Señora Directora, La Cooperativa Fátima Ltda., ***no ha infringido*** *el límite establecido en el Art. 54° de la Ley de Bancos, la ASFI tipifica infamemente que se otorgo un* ***crédito a un funcionario*** *fuera del límite e inclusive se* ***afirma que somos reincidentes, sin considerar que:***

- *El Art. 54 Inc. 4 de la Ley de Bancos a la letra dice "Las Entidades financieras no podrán: Realizar operaciones de Crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellos; excepto a sus empleados no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrán exceder el uno y medio por ciento (1,5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.*

- *El Crédito 10031928, por un monto de Sus.-8,000.- otorgado a la Sra. Gaby Rivero Zambrana fue desembolsado 17/11/2006.*

- *El Crédito 10037054, por un monto de Bs.-56,000.-, otorgado al Sr. Marco Antonio Rivero Rivero fue desembolso en fecha 17/12/2009.*

- *El Sr. Marco Antonio Rivero Rivero ingreso a trabajar de forma temporal a la Cooperativa en fecha 28/01/2010, cuarenta y dos días después de acceder al Crédito.*

El Art. 46 de la Constitución Política del Estado dice Toda persona tiene derecho al trabajo digno, estable en condiciones equitativas y satisfactorias"

- *Según el Art. 41 del Código Penal a la letra dice "Hay reincidencia siempre que ej condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años"*

- *La reincidencia en Roma la llamaban "consuetudo delinquendi", o delincuencia habitual que demostraba que el reo aparecía como incorregible, proviniendo etimológicamente, reincidencia, de "reincidere" que quiere decir "recaer en la conducta delictiva". Fue admitida también por el Derecho Canónico como agravante de la pena y admitida por el Código Penal francés de 1810.* ***La reincidencia consiste en cometer un nuevo delito luego de una sentencia condenatoria, dentro de un período determinado de tiempo, lo que agravará la pena del delincuente, le impedirá acceder a la libertad condicional, permitiendo la incorporación de la reclusión por tiempo indeterminado. (http.//derecho.laquia2000.com/derecho-penal/reincidencia***

- *La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 (Pág. 18), establece que "Queda claro entonces, que tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración aludida por el órgano de regulación, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso que debe tomarse ineludiblemente en cuenta".*

Por todo lo anteriormente detallado se puede evidenciar que el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero ***no era funcionario*** *de la Cooperativa por lo tanto no existe incumplimiento considerando que dicho Señor* ***no trabajaba*** *en la Cooperativa en el momento del desembolso.*

Respecto al límite para otorgación de préstamo del personal no ejecutivo con relación al Art. 54° de la Ley de Bancos, se presento de la siguiente manera para el Sr. Marco Antonio Rivero cuando ingreso a la cooperativa en forma temporal 28/01/2010:

		Bs.
PN al 28/01/2010	**=**	***51.094.317***
1.5% del PN	**=**	***766.415***
10% (del 1.5 PN)	**=**	***76.642 = LIMITE s/g Art. 54°***
Desembolso 17/12/2009		***56.000 = Crédito desemb.***
Margen (sobrante)		***20.642***

La Cooperativa a efecto de mantener una relación viable con el ente fiscalizador, el crédito es cancelado por el Sr. Rivero y se ratifica los controles existentes. Por lo expuesto la Cooperativa no ha incumplido los limites dispuestos en el numeral 4 del, articulo 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, ni es reincidente porque no existen resoluciones por las que se hubiere sancionado a la Cooperativa por el mismo hecho.

III.- RECURSO DE REVOCATORIA. *-*

En aplicación de los Arts. 13 (Inciso I), 14, 24, 46 (Inciso 1 y 2), 110 y 111 (Inc. I y II), de la Constitución Política del Estado, Arts. 46, 47,48 Y 49 del Decreto supremo No. 27175, concordante con el Art. 10 del Decreto Supremo 071 de fecha 09/04/2009, y demás normas sustantivas, es que muy respetuosamente solicito a su autoridad se sirva considerar el presente ***RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ASFI/N° 489/2011, dictada por la*** *Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, Directora ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ya que la mismo es atentatoria a nuestros derechos y violenta preceptos legales, civiles e inclusive Constitucionales, puesto que se pretende sancionarnos, sin tomar en cuenta primeramente que el numeral 4 del Art. 54 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, claramente señala que las entidades financieras no podrán realizar operaciones de Crédito con sus administradores y/o grupos prestatarios vinculados a ellos y pues el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero al momento de realizar y/o obtener el Crédito observado no era funcionario de la Institución, por lo tanto no existe incumplimiento considerando que dicho Señor* ***no trabajaba*** *en la Cooperativa en el momento del desembolso.*

Y es más Dra., con este accionar se violan preceptos constitucionales de índole fundamentales y laborales, puesto que uno de los fines y funciones del Estado Plurinacional de Bolivia es "Garantizar el acceso de las personas a la Educación, a la salud y al trabajo" (Art. 9 Inc. 5 C.P.E.), y entre otras cosas también señala que "Toda persona tiene derecho al trabajo digno, estable en condiciones equitativas y satisfactorias.

Así mismo queremos hacer notar que no somos reincidentes toda vez que la Cooperativa Fátima Ltda. no ha tenido ningún otro proceso administrativo similar o igual al presente, que tenga la calidad de cosa juzgada.

Por todo lo anteriormente señalado pido a su autoridad que conforme al Art. 43 Inciso b), del decreto Supremo N° 27175, deje sin efecto la resolución sancionatoria, puesto que no se ocasiono ningún daño a la institución ni se puso en riesgo el patrimonio de la Cooperativa."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por la **Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda.**, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. DEL RESURSO PLANTEADO.-

Con carácter previo, se debe realizar un pronunciamiento administrativo sobre la presentación del Recurso Jerárquico.

El recurrente en fecha 11 de julio de 2011, presenta Recurso **de Revocatoria** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 489/2001 de 20 de junio de 2011, misma que es emitida como consecuencia de la anulación dictada por éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010 inclusive, es decir aquella Resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria. Por lo que, el recurso que correspondía sea presentado por el recurrente es el Recurso Jerárquico.

Pese a dicha situación, es deber del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, dar cabal cumplimiento a la Ley de Procedimiento Administrativo, que en su artículo 4 inc. l), determina como uno de los principios fundamentales de la administración es el principio de informalismo, entendido como la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado (…) mismas que podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.

Asimismo, corresponde la aplicación del artículo 42 de la citada Ley de Procedimiento

Administrativo, que determina: "*El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación*"

Siguiendo la misma línea de aplicación normativa, tenemos que el Tribunal Constitucional en un caso con supuesto fáctico similar, ha determinado en la Sentencia Constitucional SC 0512/2003-R lo siguiente: "*En el caso de autos, en virtud del principio de "informalismo" del Derecho Administrativo (junto con los de oficialidad y eficacia) -que excusa al administrado de la observancia de las exigencias formales no esenciales- ambos recurridos, buscando favorecer al recurrente para que ejerza su derecho de impugnación, "corrigieron las evidentes equivocaciones formales del recurrente, admitiendo un recurso denominado equivocadamente "apelación (...)", cuando la primera vez que se interpuso se trataba de un recurso de revocatoria y la segunda vez de un recurso jerárquico, procediendo en ambos casos a dictar resolución. De esta manera, suplieron la confusión en que incurrió el recurrente a tiempo de utilizar los recursos de impugnación ...*"

Por lo que, conforme a la normativa trascrita ut supra, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, recondujo el procedimiento, admitiéndolo y tomando para todos los efectos como Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 489/2001 de 20 de junio de 2011.

2. ANÁLISI DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme se evidencia de la lectura de la parte considerativa y resolutiva, de la Resolución Administrativa hoy impugnada, la Autoridad de Supervisión no consideró los argumentos esgrimidos por esta instancia jerárquica, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, que motivaron la determinación de anulación.

Más al contrario siguió el procedimiento administrativo, sin tomar en cuenta que en el proceso inicial, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, indujo en indefensión al regulado, al determinar que la supuesta infracción correspondía a un sólo préstamo, conforme se desprende del fundamento dado en la nota de cargo y su consiguiente sanción, para luego ingresar a una fundamentación diferente, en sentido de que existirían dos préstamos y que los mismos hubieran sobrepasado el límite legal establecido por el artículo 54, numeral 4 y el inciso d) del artículo 79, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, apartándose así de la **nota de cargos** ASFI/DSRII/R-97686/2020 y a su vez de los fundamentos de su propia Resolución Administrativa ASFI N° 892/2010, donde claramente se puede observar que la sanción otorgada es por un sólo préstamo correspondiente al crédito N° 10037054 por Bs56,000.00 por infracción sólo al artículo 54 de la citada Ley de Bancos, cual se evidencia de la siguiente transcripción:

> "*(…) Tipificación. En el presente caso se evidencia el incumplimiento a las disposiciones del numeral 4, artículo 54 del Ley de Bancos y Entidades Financieras toda vez que la* ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FATIMA" LTDA.,*** *habría procedido a*

otorgar* un préstamo a un funcionario *no jerárquico por un monto *que supera de forma individual, el límite establecido en el articulo antes citado. (…)"*

(…)Cualificación A los Efectos de lo dispuesto en el artículo 18, Sección 2, Capitulo II Titulo XIII DE LA Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, para la cuantificación de la falta cometida por la ***COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.****,* ***se considera el monto total de la operación prohibida, mismo que asciende a Bs 56,000.00 (CINCUETA Y SEIS MIL 00/100 bolivianos)*** *a fs. 17(…)"*

Asimismo, pese a la contundencia y precisión de los precedentes sentados por este Ministerio de Economía y Finanzas, en cuanto a la delimitación del cargo, la ASFI se pronuncia de la siguiente manera:

"…Mediante carta G.G.017/2010 de 1 de marzo de 2010, la Cooperativa informó que el funcionario obtuvo un crédito en fecha 17 de diciembre de 2009, cuando no era empleado de la entidad, ingresando a trabajar a la misma en el mes de enero de 2010 ***en forma temporal, sin embargo, si bien el 17 de diciembre de 2009 la Cooperativa desembolsó el crédito N° 10037054 por Bs56,000 en favor de Marco Antonio Rivero Rivero cuando no era funcionario de la misma, al momento de su contratación (en enero de 2010) no tomaron en cuenta que el Sr. Rivero ya contaba con otra operación crediticia (N° 10031928), que a esa fecha tenía un saldo deudor de Bs37,343.93, por lo tanto, sumadas ambas operaciones a la fecha de contratación de dicho funcionario (28 de enero de 2010), la Cooperativa mantenía una concentración crediticia con el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero que infringía el límite legal establecido en el artículo 54, numeral 4*** *y el inciso d) del artículo 79, ambas de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las cuales establecen la prohibición a las entidades financieras no bancarias de realizar determinadas operaciones, entre las cuales se encuentra el conceder o mantener créditos con sus funcionarios por encima del límite legal, hecho suscitado con la Cooperativa conforme al siguiente cuadro: (…)".* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito se tiene que además de la violación a la normativa administrativa, en cuanto al debido proceso, ya desarrollada líneas arriba, la ASFI en la fundamentación que otorga en la Resolución Administrativa ASFI/N° 489/2011 de 20 de junio de 2011, incluye una segunda tipificación (no consideraba en la nota de cargos), cual es el artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, al tratar de fundamentar que dicho artículo determina la prohibición de **mantener** créditos por la Cooperativa y sus funcionarios ejecutivos, olvidándose el carácter excluyente entre el artículo 54 y 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Por lo que, más allá del análisis que deberá realizar la Autoridad de Supervisión Financiera, en cuanto a la imputación que corresponda al procedimiento administrativo de autos, tomando en cuenta a su vez, que es una entidad financiera no bancaria, importa hacer hincapié en las violaciones al procedimiento incurridas, así tenemos:

- No ha considerado el principio de congruencia, que conforme ya se señaló en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010, es:

*"… **principio de congruencia** que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, **debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final**". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*"…La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, **la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión**. **La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa**". (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por su parte, el Profesor Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la circunstanciada motivación de la sentencia, donde se expresa y justifica los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha…"

Sentando el siguiente precedente:

"Por lo que, la motivación expresada por la administración, en sujeción al principio de congruencia, debe estar íntimamente ligada a la decisión adoptada."

En la misma línea de razonamiento, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010, se determinó:

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

- No ha aplicado el principio de tipicidad, mismo ya desarrollado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de fecha de 20 de enero de 2011, que determina:

  "…Por lo tanto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite considerar en el presente caso, que si bien una norma tipifica la conducta reprochable y otra norma es la que sanciona, las mismas no son autónomas, es decir que debe existir una relación entre la conducta reprochable y la sanción impuesta, (la primera nos formula

una orden o prohibición y la segunda nos remite a la infracción la misma que no puede apartarse de la conducta reprochable)…

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

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

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

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

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

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

"… la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis). ***El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental*** *" nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria…."*

Congruentemente, con lo desglosado, transcrito y citado, la Autoridad Fiscalizadora, trasgredió una vez más el debido proceso que le asiste al regulado.

Por lo que al haberse ya determinado la anulabilidad del presente proceso en una ocasión anterior y al persistir las violaciones determinadas en la Resolución Ministerial Jerárquica No. 022/2011, así como la inclusión de nuevas infracciones al procedimiento administrativo a tiempo de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI 489/2011 (hoy impugnada jerárquicamente), como la inclusión de una nueva imputación, es que corresponde nuevamente su anulación, hasta el vicio más antiguo, que en el caso de autos, debe ser hasta la propia notificación de cargos, a fin que la Autoridad de Supervisión, impute el cargo que corresponde y siga el debido proceso administrativo con la debida fundamentación y en estricto cumplimiento al principio de congruencia y tipicidad.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis hecho, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no consideró los argumentos expresamente determinados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011 y por ende no la ejecuto correctamente.

Que, corresponde recordarle a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que las Resoluciones emitidas por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no tienen carácter solamente enunciativo, sino más bien las mismas son de cumplimiento obligatorio, ya que estos son los lineamientos a los que la Autoridad debe circunscribirse al momento de emitir nuevo pronunciamiento, más aún si ha ameritado la anulación.

Que, de todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, nuevamente ha incurrido en violación al debido proceso y consiguiente indefensión del regulado, debiendo reponerse obrados hasta el vicio más antiguo a efectos de su consiguiente regularización en estricta sujeción legal el proceso administrativo sancionatorio iniciado contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fátima.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR el proceso administrativo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el proceso administrativo, hasta la nota de cargos **ASFI/DSR/ II /R-97686/2010 de 24 de septiembre de 2010 inclusive,** debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva nota de cargos, conforme a derecho y a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 137-2011 DE 04 DE JULIO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 061/2011 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 061/2011

La Paz, 21 de noviembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 de 4 de julio de 2011 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por el órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 132/2011 de 21 de octubre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 18 de julio de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 de 4 de julio de 2011 que

en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APSI/DJ/DS/1975/2011 con fecha de recepción 21 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 de 4 de julio de 2011 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 25 de julio de 2011, notificado en fecha 27 de julio de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 de 4 de julio de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA PRES/VLFTRC/196/03/11 SOBRE SOLICITUD DE REGISTRO DE PÓLIZA.-

Por nota PRES/VLFTRC/196/03/11 de fecha 14 de marzo de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, lo siguiente:

> "…*en calidad de registro la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, para el "Proyecto de construcción de la Carretera Llallagua – Ravelo Tramo III: Llallagua – Chacapuco" bajo el código Nº: 101-922600-2011 03 XXX (correlativo que corresponda) para lo cual enviamos de forma adjunta:*
>
> 1. *Las Condiciones Generales, las Condiciones Particulares, la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para la ABC y la Cláusula de Exclusión de Guerra, Guerra Civil y Terrorismo;*
>
> 2. *Aprobación de la versión definitiva por parte de la ABC según carta con Cite ABC/DAF/FIN/TE/2011-0730 de fecha 11 de marzo de 2011*…"

2. NOTA APS/DS/228/2011 (RESPUESTA A LA NOTA PRES/VLFTRC/196/03/11).-

Mediante nota APS/DS/228/2011 de fecha 18 de abril de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros responde a la nota PRES/VLFTRC/196/03/11 de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, con el tenor siguiente:

"…*se le recuerda que las entidades aseguradoras quedan prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados en la Resolución Administrativa IS/N°731 de fecha 11 de septiembre de 2007, que aprueba los Textos únicos y Uniforme* (sic) *para la contratación de Pólizas de Seguro de Fianzas.*

Por lo expuesto, conforme antecedentes que cursan en esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo para entidades Públicas registrada por su entidad, corresponde al código 101-922621-2007 11254, mediante Resolución Administrativa IS/N°947 de 09 de noviembre de 2007…"

3. NOTA PRES.328.04.2011 DE SOLICITUD DE ELEVACIÓN A RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA.-

Por nota PRES.328.04.2011 de fecha 29 de abril de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, lo siguiente:

"…*En atención a la nota APS/DS/228/2011, que nos fue remitida en fecha 26 de abril de 2011, mediante la presente solicitamos se sirva consignar el contenido de la referida nota en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada, de conformidad al Artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003…*"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 014-2011 DE FECHA 13 DE MAYO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de fecha 13 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que del análisis técnico y legal de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua - Chacapuco, presentada por la Entidad Aseguradora La Boliviana Ciacruz S.A., se evidencia que se trata de una versión modificada de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, las cuales obligatoriamente deben sujetarse a los Textos Únicos y Uniformes aprobados mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 731/07 de 11 de septiembre de 2007, conforme dispuso la Dirección General de Sistemas de Administración Gubernamental del Ministerio de Hacienda, a través de la nota MH/VPC/DGSAG/Nº 1103/2007 de fecha 20 de agosto de 2007, para que sean utilizados por las Entidades Aseguradoras en pólizas en las que el Beneficiario sea una Entidad Pública.

Que en este sentido, el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de fecha 11 de septiembre de 2007 determina que: "Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante esa Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, incluyendo las dos cláusulas de ejecución, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución. ***VENCIDO ESTE PLAZO LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE NO HAYAN REGISTRADO LAS MISMAS, NO PODRÁN EMITIR O RENOVAR PÓLIZAS DE CAUCIONES PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS****". (El resaltado en nuestro).*

Que a su vez el artículo 8, de la misma Resolución, establece que: "Las pólizas aprobadas mediante la presente Resolución, deberán ser comercializadas, obligatoriamente con la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí. ***LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUEDAN PROHIBIDAS DE MODIFICAR EL TEXTO DE LAS PÓLIZAS Y CLÁUSULAS UNIFORMES, NO PUDIENDO AÑADIRSE CLÁUSULAS Y/O ANEXOS QUE NO SEAN LOS EXPRESAMENTE APROBADOS EN LA PRESENTE RESOLUCIÓN"****. (El resaltado en nuestro).*

Que finalmente el artículo 7, de la normativa citada, establece que: "En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución, quedan sin efecto las Resoluciones Administrativas de Registro de Pólizas y/o cláusulas adicionales de cauciones para entidades públicas emitidas para todas las entidades aseguradoras, ***a excepción de la Póliza de Buena Ejecución de Transportes emitida para la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC)",*** *excepción no aplicable al caso, por tratarse de un proyecto de construcción de carretera y no de transportes.*

Que de las normas transcritas se infiere que, la solicitud de registro de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua - Chacapuco, presentada por la Aseguradora La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A., se encuentra dentro el alcance del inciso a) del artículo 4 de la Resolución Administrativa IS/Nº070/99 de 23 de abril de 1999, que determina como causal de rechazo de la solicitud de registro: "cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con las normas legales vigentes".

Que finalmente, en relación a la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para entidades Públicas, se ha verificado que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. obtuvo el registro de la misma mediante Resolución Administrativa IS/Nº 947 de 09 de noviembre de 2007, con código de registro 101-922621-2007 11254, por lo que al estar debidamente registrada debió haberla ofrecido y comercializado para el proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua Chacapuco.

CONSIDERANDO:

Que en función a lo establecido en el desarrollo de la presente Resolución y, tomando en cuenta lo determinado por la Resolución Administrativa IS/Nº 731de fecha 11 de septiembre de 2007, la nota MH/VPC/DGSAG/Nº 1103/2007 de fecha 20 de agosto de 2007 y la Resolución Administrativa IS/Nº 947 de 09 de noviembre de 2007, se establece que la solicitud efectuada por la Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. se enmarca dentro de las causales de rechazo de registro, establecida en el inciso a) del artículo 4 de la Resolución Administrativa IS/Nº 070 de fecha 23 de abril de 1999…"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

"…***UNICO.- RECHAZAR*** *el registro de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua – Chacapuco presentada por la Entidad Aseguradora la Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. por los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de la presente Resolución…*"

5. NOTA APS/DS/682/2011 QUE DÁ RESPUESTA A LA NOTA PRES.328.04.2011.-

Por nota APS/DS/682/2011 de fecha 17 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros responde a la nota PRES.328.04.2011 de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en los términos siguientes:

"*…Debido a que en fecha 13 de Mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº014/2011 fundamentada y motivada, no corresponde dar curso a su solicitud, debiendo en todo caso, ceñirse a lo resuelto en la mencionada Resolución…*"

6. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 8 de junio de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de fecha 13 de mayo de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"*…III.* ***FUNDAMENTOS DEL RECURSO***

a) Acto Administrativo Recurrido.-

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 014-2011 (RA 014) objeto del presente Recurso, basa sus consideraciones para rechazar la solicitud de registro, en un

supuesto incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 731/07 de 11 de aeptiembre (sic) *de 2007 (RA IS 731/07) que aprueba los Textos Unicos* (sic) *y Uniformes de pólizas de fianzas, señalando que la póliza que se sometimos* (sic) *a registro "...se trata de una versión modificada de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, las cuales deben sujetarse a los Textos Unicos* (sic) *y Uniformes aprobados por la Resolución Administrativa SPVS IS No. 731/07...".*

Entre las consideraciones de mayor relevancia, la APS hace referencia al Artículo 6 de la citada RA IS No. 731/07 de 11 de septiembre de 2007, que determina que: "Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante la Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormentes (sic) *señaladas, incluyendo las dos cláusulas de ejecución, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución.* ***VENCIDO ESTE PLAZO LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE NO HAYAN REGISTRADO LAS MISMAS, NO PODRAN*** (sic) ***EMITIR O RENOVAR POLIZAS*** (sic) ***DE CAUCIONES PARA LAS ENTIDADES PUBLICAS*** (sic)**"** *(El resaltado es de la APS en el documento original).*

Asimismo la APS transcribe el Artículo 8 de la RA IS No. 731 señalando "Las pólizas aprobadas mediante la presente Resolución, deberán ser comercializadas, obligatoriamente con la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Pública (sic) *o con la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí.* ***LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUEDAN PROHIBIDAS DE MODIFICAR EL TEXTO DE LAS POLIZAS*** (sic) ***Y CLAUSULAS*** (sic) ***UNIFORMES, NO PUDIENDO AÑADIRSE CLAUSULAS*** (sic) ***YIO ANEXOS QUE NO SEAN LOS EXPRESAMENTE APROBADOS EN LA PRESENTE RESOLUCION*** (sic)*" (Nuevamente el resaltado es de la APS)*

A continuación y de la misma forma que las anteriores referencias, la APS menciona el Artículo 7 de la RA IS 170 transcribiendolo (sic)*: "En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, partir* (sic) *de la notificación con la presente Resolución, quedan sin efecto las Resoluciones Administrativas de Registro de Pólizas y cláusulas adicionales de cauciones para entidades públicas emitidas para todas las entidades aseguradoras, a excepción de la Póliza de Buena Ejecución de Transportes emitida para la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC)".*

En base a estos fundamentos la APS "INFIERE" que la solicitud de registro de La Boliviana se encuentra dentro del alcance del inciso a) del artículo 4 de la RA IS No.170/99 de 23 de abril de 1999, que determina como causal de rechazo a nuestra solicitud de registro: "a. cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con las normas legales vigentes".

Finalmente la APS, en su Resolución ahora impugnada, reconoce que La Boliviana obtuvo el registro del texto uniforme de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas mediante Resolución Administrativa Is (sic) *No. 947 de 9 de noviembre de 2007, con código de registro 101-922621-2007 11254, y por ello señala que "…al estar debidamente registrada debió haberla ofrecido y comercializado*

para el proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo 11/: Llallagua Chacapuco."

b. Competencia del Regulador.-

Luego de la revisión del Acto Administrativo objeto de la impugnación presente, nos corresponde señalar que todo acto administrativo emitido por una autoridad pública dentro del ámbito de la administración pública, independientemente del alcance que pueda tener (general o particular, normado o discrecional) debe contener imprescindiblemente los elementos esenciales que le otorgan toda la eficacia, efectividad y validez. Estos elementos esenciales o componentes imprescindibles con calidad de sine quanon (como se los conoce en la doctrina) implican que su concurrencia se constituye en un requisito necesario para que un acto administrativo pueda nacer a la vida del derecho. En nuestro ordenamiento jurídico estos elementos esenciales se han establecido en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 (LPA), bajo el nomen juris de ***"Elementos Esenciales del Acto Administrativo"*** *y como se puede apreciar, entre estos elementos se puede evidenciar claramente en primer lugar a la "competencia" que dice:*

ARTICULO 28° (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

a) Competencia: Ser dictado par autoridad competente;

Para entender el alcance de la obligatoriedad e importancia de contar con estos elementos esenciales que se constituyen en requisitos de formación (en especial el elemento COMPETENCIA) para que un Acto Administrativo pueda nacer a la vida del derecho, es necesario remitirnos a la penalidad que la propia ley establece para el caso de su ausencia o error, y para ello acudimos al Artículo 35 (Nulidad del Acto) de la referida LPA, que establece:

"I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

> *a) Los que hubiesen sido dictados par autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio."*

De acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005, "La competencia, con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponden ejercitar y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas, aunque debe señalarse que la capacidad es la regla y se la presume, mientras no sea limitada o negada por una norma, en cambio la competencia en el derecho administrativo no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o, en algunos casos, en forma implícita pero a

través de una norma jurídica que la señala. De ahí el aforismo jurídico que la administración pública solo puede hacer sólo lo que le manda la Ley, en cambio el administrado puede hacer todo lo que la Ley no le prohíba."

Por su parte el Tribunal Constitucional ha mencionado en reiteradas Sentencias Constitucionales los alcances de la competencia, como lo establecido en un fallo reciente contemplado en la Sentencia Constitucional 1025/2010-R de 23 de agosto de 2010 que se refiere a aspectos referidos al Juez natural (en forma general y teórica) y donde podemos encontrar una referencia expresa e inequívoca al alcance y carácter de la competencia como elemento esencial de un acto administrativo: "Del contenido esencial de la garantía del juez natural y a la luz del caso concreto, se establece que en el ámbito de los actos administrativos, la competencia, como elemento esencial y requisito de formación de los mismos, tiene una génesis de rango constitucional enraizada en el juez natural, aspecto del cual devienen sus características esenciales, toda vez que la competencia como medida y continente de la potestad administrativa es indelegable, inconvalidable y emana solamente de la ley y de la Constitución; entonces, la importancia que reviste este elemento del juez natural en el Estado Social y Democrático de Derecho, hace que el ordenamiento jurídico-constitucional boliviano le conceda un resguardo reforzado frente a actos de quienes usurpen funciones que no les competen o contra los actos de quienes ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley. A partir de este entendimiento, se puede inferir la teleología y el "núcleo duro" de los arts. 31 de la CPE abrogada y 122 de la actual CPE".

En ese sentido y tomando en cuenta los alcances de este marco normativo y doctrinal, nos permitimos señalar que la APS tiene competencia para registrar pólizas, de conformidad a la Resolución Administrativa IS/No. 070 de 23 de abril de 1999, pero debe entenderse claramente el alcance de esta facultad de registro, dentro el ámbito de la competencia del regulador.

De acuerdo a la autora argentina Gabriela Ábalos, en su obra "Responsabilidad del Estado": "La actividad registral o de registro se refiere al asiento de una información cualquiera y concreta, como puede ser un nombre, la referencia a un documento, números o cifras u otra información, mediante métodos mecánicos, con la finalidad de asentar y dejar constancia de esa información que se constituyen en los actos o hechos relativos a una situación jurídica establecida (estado civil, derecho de propiedad, registro de actos comerciales, etc.), ya sea por disposición de la Ley a por la necesidad de las partes para que se tenga constancia de la misma".

En nuestra economía jurídica contamos con diversos registros, como aquellos destinados a registrar el estado civil de las personas (Registro Civil), los derechos reales (Registro de Derechos Reales), los actos de Comercio (Registro de Comercio), de propiedad intelectual y otros.

Así, el registro es una institución de funciones múltiples, pero con la finalidad específica de dotar a los actos que se inscriben de dos caracteres esenciales e

importantísimos como son la PUBLICIDAD y la OPONIBILIDAD, dentro de los principios de orden público, de protección y legitimador.

En el sector de seguros también existen registros, siendo uno de ellos el registro de pólizas a cargo del órgano regulador, que debe también ser entendido no como un mecanismo para determinar controversias, sino como un instrumento que además de otorgar publicidad y oponibilidad a los productos en seguros que se venden en el mercado, otorgan a los asegurados la fe de que la compañía vendedora cumple con los requisitos exigidos por la normativa, permitiendo establecer la legalidad y legitimidad de la póliza, anexo o cláusula adicional que se registra, es decir aplicando un carácter de protección al usuario del seguro.

Por ese motivo el Artículo 12, literal f) de la Ley de Seguros No. 1883, estableció claramente como una obligación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras:

"f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."

En tal virtud se emitió la Resolución IS No. 70/99 que aprueba el Reglamento de Registro de Pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales. Este reglamento establece las regulaciones necesarias, así como los procedimientos para la actividad de registro de pólizas.

Analizando esta regulación, se puede advertir claramente el carácter de publicidad y oponibilidad que tiene este registro y en ningún caso puede constituirse en un mecanismo para dar origen a controversias o dirimir las mismas, ya que el órgano regulador en cuanto a la actividad de registro que se le encarga debe proceder a registrar los productos. Por ello es que la Resolución IS No. 70/99 en su Artículo 4 (RECHAZO DE LA SOLICITUD DE REGISTRO) claramente menciona: "EL RECHAZO DE LA SOLICITUD DE REGISTRO PROCEDERÁ ***SOLO*** *EN LOS SIGUIENTES CASOS:" Como se puede apreciar, la norma es bastante rigurosa en cuanto a los casos en los cuales se puede rechazar un registro, y no lo deja a criterio del órgano encargado del registro, puesto que el registro no ES UN TEMA DE DEFINICION* (sic) *O TOMA DE DECISIÓN del órgano regulador sino que es una actividad de apoyo al mercado asegurador, es decir que el órgano regulador debe registrar en todos los casos, con la única salvedad que existan casos o causales establecidos expresamente para rechazar el registro, sin que la actividad registral implique una actividad jurisdiccional o de definición, aunque la autoridad se encuentre envestida* (sic) *de otras competencias además de la competencia registral.*

Por ese motivo es que la propia Resolución que aprueba el Registro de Pólizas, establece que: "Si la Superintendencia no se pronunciare en los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de la documentación, su silencio administrativo determinará la aceptación y registro de los mencionados documentos, debiendo proceder a la emisión de la Resolución respectiva. Este plazo no correrá para el caso de las pólizas aprobadas por la Ex Superintendencia Nacional de Seguro (sic) *y Reaseguros, previsto en el artículo 7 de la presente resolución."*

En consecuencia, la competencia del órgano regulador en materia registral, con relación a las pólizas, cláusulas y anexos, queda claramente establecida y enfocada a la actividad de registro de estos documentos específicamente para demostrar la legalidad y legitimidad del producto ante el mercado, pero en ningún caso para establecer definiciones en cuanto a si corresponde o no una póliza especifica (sic), *para un caso especifico* (sic) *y menos para resolver alguna controversia al respecto. En todo caso, incluso la norma mencionada establece una salida rápida para el caso que por las recargadas labores, el órgano regulador no emita un pronunciamiento, como es la aplicación del silencio administrativo positivo que determina la aceptación tácita del registro del producto.*

c. Inscripción de Producto Específico

En el presente caso, lo que no se llegó a comprender por parte de la APS, es que nuestra Compañía no solicitó la inscripción de un producto genérico relativo a una póliza de caución para la correcta inversión de anticipo para entidades públicas (situación que de haberse efectuado, evidentemente hubiera contradicho nuestra póliza de garantía de correcta inversión de anticipo para entidades públicas, aprobada y registrada mediante Resolución Administrativa IS No.947 de 9 de noviembre de 2007, con código de registro 101-922621-2007) sino que se solicitó la inscripción de un producto especifico (sic), *solicitado por las partes interesadas (entre ellas una entidad pública) y acordado precisamente con esas partes interesadas en base a la peculiaridad del negocio que se pretendía efectuar. Para ilustrar este extremo nos permitimos hacer referencia a los siguientes antecedentes de mayor relevancia al presente caso:*

- Luego de la negociación en la elaboración de la póliza con la empresa Constructora Santa Fe Sucursal Bolivia (entidad asegurada o afianzada) y la Administradora Boliviana de Carreteras ABC (entidad pública beneficiaria) se elaboró un primer proyecto de póliza. No obstante, en esa primera etapa la ABC expresó algunas observaciones con relación a la Póliza, lo que dio lugar a que se modifiquen ciertas cláusulas.

- En fecha 14 de febrero de 2011, nuestra Compañía envió un proyecto a la empresa constructora Santa Fe, quien luego la consensuó con la ABC y en tal virtud La Boliviana envió al regulador para registro, la póliza de correcta inversión de anticipo COMO PRODUCTO ESPECIFICO (sic), *para el Proyecto de Construcción en fecha 2 de marzo de 2011.*

- En fecha 2 de marzo de 2011 el órgano regulador de ese entonces, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, comunicó que no recibirían notas de compañías de seguros y que los plazos se suspendían.

- El 11 de marzo de 2011, la constructora Santa Fe envió a La Boliviana copia de la NOTA DE ACEPTACIÓN FORMAL de ABC sobre el condicionado general, condicionado particular y cláusulas adicionales del producto (ANEXO 1).

- El 14 de marzo de 2011, se envía nuevamente a registro la póliza con la carta de aceptación de ABC a la póliza y los textos del condicionado general, condicionado particular y cláusulas adicionales (ANEXO 2).

- El 8 de abril se reinician los plazos por parte de la APS.

- El 25 de abril de 2011, a hrs. 18:35 (fuera del horario dispuesto como hábil) se recibe MEDIANTE FAX la Nota APS/DS/228/2011 de 18 de abril de 2011 mediante la cual se recuerda a nuestra compañía que está prohibido modificar el texto de las pólizas, cláusulas uniformes, y que ya contamos con una Póliza de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas registrada. (ANEXO 3) Esta nota no nos fue remitida en forma oficial.

En función a estos antecedentes, se puede denotar claramente que el producto enviado al regulador para registro era un producto específico, único, y por tanto no podía encontrarse comprendido como una póliza de caución de correcta inversión de anticipo con carácter genérico. Por ello bajo ninguna circunstancia puede entenderse que dicho producto contradecía nuestro producto anterior o menos aún, contradecía la norma que aprobó los textos de pólizas de caución.

En ese entendido no pueden existir contradicciones, modificaciones o adiciones a condicionados únicos o pólizas modelo, puesto que nuestro producto fue concebido y diseñado en forma independiente, precisamente tomando en cuenta los alcances y peculiaridades del negocio o actividad que se buscaba afianzar.

No se debe olvidar que en el diseño de esta póliza participó activamente la entidad pública beneficiaria de la misma, tomando en cuenta estos extremos, y conociendo la existencia de las pólizas aprobadas por el órgano regulador.

Las entidades públicas como la ABC tienen autonomía de gestión técnica y administrativa, cualidad que les permite contar con un marco de gestión amplio, entre los que se encuentra la potestad de buscar los mejores y más óptimos mecanismos para asegurar sus operaciones. No existe en la normativa administrativa alguna previsión que impida a las entidades públicas contratar pólizas específicas o diseñadas en forma particular para asegurar determinados negocios contractuales, independientemente del uso de las pólizas autorizadas en forma general a las que están obligadas, pero que ello no es óbice para contar con otras pólizas. Incluso se tiene la Ley SAFCO que prima sobre toda las normas administrativas de los sistemas de administración y control (entre ellos las normas para el sistema de bienes y servicios) que permite la posibilidad de decisiones que procuren mayor beneficio y resguarden los bienes de la entidad.

d. Incorrecta Aplicación de la Causal de Rechazo

Entre las causales de rechazo a la solicitud de registro listadas en el Articulo 4 de la RA IS 70 de 23 de abril de 1999 que aprueba el reglamento de Registro de Pólizas (ANEXO 4), se encuentran causales basadas en elementos técnicos (como la falta de autorización del asegurador; cuando no se cumpla con el capital mínimo, y; cuando el riesgo no cuente con el respaldo del reaseguro), como también causales de rechazo basadas en elementos jurídicos. Precisamente una de estas últimas fue utilizada por la APS para rechazar el registro de nuestra póliza, misma que señala:

"a. Cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con normas legales." Como se puede apreciar esta causal claramente consigna la palabra "CONTRADICCIÓN" y no así "modificación", "ampliación" o "complementación" que pudiera hacerse en lo que corresponde a la elaboración de un contrato, como es una Póliza de Seguro.

En el presente caso no existe ningún ejercicio silogístico o razonamiento deductivo que se plasme en la RA 014-2011, ahora recurrida, que permita determinar las proposiciones o elementos premisas, para determinar la aplicación de la causal que figura en la literal "a" del Artículo 4 a la póliza que pretendíamos registrar, puesto que el órgano regulador no demuestra cual la contradicción del texto presentado para registro, con alguna norma legal.

La APS se limita a hacer referencia a la RA IS/No. 731, pero en ningún momento menciona o muestra las contradicciones de nuestro producto con relación a esa Resolución.

Por ejemplo, la APS en la página 3 de la RA 014-2011 hace referencia al Artículo 6 de esa RA 731, resaltando la frase: "VENCIDO ESTE PLAZO LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE NO HAYAN REGISTRADO LAS MISMAS, NO PODRAN (sic) *EMITIR O RENOVAR POLIZAS* (sic) *DE CAUCIONES PARA LAS ENTIDADES PUBLICAS* (sic)*". No obstante, ese órgano regulador no menciona como esa disposición se aplicaría a nuestro caso. No se debe olvidar que en principio nuestra compañía registró su producto "Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para entidades públicas" obteniendo la Resolución Administrativa IS No. 947 de 9 de noviembre de 2007; y este extremo es totalmente RECONOCIDO Y ACEPTADO por el órgano regulador en su misma RA 014 - 2011 objeto del presente recurso. En consecuencia no se puede decir que nuestra compañía no registró, dentro del plazo, su póliza de acuerdo a lo establecido en la R.A. 731, por lo que puede emitir o renovar pólizas de cauciones para entidades públicas normalmente.*

Otro ejemplo de la falta de concordancia para la determinación de la causal de rechazo, se puede verificar en la referencia que hace la APS al artículo 8 de la citada RA IS 070 en la cual resalta "LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUEDAN PROHIBIDAS DE MODIFICAR EL TEXTO DE LAS POLIZAS (sic) *Y CLAUSULAS* (sic) *UNIFORMES, NO PUDIENDO AÑADIRSE CLAUSULAS* (sic) *Y/O ANEXOS QUE NO SEAN LOS EXPRESAMENTE*

APROBADOS EN LA PRESENTE RESOLUCION (sic)." *De este texto y por el resaltado del órgano regulador, es imprescindible que en la RA 014 - 2011 se establezca cuáles son esas modificaciones o añadiduras, situación que no ocurre.*

Como se mencionó anteriormente el producto que nuestra Compañía buscó registrar una (sic) *Póliza específica y bajo ninguna circunstancia una modificación o adición a nuestra póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, registrada y aprobada por la APS durante la gestión 2007.*

e. Libertad Contractual

Uno de los derechos básicos y constitucionales consagrados en nuestra Constitución Política del Estado es el derecho a dedicarse al comercio o a la industria, en condiciones que no perjudiquen el interés colectivo.

En ese entendido nuestra compañía aseguradora tiene todo el derecho de elaborar productos de seguros que se ajusten y acomoden a las necesidades de los asegurados, incluyendo aquellas de las entidades públicas. Esto no implica de ninguna manera que se soslayen las obligaciones que tienen las entidades públicas de contratar determinadas pólizas, más al contrario, con la finalidad de hacer más adecuados los productos a determinadas situaciones.

Sin desconocer la competencia que tiene la APS para registrar los productos de seguros, como corresponde, no se debe perder de vista el derecho que tenemos las compañías aseguradoras legalmente establecidas y debidamente autorizadas, para la comercialización de las mismas, dentro de la libre oferta y demanda, y tomando en cuenta la libertad contractual reconocida y plasmada en nuestro ordenamiento jurídico.

f. Aplicación del Silencio Administrativo Positivo

Finalmente dentro del presente caso se puede observar que operó el silencio administrativo positivo, toda vez que en fecha 14 de marzo de 2011 nuestra compañía presentó el producto Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, mientras los plazos se encontraban suspendidos por la transición de la ASFI a la APS en lo que respecta al sector de seguros.

En fecha 8 de abril de 2011, la APS levantó la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios, por lo que a partir de esta fecha se computan los plazos correspondientes.

La APS notificó a nuestra institución con la nota ***ACLARATORIA*** *APS/DS/228/2011 de 18 de abril de 2011 (ANEXO 3), mediante fax en fecha 25 de abril de 2011, la misma que solicitamos sea elevada a Resolución Administrativa mediante Nota PRES.328.04.2011 de 3 mayo de 2011, sin que nuestra Compañía (ANEXO 5).*

En respuesta a nuestra solicitud para que la APS eleve esa nota a Resolución Administrativa, la APS nos comunica mediante Nota CITE: APS/DS/682/2011 (ANEXO 6), recibida por La Boliviana el 19 de mayo de 2011, que: "Debido a que en fecha 13 de mayo de 2011, la APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No.014/2011 fundamentada y motivada, no corresponde dar curso a su solicitud, debiendo en todo caso, ceñirse a lo resuelto en la mencionada Resolución."

Posteriormente en fecha 18 de mayo del 2011, es decir 26 días hábiles de haberse presentado la solicitud de registro, se notifica a La Boliviana con la RA 014 - 2011 en la cual se emite el pronunciamiento RECHAZANDO EL REGISTRO, cuando en realidad ya habían transcurrido más de los 10 días hábiles administrativos dispuestos por la norma, que lógicamente hicieron operar el silencio administrativo y por ende dieron lugar a la aplicación del último párrafo del Artículo 3 de la RA IS 70 (ANEXO 4) que dice: "Si la Superintendencia no se pronunciare en los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de la documentación, su silencio administrativo determinará la aceptación y registro de los mencionados documentos, debiendo proceder a la emisión de la Resolución respectiva."

Hacemos hincapié en el hecho que la Nota APS/DS/682/2011 no constituyó un rechazo ni una aceptación, sino tan solo una aclaración, TAL COMO LO RECONOCE LA PROPIA APS en su RA 014 -2011, aspecto posteriormente ratificado y confirmado en la Nota CITE: APS/DS/682/2011 (ANEXO 6) cuando menciona que no corresponde elevarse la carta (aclaratoria) APS/DS/228/2011 (ANEXO 3) debido a que la APS ya emitió la Resolución (ahora recurrida) e instruye que nuestra compañía se ciña "…a lo resuelto por la mencionada Resolución".

IV. CONCLUSIONES.-

- El producto que se envió al órgano regulador para registro, es un producto específico emitido de acuerdo a las peculiaridades y condiciones acordadas por la entidad pública, la empresa contratista y la compañía aseguradora, en función a la relación contractual que se buscaba asegurar y no es una póliza general o modelo, para considerarla contradictoria o modificatoria de nuestro (sic) *Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, mismo* (sic) *que se encuentra aprobado y autorizado por Resolución Administrativa IS/No.947 de 9 de noviembre de 2007, con código de registro 101-922621-2007 11254.*

- Precisamente la APS en su Resolución de rechazo, no establece cuales las contradicciones o aspectos que impliquen modificaciones a nuestra Póliza aprobada, puesto que no menciona claramente y específicamente dichas modificaciones o contradicciones que supuestamente añadirían, contradecirían o dejarían sin efecto, cláusulas o disposiciones de nuestra Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, la misma que se encuentra y seguirá vigente. Este elemento es fundamental para establecer si correspondía o no un rechazo al registro de la Póliza, y no basta con solo mencionar "contradice", "modifica", etc.

- Al no existir relación de causalidad entre los hechos o causas (porque nunca fueron establecidas por la APS) que vulneren lo dispuesto por la RA IS/No. 731 que aprueba los Textos Únicos y Uniformes, no se ha configurado la causal establecida en la literal a. del Artículo 4 de la Resolución 070/99 que aprueba el Reglamento de Registro de Pólizas, por lo que la RA 014 - 2011 que rechaza el registro, no tiene relación lógico-jurídica que permita establecer fehacientemente ese incumplimiento.

- El negar el registro de una Póliza en base a supuestos o inferencias, como lo hace la APS, implica vulnerar derechos constitucionales al trabajo y a desarrollar una actividad económica legalmente permitida y que cumple una función social importante.

- Finalmente, en el presente caso hemos demostrado palmariamente que el plazo de 10 días que tenía el regulador para registrar o rechaza (sic) *el registro, vencieron superabundantemente, por lo que debe aplicarse la aceptación tácita al registro que establece la RA IS 070 de 23 de abril de 1999, que aprobó el Reglamento de Registro.*

V. <u>PETITORIO.-</u>

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra compañía, lo establecido por las normas citadas y los antecedentes del presente caso, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicitamos a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 014 -2011 de 13 de mayo de 2011 y se disponga la aplicación de la aceptación tacita a nuestra póliza de garantía de correcta inversión de anticipo para el Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua – Chacapuco" en sus condiciones generales, particulares y cláusulas anexas…"

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 137-2011 DE FECHA 4 DE JULIO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 de fecha 4 de julio de 2011, se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:*** (…)

(i) Competencia de la APS

Que respecto a este punto el Recurrente, luego de citar doctrina y jurisprudencia sobre el tema, reconoce "que la APS tiene competencia para registrar pólizas", sin embargo acusa "el alcance de esta facultad" indicando que "el registro no es UN

TEMA DE DEFINICIÓN O TOMA DE DECISIÓN del órgano regulador sino que es una actividad de apoyo al mercado asegurador, es decir que el órgano regulador debe registrar en todos los casos, con la única salvedad que existan casos o causales establecidas expresamente para rechazar el registro, sin que la actividad registral implique una actividad jurisdiccional o de definición (...) la competencia del órgano regulador en material (sic) registral, con relación a las pólizas, cláusulas y anexos, queda claramente establecida y enfocada a la actividad de registro de esos documentos específicamente para demostrar la legalidad y legitimidad del producto ante el mercado, pero en ningún caso para establecer definiciones en cuanto a si corresponde o no una póliza específica, para un caso específico y menos para resolver alguna controversia al respecto" (el resaltado es nuestro).

Que la Aseguradora realiza algunas inferencias que no aparecen plasmadas en la Resolución Administrativa IS/N° 731 ni en el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, cuando tratan específicamente de la utilización de textos únicos y uniformes de pólizas de garantía para contrataciones estatales, razón por demás que induce y exige que este Órgano de Fiscalización desarrolle legal y doctrinalmente las (sic) naturaleza jurídica del registro de pólizas, o dicho de otro modo, el por qué deben las Aseguradoras y Reaseguradoras registrar las pólizas, cláusulas y anexos en la APS.

Que para ello es menester acudir a lo que la doctrina entiende por Derecho Público (Rodríguez Azuero Sergio: "Contratos Bancarios" Ed. Legis, ed. 5ta, pág. 13, Bogotá 2002) "el conjunto de normas que regulan la estructura del Estado, las relaciones de sus órganos y organismos y, en principio, la relaciones del Estado con los particulares, es decir, el concierto de disposiciones que contribuyen a formar una teoría general del Estado. Son ejemplos del Derecho Público algunas ramas bien conocidas como el llamado Derecho Administrativo. ***Las normas del Derecho Público son imperativas, esto es, en su estructuración imperan concepciones y necesidades de orden social; su razón de ser se inspira en necesidades comunitarias, antes que individuales y en ese orden de ideas no es dado a los particulares modificar el contenido y alcance de tales disposiciones"*** *(El resaltado es nuestro).*

Que de lo transcrito se establece que las regulaciones del Derecho Administrativo al ser intransigibles por los particulares son de obligatorio e inexcusable cumplimiento pues en ellas se encuentra comprometido el interés del Estado que engloba el interés público, el interés general, el interés social.

Que es precisamente por esta razón, por estar comprometido el interés público o general y considerando que las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, al ser personas jurídicas con calidad de comerciantes, ejercen profesionalmente su labor disponiendo de un profundo conocimiento sobre el mercado de seguros, haciendo que en la mayoría de los casos exista una asimetría en la relación entre aseguradora, asegurado y beneficiario, teniendo estos últimos una situación de debilidad frente a la aseguradora, tanto respecto a su capacidad de evaluar las condiciones en las cuales accede al seguro como ante situaciones de disputa o descuerdo (sic) *en relación a la aplicación del seguro.*

Que precisamente para evitar cualquier manifestación abusiva en el cláusula (sic) *de las Pólizas, Anexos y Cláusulas Adicionales y en procura de que exista equilibrio contractual, dispensando a la parte más débil protección, el artículo 38 del Título V (De la Protección a los Asegurados, tomadores y Beneficiarios del Seguro) de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, previene que: "La equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras,* ***se concretara en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia*** *(…)".. Disposición concordante con el inciso d) del artículo 43 de la Ley 1883 que confiere al órgano de Fiscalización y Control la atribución (competencia) de "****Supervisar las*** *actividades,* ***pólizas de seguros*** *y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción".*

Que lo demostrado, deja por demás claro que la función de la APS (otorgada como competencia en forma expresa a través de las normas transcritas) no es la de un simple registrador, para dar oponibilidad y publicidad a los productos que las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras deseen registrar, su competencia, emanada de la ley, se entiende a supervisar, revisar y verificar que las pólizas, cláusulas y anexos presentadas por los regulados cumplan y se encuentren en conformidad con las normas que rigen el sector (precisamente por lo que la Entidad manifiesta en su memorial) "para otorgar la fe del Estado de que la compañía ***cumple con los requisitos exigidos por la normativa, permitiendo establecer la legalidad y legitimidad de la póliza, anexo o cláusula adicional que se registra, es decir aplicando un carácter de protección al usuario del seguro"*** *(el resaltado es nuestro).*

Que la recepción de los productos de seguros, no supone (como erradamente considera el Recurrente) obligatoriedad de la APS para proceder al registro, mas al contrario, el Órgano Fiscalizador no sólo tiene la facultad, sino el deber de formular, cuando sea necesario, observaciones de forma y de fondo al contenido de los mismos con la finalidad de que dichos documentos se adecúen a lo prescrito en la normativa.

Que por lo expuesto, este Órgano de Fiscalización rechaza enfáticamente lo aseverado por el Recurrente de que no cuenta con la capacidad o competencia necesaria para determinar si corresponde o no dar curso al registro de una póliza, anexo o cláusula adicional y muy especialmente cuando se trate de pólizas de garantía para las contrataciones estatales sujetas a textos únicos y uniformes.

(ii) Inscripción de productos específicos para el Estado

Que la Entidad Aseguradora recurrente alega que la APS no llegó a entender que "el producto enviado al regulador para registro era un producto específico, único, por tanto no podía encontrarse comprendido como una póliza de caución de correcta inversión de anticipo con carácter genérico. Por ello bajo ninguna circunstancia puede entenderse que dicho producto contradecía nuestro producto anterior o

menos aún, contradecía la norma que aprobó los textos de pólizas de caución.

Las entidades públicas como la ABC tienen autonomía de gestión Técnica y administrativa, cualidad que les permite contar con un marco de gestión amplio, entre los que se encuentra la potestad de buscar los mejores y más óptimos mecanismos para asegurar sus operaciones. No existe en la normativa administrativa alguna previsión que impida a las entidades públicas contratar pólizas específicas o diseñadas en forma particular para asegurar determinados negocios contractuales, independientemente del uso de pólizas autorizadas en forma general a las que están obligadas, pero que ello no es óbice para contar con otras pólizas (…)"

Que el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009 que actualiza las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, en la Disposición Adicional Cuarta determina que: "El Órgano Rector (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) en coordinación, con la instancia correspondiente (APS), establecerá la utilización de textos únicos y uniformes de pólizas de garantía para las contrataciones estatales".

Que al presente dichos textos de Pólizas de Garantía, en sus Condicionados Particulares, Condiciones Generales y Cláusulas Adicionales, como Textos Únicos y Uniformes para Entidades Públicas, en sus cinco (5) modalidades - i) Garantía de Cumplimiento de contrato de obra; ii) Garantía de cumplimiento de contrato de servicios; iii) Garantía de cumplimiento de contrato de suministro; iv) Garantía de buena ejecución de obra y v) ***Garantía de correcta inversión de anticipo*** *- hacen parte indisoluble de la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007.*

Que de la atenta lectura de la Resolución Administrativa IS/N° 731, se verifica que ninguno de sus diez (10) artículos hace diferenciación entre pólizas genéricas y pólizas específicas, deduciéndose que al ser Textos Únicos y Uniformes tienen carácter general y se aplican de manera obligatoria a las contrataciones de las Entidades Públicas (Norma Imperativa), no dejando lugar a que las entidades públicas puedan contratar otra póliza de caución que las aprobadas para el efecto.

*Que lo dicho precedentemente tiene su fundamento, precisamente, en el aforismo jurídico citado por el Recurrente (contenido en la Resolución Financiera SG SIREFI RJ 27/2005 de 12 de septiembre de 2005), del que la ABC como Entidad Estatal no está exenta, "****que la administración pública sólo puede hacer lo que el manda la Ley****" y en este caso la ley manda que las pólizas de caución para Entidades del Estado estén de acuerdo a los Textos Únicos y Uniformes aprobados por la Resolución Administrativa IS/N° 731, otorgando la misma norma de manera expresa, en su artículo 7, excepciones para las siguientes: 1) Póliza de Caución Aduanera, emitidas (sic) para la Aduana Nacional (todas las pólizas); 2) Póliza de Buena Ejecución de Transportes, emitida para la Administración Boliviana de Carreteras (ABC) -única excepción para esta entidad-; 3) Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo (DUF-PROPAIS) - Ejecución Inmediata Condicional y Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo (DUF-PROPAIS) - Ejecución Inmediata Incondicional; 4) Póliza de Garantía de*

Cumplimiento de Contrato de Obra emitida para el Fondo de Inversión Social (FPD), y 5) Pólizas de Seguro de Garantía de Seriedad de Propuesta.

Que para los casos de excepción, el registro de las Pólizas específicas debe ser solicitado al Órgano Fiscalizador, por las propias Entidades Públicas, en el entendido de que la comercialización del producto la puede realizar cualquier compañía de Seguros, esto velando por la libre competencia en el mercado asegurador.

Que lo anotado en el párrafo anterior responde lo afirmado por el Recurrente de que existen pólizas, fuera de las de los Textos Únicos y Uniformes "aprobadas por el órgano regulador".

Que en conclusión no es correcta la apreciación de la Aseguradora de que la "APS no llegó a entender que el producto enviado al regulador para registro era un producto específico", sino que no es posible que existan productos específicos fuera de los reconocidos por la propia ley como excepción, los demás textos son únicos y uniformes y por tanto devienen de aplicación (sic) *obligatoria para todas las contrataciones de las Entidades Públicas.*

(iii) La aplicación de la causal de rechazo

Que sobre el punto LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS arguye que "(…) la causal utilizada por la APS para rechazar el registro de nuestra póliza, señala: 'a. Cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con las normas legales'. Como se puede apreciar esta causal claramente consigna la palabra CONTRADICCIÓN y no así 'modificación', 'ampliación' o 'complementación' que pudiera hacerse en lo que corresponde a la elaboración de un contrato, como es una Póliza de Seguro.

En el presente caso no existe ningún ejercicio silogístico o razonamiento deductivo que se plasme en la R.A. 014-2011, ahora recurrida, que permita determinar las proposiciones o elementos premisas, para determinar la aplicación de la causal que figura en la literal 'a' del artículo 4 de la póliza que pretendíamos registrar, puesto que el órgano regulador no demuestra cual (sic) *la contradicción del texto presentado para registro, con alguna norma legal.*

Que es evidente que la causal utilizada para el rechazo del registro de la póliza establece como premisa mayor, la existencia de contradicciones entre el documento (Póliza) presentado para su registro, los Textos Únicos y Uniformes y las normas legales; y es cierto también que aunque estas no fueron detalladas por este Órgano de Fiscalización, son de pleno conocimiento de la Entidad Aseguradora que modificó (añadiendo y excluyendo palabras, párrafos y acápites) a la versión aprobada y autorizada para esa Compañía mediante Resolución Administrativa IS/N° 947 de 9 de noviembre de 2007, con código de registro 101 - 922621-2007 11254.

Que no obstante lo dicho, a continuación se pasa a detallar las modificaciones y

contradicciones con el Código de Comercio contenidas en el texto de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua - Chacapuco en sus condiciones generales, particulares y cláusulas anexas.

1. *En el primer párrafo del Condicionado Particular se elimina del texto la frase "...el formulario de solicitud..."*

2. *Se evidencia en el Condicionado Particular que la Entidad Aseguradora aumentó el Título "CONDICIONES ADICIONALES", que incluye los siguientes acápites:*

   - *La prima de la póliza es única por el periodo y no es retornable en caso de cancelación del Proyecto o cancelación de la póliza. De la redacción de este acápite se puede evidenciar que no existe equilibrio entre los derechos del tomador, beneficiario y asegurado contradiciendo el artículo 1024 del Código de Comercio que determina que "si la rescisión fuera por voluntad del asegurador, este devolverá a prorrata la parte de la prima de seguro por el tiempo no corrido (…) Si fuera por voluntad del asegurado tendrá derecho, a la prima por el tiempo corrido, según la tarifa de plazos cortos". La norma establecida por el Código de Comercio se fundamenta en que si la rescisión se produjere, hipotéticamente, por la cancelación del Proyecto, que es el contrato principal, la Póliza de Seguro como documento accesorio sigue la misma suerte, por lo que al no existir riesgo asegurable la compañía no tendría porque no retornar la prima por el tiempo no corrido.*

   - *Condicionado General POLIZA* (sic) *DE GARANTIA (sic) DE CORRECTA INVERSIÓN DE ANTICIPO PARA ENTIDADES PÚBLICAS PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE LA CARRETERA LLALLAGUA - RAVELO TRAMO III: LLALLAGUA CHACAPUCO, con Código de Registro SPVS ---- y las cláusulas siguientes:*

     - *Cláusula de Ejecución a primer requerimiento para la Administradora Boliviana de Carreteras - Contrato ABC N° 502/10 GTCT-OBR-VEN.*

     - *Cláusula de Exclusión de Guerra, Guerra Civil y Terrorismo. En este caso no sólo se incluye una exclusión que no consta en el documento original registrado, sino que se incluye como exclusión el terrorismo que no se encuentra ni siquiera contemplado en el artículo 1047 del Código de Comercio.*

3. *En forma similar se incluye el título que contiene el siguiente texto:*

*"**EXCLUSIONES APLICABLES**"*

Sabotaje y/o cualquiera acción deliberada que ejecutada aisladamente, dañe, obstruya, destruya o entorpezca temporal o permanentemente el funcionamiento de instalaciones o de servicios, privados o públicos, fundamentales para la subsistencia

de la comunidad o para su defensa, con la finalidad de trastornar la vida económica, o a un país, o afectar su capacidad de defensa.

4. *En la cláusula 4 del Condicionado General, se elimina el tercer párrafo con el siguiente texto:*

   "En caso de ser acordada la siguiente modalidad en el Contrato Principal, el monto total retenido por el Beneficiario, deducido de cada anticipo según avance de obra, podrá ser devuelto al afianzado al finalizar la obra y ser canjeado por una Póliza de Garantía de Buena Ejecución de Obra por el valor caucionado establecido en dicho Contrato Principal, pagando la prima correspondiente al fiador".

5. *En la cláusula 5ta. del Condicionado General, se modifica el texto totalmente como sigue:*

   "Toda modificación al Contrato Principal debe sujetarse a lo establecido en el mismo y en estricta aplicación del artículo 89 del D.S. 0181, de 28 de junio de 2009, de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios y siempre que toda modificación no afecte la esencia del Contrato principal y se encuentre destinada al cumplimiento del objeto de la contratación.

   La novación del contrato principal extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo esta póliza, sin derecho a devolución de la prima pagada. Este acápite omite una parte importante del artículo 909 del Código de Comercio que establece que: "La novación de la obligación principal, ***sin consentimiento del fiador****, extingue la fianza y de la misma manera que en el punto N° 2 contradice el artículo 1024 del Código de Comercio, por idénticos argumentos ya esgrimidos.*

6. *Se evidencia la eliminación de la Cláusula 8 "Otras Cauciones" reemplazándose con la de la "Prohibición de Ceder" con el siguiente texto:*

   "Queda expresamente prohibido ceder o transferir los derechos de esta póliza y es nula toda cláusula o acuerdo que así lo disponga, salvo autorización expresa y formal del fiador"

7. *Se modifica el primer párrafo de la cláusula de ejecución de la garantía 10 del Condicionado General, con el siguiente texto:*

   "Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujeto (sic) *a lo establecido en el contrato principal y a lo establecido en la cláusula de ejecución a primer requerimiento para la Administradora Boliviana de Carreteras -Contrato ABC N° 502/10 GTC-OBR-VEN, adjunta a la presente póliza, que forma parte integrante e indivisible de la misma y cuyo texto prevalece sobre*

lo dispuesto en contrario en las Condiciones Generales".

8. *Se elimina la cláusula 10 "Vigencia, Renovación y Prórroga"*

9. *Se modifica a partir del segundo párrafo, la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, con el siguiente texto:*

   "En este sentido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de declarado y notificado el incumplimiento, de acuerdo a lo establecido en el contrato principal, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

   La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la Administración Boliviana de Carreteras y según lo establezca el Procedimiento Contractual establecido en el Contrato Principal. Este párrafo excluye que la nota de declaración de incumplimiento puede estar también emitida y firmada de manera alternativa por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC).

Que lo expuesto establece con meridiana claridad que la APS aplicó correctamente la causal para rechazar el registro de la Póliza en cuestión.

(iv) La autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual

Que al respecto, la Entidad Aseguradora menciona "(...) nuestra compañía aseguradora tiene todo el derecho de elaborar productos de seguros que se ajusten y acomoden a las necesidades de los asegurados, incluyendo aquellas de las entidades públicas. Esto no implica de ninguna manera que se soslayen las obligaciones que tienen las entidades públicas de contratar determinadas pólizas, más al contrario, con la finalidad de hacer más adecuados los productos a determinadas situaciones.

Sin desconocer la competencia que tiene la APS para registrar los productos de seguros como corresponde, no se debe perder de vista el derecho que tenemos las compañías aseguradoras legalmente establecidas y debidamente autorizadas, para la comercialización de las mismas, dentro de la libre oferta y demanda y tomando en cuenta la libertad contractual reconocida y plasmada en nuestro ordenamiento jurídico.

Que la argumentación del recurrente es contradictoria, por un lado reconoce la obligación inexcusable que tienen las entidades públicas para contratar determinadas pólizas sujetas a Textos únicos y Uniformes y por otra considera legítimo

y permitido que en uso de la libertad contractual pueda elaborar productos para las Entidades Públicas, como la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, que nos ocupa.

Que la autonomía de la voluntad no es absoluta, especialmente cuando se trata de la comercialización de pólizas para las entidades públicas, y que la prohibición contenida en el artículo 8 de la Resolución Administrativa IS/N° 731, es una limitación legítima al principio de autonomía de la voluntad privada en la medida que dicha norma lo que hace es reconocer el carácter imperativo de la regulación emitida por la APS.

Que la expedición de regulación imperativa por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es un ejercicio legítimo de intervención estatal en la economía, que tiene una finalidad preventiva y en su caso correctiva de las eventuales fallas en el mercado, por tal razón debe incidir en la imposibilidad de que los particulares se sustraigan mediante acuerdos de carácter privado de su cumplimiento.

Que es esta la base sobre la que descansa la función y objetivo de la APS, cumpliendo y haciendo cumplir la Ley de Seguros y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos, como medio de protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

Que en resumen, si bien es cierto que las compañías de seguros gozan de libertad para determinar las condiciones de sus pólizas en un régimen de libre competencia en el mercado de seguros, no es menos cierto que en los casos en los que las normas impongan condiciones o determinen prohibiciones están en la obligación de acatarlas, porque la libertad contractual no es un poder absoluto, se encuentra limitado por los deberes que imponga el Estado en pro del bien común. Por lo cual, toda relación o situación jurídica, creada por la voluntad privada no debe ser contraria al orden jurídico, (conjunto de normas que protegen los intereses socialmente relevantes -Textos Únicos y Uniformes para la Contratación Estatal-).

(v) Silencio Administrativo Positivo

Que al respecto alega el Recurrente: "se puede observar que operó el silencio administrativo positivo, toda vez que en fecha 14 de marzo de 2011 nuestra compañía presentó el producto Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, mientras los plazos se encontraban suspendidos por la transición de la ASFI a la APS en lo que respecta al sector seguros.

En fecha 8 de abril de 2011, la APS levantó la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios, por lo que a partir de esa fecha se computan los plazos correspondientes.

*La APS notificó a nuestra institución con la nota **ACLARATORIA** APS/DS/228/2011 de 18*

de abril de 2011 (anexo 3), mediante fax de fecha 25 de abril de 2011, la misma que solicitamos sea elevada a Resolución Administrativa mediante Nota PRES.328.04.2011 de 3 de mayo de 2011, sin que nuestras compañía (sic) (Anexo 5).

En respuesta a nuestra solicitud para que la APS eleve esa nota a Resolución Administrativa, la APS nos comunica mediante Nota CITE: APS/DS/682/2011 (Anexo 6) recibida por La Boliviana el 19 de mayo de 2011, que: "Debido a que en fecha 13 de mayo de 2011, la APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 014/2011 fundamentada y motivada, no corresponde dar curso a su solicitud, debiendo en todo caso, ceñirse a lo resuelto en la mencionada Resolución".

Posteriormente en fecha 18 de mayo de 2011, es decir 26 días hábiles de haberse presentado la solicitud de registro, se notifica a la (sic) Boliviana con la R.A. 014-2011 en la cual se emite el pronunciamiento RECHAZANDO EL REGISTRO, cuando en realidad ya habían transcurrido más de los 10 días hábiles administrativos dispuestos por la norma, que lógicamente hicieron operar el silencio administrativo y por ende dieron lugar a la aplicación del último párrafo del artículo 3 de la RA IS 70 (Anexo 4) que dice: 'si la Superintendencia no se pronunciare en los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de la documentación, su silencio administrativo determinará la aceptación y registro de los mencionados documentos, debiendo proceder a la emisión de la Resolución respectiva'.

*Hacemos hincapié en el hecho de que la Nota APS/DS/682/2011 no constituyó un rechazo ni una aceptación, sino tan solo una **aclaración**, TAL COMO LO RECONOCE LA PROPIA APS en su RA 014-2011, aspecto posteriormente ratificado y confirmado en la Nota CITE: APS/DS/682/2011 (ANEXO 6) cuando menciona que no corresponde elevarse la carta (aclaratoria) APS/D/228/2011 (ANEXO 3) debido a que la APS ya emitió la Resolución (ahora recurrida) e instruye que nuestra compañía se ciña '…a lo resuelto por la mencionada Resolución'.*

Que con carácter previo debe anotarse que la solicitud fue presentada, como bien lo menciona el Recurrente, mientras los plazos ordinarios y extraordinarios se encontraban suspendidos conforme a lo dispuesto por la Resolución ASFI N° 258/2011 de 2 de marzo de 2011 y Resolución Administrativa AP/DJ/N° 058-2011 de 3 de marzo de 2011.

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/N° 001-2011 de 8 de abril de 2011, publicada en el matutino La Razón el día domingo 10 de abril de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispuso levantar la suspensión de plazos para la emisión de regulación y disposiciones operativas, tramites (sic) *y solicitudes, debiendo hacerse hincapié de que los plazos se aplicaron a partir de la notificación con la mencionada Resolución Administrativa, es decir a partir del lunes 11 de abril de 2011.*

Que el artículo 3 de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999 contiene el procedimiento que el Órgano de Fiscalización debe seguir para el registro

de pólizas, anexos o cláusulas adicionales, nótese sin embargo que dicho procedimiento, contrario sensu lo aseverado por el recurrente, no establece ni determina plazo alguno para las actuaciones que debe desarrollar el Órgano de Fiscalización en dicho procedimiento y menos para la emisión de la Resolución Administrativa de registro o rechazo.

Que lo único que dicha norma determina es la obligatoriedad de la APS de emitir pronunciamiento, no significando necesariamente que dicho pronunciamiento esté referido a la aceptación o rechazo de la inscripción solicitada por el regulado, sancionando la omisión de pronunciamiento con el silencio administrativo positivo.

Que el plazo establecido para que la APS emitiera el mencionado pronunciamiento, sobre la solicitud del Recurrente comenzó a computarse el 11 de abril de 2011 concluyendo el 25 del mismo mes y año.

Que el pronunciamiento emitido por la APS, se encuentra contenido en la carta APS/DS/228/2011 de 18 de abril de 2011, notificada a la entidad el 25 de abril de 2011, en el plazo de 10 días hábiles administrativos cumpliendo con lo dispuesto por el último parágrafo del artículo 3 de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.

Que en este sentido se evidencia que no operó el silencio administrativo alegado por la parte recurrente, por cuanto la norma citada no establece plazo alguno para la emisión de la Resolución Administrativa de registro o rechazo…"

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 18 de julio de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 de fecha 4 de julio de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…II. ***FUNDAMENTOS DEL RECURSO***

(…)

i) Competencia de al *(sic)* ***APS***

1. *En principio se debe aclarar que nadie discute que las regulaciones de Derecho Administrativo son normas de orden público y de obligatorio e inexcusable cumplimiento, "....pues en ellas se encuentra comprometido el interés del Estado que engloba el interés público, el interés general, el interés social.", como refiere la APS, pero es importante mencionar que precisamente por ser normas de orden público, aplicables a la actividad y gestión administrativa de las autoridades públicas, DICHAS NORMAS DEBEN SER OBSERVADAS Y CUMPLIDAS con mayor razón y obligatoriedad*

por las propias AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PUBLICAS (sic). Esto no es un criterio doctrinal, sino es un mandato de la propia Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 que en su Artículo 1 (Objeto de la Ley) y en su Artículo 2 (Ambito (sic) de Aplicación) delimita claramente que los primero (sic) obligados en cumplir la legislación administrativa son las autoridades públicas, incluidos los sistemas de regulación, donde se encuentran las autoridades que regulan sectores del sistema financiero.

2. *La APS señala que para evitar cualquier manifestación de pólizas y cláusulas abusivas y en procura de que exista equilibrio contractual, se dispensa a la parte más débil protección, en mérito a los Artículos 38 y 43 de la Ley de Seguros y que la función de la APS en cuanto al registro va más allá de dar publicidad y oponibilidad a los productos de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras,* ***coincidiendo con nuestro criterio*** *que este registro sirve para otorgar la fe del Estado de que la compañía cumple con los requisitos exigidos por la normativa, permitiendo establecer la legalidad y legitimidad de la póliza, anexo o cláusula adicional que se registra, es decir aplicando un carácter de protección al usuario del seguro.*

   Lo que no concluye de señalar la APS, siguiendo nuestra argumentación en el recurso de revocatoria, es que el registro de pólizas a cargo del órgano regulador no es un mecanismo para determinar controversias. Es decir que en una solicitud de registro de una póliza cualquiera ACORDADA ENTRE EL ASEGURADOR Y EL ASEGURADO, la APS no puede negar el mismo, alegando que la Póliza en cuestión no es (sic)

   Por ese motivo el Artículo 12, literal f) de la Ley de Seguros No. 1883, estableció claramente como una obligación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras:

   > *"f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros."*

   En tal virtud se emitió la Resolución IS No. 70/99 que aprueba el Reglamento de Registro de Pólizas, anexos y/o cláusulas adicionales que establece las regulaciones necesarias, así como los procedimientos para la actividad de registro de pólizas.

3. *Analizando esta regulación, se puede advertir claramente el carácter de publicidad y oponibilidad que tiene este registro y en ningún caso puede considerarse que el mismo constituye un mecanismo para dar origen a controversias o dirimir las mismas. Por ello es que la Resolución IS No. 70/99 en su Artículo 4 (RECHAZO DE LA SOLICITUD DE REGISTRO) claramente menciona: "EL RECHAZO DE LA SOLICITUD DE REGISTRO PROCEDERÁ* ***SOLO*** *EN LOS SIGUIENTES CASOS:". En ningún momento nuestra institución supone que hay una obligatoriedad para proceder al registro, como mal interpreta la APS.*

   Al contrario, como se puede apreciar, la norma es bastante rigurosa en cuanto a los casos en los cuales se puede rechazar un registro, y no lo deja a criterio del órgano encargado del registro, puesto que el registro no ES UN TEMA DE

DEFINICION (sic) O TOMA DE DECISIÓN del órgano regulador sino que es una actividad de apoyo al mercado asegurador, es decir que el órgano regulador debe registrar en todos los casos, con la única salvedad que existan casos o causales establecidos expresamente para rechazar el registro, sin que la actividad registral implique una actividad jurisdiccional o de definición, aunque la autoridad se encuentre envestida de otras competencias además de la competencia registral.

4. *Por ese motivo es que la propia Resolución que aprueba el Registro de Pólizas, establece que: "Si la Superintendencia no se pronunciare en los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de la documentación, su silencio administrativo determinará la aceptación y registro de los mencionados documentos, debiendo proceder a la emisión de la Resolución respectiva. Este plazo no correrá para el caso de las pólizas aprobadas por la Ex Superintendencia Nacional de Seguro y Reaseguros, previsto en el artículo 7 de la presente resolución." En el supuesto caso que se considere a la actividad registral del órgano regulador como una práctica para dotar al regulador de un instrumento de dirimición, EL REGULADOR ESTARÍA ASUMIENDO RESPONSABILIDADES POR EL CONTENIDO DE LAS POLIZAS (sic), trasladando cualquier posible error o contradicción de las partes (que son las autoras y aceptantes de las cláusulas) HACIA EL REGULADOR.*

5. *En consecuencia, la competencia del órgano regulador en materia registral, con relación a las pólizas, cláusulas y anexos, queda claramente establecida y enfocada a la actividad de registro de estos documentos específicamente para demostrar la legalidad y legitimidad del producto ante el mercado, pero en ningún caso para establecer definiciones en cuanto a si corresponde o no una póliza especifica (sic), para un caso especifico (sic) y menos para resolver alguna controversia al respecto. En todo caso, incluso la norma mencionada establece una salida rápida para el caso que por las recargadas labores, el órgano regulador no emita un pronunciamiento, como es la aplicación del silencio administrativo positivo que determina la aceptación tácita del registro del producto. Si el acto de registrar implicaría una mayor responsabilidad, la norma no hubiera previsto un silencio administrativo positivo.*

   En ningún caso nuestra institución aseveró que la APS pueda o no dar curso, al registro, lo que se menciono es que el "no dar curso" debe estar claramente fundamentado en los casos que la propia normativa regulatoria establece.

6. *Para una mayor argumentación, reiteramos que de la revisión del Acto Administrativo objeto de la impugnación presente, se debe señalar que todo acto administrativo emitido por una autoridad pública dentro del ámbito de la administración pública, independientemente del alcance que pueda tener (general o particular, normado o discrecional) debe contener imprescindiblemente los elementos esenciales que le otorgan toda la eficacia, efectividad y validez. Estos elementos esenciales o componentes imprescindibles con calidad de sine*

quanon (como se los conoce en la doctrina) implican que su concurrencia se constituye en un requisito necesario para que un acto administrativo pueda nacer a la vida del derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico estos elementos esenciales se han establecido en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 (LPA), bajo el nomen juris de ***"Elementos Esenciales del Acto Administrativo" y*** *como se puede apreciar, entre estos elementos se puede evidenciar claramente en primer lugar a la "competencia" que dice:*

> *ARTICULO 28° (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:*
>
> *a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;*

Para entender el alcance de la obligatoriedad e importancia de contar con estos elementos esenciales que se constituyen en requisitos de formación (en especial el elemento COMPETENCIA) para que un Acto Administrativo pueda nacer a la vida del derecho, es necesario remitirnos a la penalidad que la propia ley establece para el caso de su ausencia o error, y para ello acudimos al Artículo 35 (Nulidad del Acto) de la referida LPA, que establece:

> *"I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:*
>
> *a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio."*

De acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005, "La competencia, con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponden ejercitar y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas, aunque debe señalarse que la capacidad es la regla y se la presume, mientras no sea limitada o negada por una norma, en cambio la competencia en el derecho administrativo no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o, en algunos casos, en forma implícita pero a través de una norma jurídica que la señala. De ahí el aforismo jurídico que la administración pública solo puede hacer sólo lo que le manda la Ley, en cambio el administrado puede hacer todo lo que la Ley no le prohíba."

Por su parte el Tribunal Constitucional ha mencionado en reiteradas Sentencias Constitucionales los alcances de la competencia, como lo establecido en un

fallo reciente contemplado en la Sentencia Constitucional 1025/2010-R de 23 de agosto de 2010 que se refiere a aspectos referidos al Juez natural (en forma general y teórica) y donde podemos encontrar una referencia expresa e inequívoca al alcance y carácter de la competencia como elemento esencial de un acto administrativo: "Del contenido esencial de la garantía del juez natural y a la luz del caso concreto, se establece que en el ámbito de los actos administrativos, la competencia, como elemento esencial y requisito de formación de los mismos, tiene una génesis de rango constitucional enraizada en el juez natural, aspecto del cual devienen sus características esenciales, toda vez que la competencia como medida y continente de la potestad administrativa es indelegable, inconvalidable y emana solamente de la ley y de la Constitución; entonces, la importancia que reviste este elemento del juez natural en el Estado Social y Democrático de Derecho, hace que el ordenamiento jurídico-constitucional boliviano le conceda un resguardo reforzado frente a actos de quienes usurpen funciones que no les competen o contra los actos de quienes ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley. A partir de este entendimiento, se puede inferir la teleología y el "núcleo duro" de los arts. 31 de la CPE abrogada y 122 de la actual CPE".

En ese sentido y tomando en cuenta los alcances de este marco normativo y doctrinal, nos permitimos señalar que la APS tiene competencia para registrar pólizas, de conformidad a la Resolución Administrativa IS/No. 070 de 23 de abril de 1999, pero debe entenderse claramente el alcance de esta facultad de registro, dentro el ámbito de la competencia del regulador.

De acuerdo a la autora argentina Gabriela Ábalos, en su obra "Responsabilidad del Estado": "La actividad registral o de registro se refiere al asiento de una información cualquiera y concreta, como puede ser un nombre, la referencia a un documento, números o cifras u otra información, mediante métodos mecánicos, con la finalidad de asentar y dejar constancia de esa información que se constituyen en los actos o hechos relativos a una situación jurídica establecida (estado civil, derecho de propiedad, registro de actos comerciales, etc.), ya sea por disposición de la Ley o por la necesidad de las partes para que se tenga constancia de la misma".

En nuestra economía jurídica contamos con diversos registros, como aquellos destinados a registrar el estado civil de las personas (Registro Civil), los derechos reales (Registro de Derechos Reales), los actos de Comercio (Registro de Comercio), de propiedad intelectual y otros.

Así, el registro es una institución de funciones múltiples, pero con la finalidad específica de dotar a los actos que se inscriben de dos caracteres esenciales e importantísimos como son la PUBLICIDAD y la OPONIBILIDAD, dentro de los principios de orden público, de protección y legitimador.

ii) Inscripción de Productos Específicos para el Estado

Respecto a este punto, es necesario aclarar que nuestra Compañía no solicitó la inscripción de un producto genérico relativo a una póliza de caución para la correcta inversión de anticipo para entidades públicas (situación que de haberse efectuado, evidentemente hubiera contradicho nuestra póliza de garantía de correcta inversión de anticipo para entidades públicas, aprobada y registrada mediante Resolución Administrativa IS No.947 de 9 de noviembre de 2007, con código de registro 101-922621- 2007) sino que se solicitó la inscripción de ***un producto especifico*** *(sic), solicitado por las partes interesadas (entre ellas una entidad pública) y acordado precisamente con esas partes interesadas en base a la peculiaridad del negocio que se pretendía efectuar. Para ilustrar este extremo nos permitimos hacer referencia a los siguientes antecedentes de mayor relevancia al presente caso:*

- *Luego de la negociación en la elaboración de la póliza con la empresa Constructora Santa Fe Sucursal Bolivia (entidad asegurada o afianzada) y la Administradora Boliviana de Carreteras ABC (entidad pública beneficiaria) se elaboró un primer proyecto de Póliza. No obstante, en esa primera etapa la ABC expresó algunas observaciones con relación a la Póliza, lo que dio lugar a que se modifiquen ciertas cláusulas.*

- *En fecha 14 de febrero de 2011, nuestra Compañía envió un proyecto a la empresa constructora Santa Fe, quien luego la consensuó con la ABC y en tal virtud La Boliviana envió al regulador para registro, la póliza de correcta inversión de anticipo COMO PRODUCTO ESPECIFICO (sic), para el Proyecto de Construcción en fecha 2 de marzo de 2011.*

- *En fecha 2 de marzo de 2011 el órgano regulador de ese entonces, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, comunicó que no recibirían notas de compañías de seguros y que los plazos se suspendían.*

- *El 11 de marzo de 2011, la constructora Santa Fe envió a La Boliviana copia de la NOTA DE ACEPTACIÓN FORMAL de ABC sobre el condicionado general, condicionado particular y cláusulas adicionales del producto (ANEXO 1).*

- *El 14 de marzo de 2011, se envía nuevamente a registro la póliza con la carta de aceptación de ABC a la póliza y los textos del condicionado general, condicionado particular y cláusulas adicionales (ANEXO 2).*

- *El 8 de abril se reinician los plazos por parte de la APS.*

- *El 25 de abril de 2011, a hrs. 18:35 (fuera del horario dispuesto como hábil) se recibe MEDIANTE FAX la Nota APS/DS/228/2011 de 18 de abril de 2011 mediante la cual se recuerda a nuestra compañía que está prohibido modificar el texto de las pólizas, cláusulas uniformes, y que ya contamos con una Póliza de Correcta Inversión de*

Anticipo para Entidades Públicas registrada. (ANEXO 3) Esta nota no nos fue remitida en forma oficial.

En función a estos antecedentes, se puede denotar claramente que el producto enviado al regulador para registro era un producto específico, único, y por tanto no podía encontrarse comprendido como una póliza de caución de correcta inversión de anticipo con carácter genérico. Por ello bajo ninguna circunstancia puede entenderse que dicho producto contradecía nuestro producto anterior o menos aún, contradecía la norma que aprobó los textos de pólizas de caución.

En ese entendido no pueden existir contradicciones, modificaciones o adiciones a condicionados únicos o pólizas modelo, puesto que nuestro producto fue concebido y diseñado en forma independiente, precisamente tomando en cuenta los alcances y peculiaridades del negocio o actividad que se buscaba afianzar.

No se debe olvidar que en el diseño de esta póliza participó activamente la entidad pública beneficiaria de la misma, tomando en cuenta estos extremos, y conociendo la existencia de las pólizas aprobadas por el órgano regulador.

Las entidades públicas como la ABC tienen autonomía de gestión técnica y administrativa, cualidad que les permite contar con un marco de gestión amplio, entre los que se encuentra la potestad de buscar los mejores y más óptimos mecanismos para asegurar sus operaciones. No existe en la normativa administrativa alguna previsión que impida a las entidades públicas contratar pólizas específicas o diseñadas en forma particular para asegurar determinados negocios contractuales, independientemente del uso de las pólizas autorizadas en forma general a las que están obligadas, pero que ello no es óbice para contar con otras pólizas. Incluso se tiene la Ley SAFCO que prima sobre toda las normas administrativas de los sistemas de administración y control (entre ellos las normas para el sistema de bienes y servicios) que permite la posibilidad de decisiones que procuren mayor beneficio y resguarden los bienes de la entidad.

Finalizamos este punto señalando que el producto cuya inscripción se solicitó, NO ERA UNA EXCEPCION, sino un producto específico solicitado y concebido conjuntamente con la entidad pública.

iii. Aplicación de la causal de rechazo

Entre las causales de rechazo a la solicitud de registro listadas en el Artículo 4 de la RA IS 70 de 23 de abril de 1999 que aprueba el reglamento de Registro de Pólizas (ANEXO 4), se encuentran causales basadas en elementos técnicos (como la falta de autorización del asegurador; cuando no se cumpla con el capital mínimo, y; cuando el riesgo no cuente con el respaldo del reaseguro), como también causales de rechazo basadas en elementos jurídicos. Precisamente una de estas últimas fue utilizada por la APS para rechazar el registro de nuestra póliza, misma que señala:

"a. Cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con normas legales." Como se puede apreciar esta causal claramente consigna la palabra ***"CONTRADICCION"*** *(sic) y no así "modificación", "ampliación" o "complementación" que pudiera hacerse en lo que corresponde a la elaboración de un contrato, como es una Póliza de Seguro.*

En el presente caso no existe ningún ejercicio silogístico o razonamiento deductivo que se plasme en la RA 014-2011, ahora recurrida, que permita determinar las proposiciones o elementos premisas, para determinar la aplicación de la causal que figura en la literal "a" del Artículo 4 a la póliza que pretendíamos registrar, puesto que el órgano regulador no demuestra cuál la contradicción del texto presentado para registro, con alguna norma legal.

La APS se limita a hacer referencia a la RA IS/No.731, pero en ningún momento menciona o muestra las contradicciones de nuestro producto con relación a esa Resolución.

Por ejemplo, la APS en la página 3 de la RA 014-2011 hace referencia al Artículo 6 de esa RA 731, resaltando la frase: "VENCIDO ESTE PLAZO LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE NO HAYAN REGISTRADO LAS MISMAS, NO PODRAN EMITIR O RENOVAR POLIZAS DE CAUCIONES PARA LAS ENTIDADES PUBLICAS (sic)". No obstante, ese órgano regulador no menciona como esa disposición se aplicaría a nuestro caso. No se debe olvidar que en principio nuestra compañía registró su producto "Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para entidades públicas" obteniendo la Resolución Administrativa IS No. 947 de 9 de noviembre de 2007; y este extremo es totalmente ***RECONOCIDO Y ACEPTADO*** *por el órgano regulador en su misma RA 014 -2011 objeto del presente recurso. En consecuencia no se puede decir que nuestra compañía no registró, dentro del plazo, su póliza de acuerdo a lo establecido en la R.A. 731, por lo que puede emitir o renovar pólizas de cauciones para entidades públicas normalmente.*

Otro ejemplo de la falta de concordancia para la determinación de la causal de rechazo, se puede verificar en la referencia que hace la APS al artículo 8 de la citada RA IS 070 en la cual resalta "LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUEDAN PROHIBIDAS DE MODIFICAR EL TEXTO DE LAS POLIZAS (sic) Y CLAUSULAS (sic) UNIFORMES, NO PUDIENDO AÑADIRSE CLAUSULAS (sic) Y/O ANEXOS QUE NO SEAN LOS EXPRESAMENTE APROBADOS EN LA PRESENTE RESOLUCION (sic)." De este texto y por el resaltado del órgano regulador, es imprescindible que en la RA 014 - 2011 se establezca cuáles son esas modificaciones o añadiduras, situación que no ocurre.

Como se mencionó anteriormente el producto que nuestra Compañía buscó registrar una Póliza específica y bajo ninguna circunstancia una modificación o adición a nuestra póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, registrada y aprobada por la APS durante la gestión 2007, la misma que fue diseñada cumpliendo con la normativa aplicable.

Ahora bien, en la RA 137 objeto del presente Recurso Jerárquico, la APS RECIEN (sic) REALIZA UN ANALISIS (sic) (EL MISMO QUE NO INGRESAMOS A ESTUDIAR NI A COMENTAR) y ESTABLECE UNAS SUPUESTAS MODIFICACIONES Y CONTRADICCIONES con el Código de Comercio, cuando precisamente estas supuestas modificaciones y contradicciones debieron estar plasmadas en la Resolución Administrativa 014-2011. Como podrá apreciar la Dirección de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, queda claramente evidenciado que la RA 014 no contenía la motivación o fundamentación respecto a estas supuestas contradicciones, vulnerando claramente nuestro derecho a la defensa, puesto que el Acto Administrativo inicial no contemplaba estas argumentaciones que ahora se presentan en forma totalmente extemporánea, omisión grave que no puede suplirse ahora con la inclusión apresurada en la Resolución confirmatoria.

Esta omisión implica que la RA 014 no cuenta con los elementos esenciales señalados en las literales b) y e) del Artículo 28 de la Ley 2341

Esto implica claramente que la RA 014 se encuentra viciada y, por lo tanto, se encontraría viciada de nulidad.

iv. La autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual

Respecto a este acápite la APS, menciona extrañamente que nuestra argumentación reconoce la obligación de las entidades públicas para contratar determinadas pólizas sujetas a Textos únicos, y por otra se considera legítimo y permitido que se elaboren productos para Entidades Públicas, lo que sería contradictorio.

Al respecto es menester ilustrar nuestro criterio con un ejemplo simple: La norma establece un seguro obligatorio contra accidentes de tránsito (SOAT), que debe ser adquirido para todo vehículo automotor en forma obligatoria, PERO ELLO NO IMPLICA QUE CUALQUIER PROPIETARIO DE UN VEHICULO AUTOMOTOR, PUEDA ADQUIRIR otro seguro para su vehículo que incluso tenga las mismas coberturas que el SOAT.

Así de la misma forma una entidad pública se encuentra obligada a solicitar a sus contratistas o proveedores la presentación de garantías como boletas o pólizas en sus licitaciones, de acuerdo a las normas administrativas aplicables, pero ello no es óbice para contar con otras pólizas o garantías, más aún si las entidades públicas pueden ajustar sus actuaciones administrativas a buscar el mejor resguardo de sus intereses, que son públicos.

Uno de los derechos básicos y constitucionales consagrados en nuestra Constitución Política del Estado es el derecho a dedicarse al comercio o a la industria, en condiciones que no perjudiquen el interés colectivo.

En ese entendido nuestra compañía aseguradora tiene todo el derecho de elaborar productos de seguros que se ajusten y acomoden a las necesidades de los asegurados,

incluyendo aquellas de las entidades públicas. Esto no implica de ninguna manera que se soslayen las obligaciones que tienen las entidades públicas de contratar determinadas pólizas, más al contrario, con la finalidad de hacer más adecuados los productos a determinadas situaciones.

Sin desconocer la competencia que tiene la APS para registrar los productos de seguros, como corresponde, no se debe perder de vista el derecho que tenemos las compañías aseguradoras legalmente establecidas y debidamente autorizadas, para la comercialización de las mismas, dentro de la libre oferta y demanda, y tomando en cuenta la libertad contractual reconocida y plasmada en nuestro ordenamiento jurídico. Si la APS considera la existencia de una situación jurídica contraría al orden jurídico, debió señalarla oportunamente a la autoridad pública.

En todo caso la APS se encuentra asumiendo directamente la responsabilidad que eventualmente emergiera de una falta de garantía en la licitación que la autoridad pública quería garantizar en forma más adecuada.

v. Aplicación del Silencio Administrativo Positivo.

Dentro del presente caso se puede observar que operó el silencio administrativo positivo, toda vez que en fecha 14 de marzo de 2011 nuestra compañía presentó el producto Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, mientras los plazos se encontraban suspendidos por la transición de la ASFI a la APS en lo que respecta al sector de seguros.

En fecha 8 de abril de 2011, la APS levantó la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios, por lo que a partir de esta fecha se computan los plazos correspondientes.

*La APS notificó a nuestra institución con la nota **ACLARATORIA** APS/D5/228/2011 de 18 de abril de 2011 (ANEXO 3), mediante fax en fecha 25 de abril de 2011, la misma que solicitamos sea elevada a Resolución Administrativa mediante Nota PRES.328.04.2011 de 3 mayo de 2011, sin que nuestra Compañía (sic) (ANEXO 5).*

En respuesta a nuestra solicitud para que la APS eleve esa nota a Resolución Administrativa, la APS nos comunica mediante Nota CITE: APS/DS/682/2011 (ANEXO 6), recibida por La Boliviana el 19 de mayo de 2011, que: "Debido a que en fecha 13 de mayo de 2011, la APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No.014/2011 fundamentada y motivada, no corresponde dar curso a su solicitud, debiendo en todo caso, ceñirse a lo resuelto en la mencionada Resolución."

Posteriormente en fecha 18 de mayo del 2011, es decir 26 días hábiles de haberse presentado la solicitud de registro, se notifica a La Boliviana con la RA 014 - 2011 en la cual se emite el pronunciamiento RECHAZANDO EL REGISTRO, cuando en realidad ya habían transcurrido más de los 10 días hábiles administrativos dispuestos por la norma,

que lógicamente hicieron operar el silencio administrativo y por ende dieron lugar a la aplicación del último párrafo del Artículo 3 de la RA IS 70 (ANEXO 4) que dice: "Si la Superintendencia no se pronunciare en los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de la documentación, su silencio administrativo determinará la aceptación y registro de los mencionados documentos, debiendo proceder a la emisión de la Resolución respectiva." Hacemos hincapié en el hecho que la Nota APS/DS/682/2011 no constituyó un rechazo ni una aceptación, sino tan solo una ***aclaración,*** *TAL COMO LO RECONOCE LA PROPIA APS en su RA 014-2011, aspecto posteriormente ratificado y confirmado en la Nota CITE: APS/DS/682/2011 (ANEXO 6) cuando menciona que no corresponde elevarse la carta (aclaratoria) APS/DS/228/2011 (ANEXO 3) debido a que la APS ya emitió la Resolución (ahora recurrida) e instruye que nuestra compañía se ciña "...a lo resuelto por la mencionada Resolución".*

Consideramos que no es posible que el órgano regulador desconozca sus propias regulaciones, toda vez que al señalar que: "...el artículo 3 de la Resolución Administrativa IS No.070 de 23 de abril de 1999 contiene el procedimiento que el Órgano de Fiscalización debe seguir para el registro de pólizas, anexos o cláusulas adicionales, nótese sin embargo que dicho procedimiento, contrario sensu lo aseverado por el recurrente, no establece ni determina plazo alguno para las actuaciones que debe desarrollar el Órgano de Fiscalización en dicho procedimiento y menos para la emisión de la Resolución Administrativa de registro o rechazo.", simplemente demuestra una falta de cuidado en la revisión del artículo 3 (ya que al parecer el órgano regulador no tiene conocimiento) de la Resolución No. 070 que además fue transcrito en nuestro recurso de revocatoria, lo que incluso constituye una falta de lealtad procedimental.

III. CONCLUSIONES

- *El producto que se envió al órgano regulador para registro, es un producto específico emitido de acuerdo a las peculiaridades y condiciones acordadas por la entidad pública, la empresa contratista y la compañía aseguradora, en función a la relación contractual que se buscaba asegurar y no es una póliza general o modelo, para considerarla contradictoria o modificatoria de nuestro Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, mismo que se encuentra aprobado y autorizado por Resolución Administrativa IS/No.947 de 9 de noviembre de 2007, con código de registro 101-922621-2007 11254.*

- *Precisamente la APS en su Resolución de rechazo, no establece cuales las contradicciones o aspectos que impliquen modificaciones a nuestra Póliza aprobada, puesto que no menciona claramente y específicamente dichas modificaciones o contradicciones que supuestamente añadirían, contradecirían o dejarían sin efecto, cláusulas o disposiciones de nuestra Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, la misma que se encuentra y seguirá vigente. Este elemento es fundamental para establecer si correspondía o no un rechazo al registro de la Póliza, y no basta con solo mencionar "contradice",*

"modifica", etc.

- *Al no existir relación de causalidad entre los hechos o causas (porque nunca fueron establecidas por la APS) que vulneren lo dispuesto por la RA IS/No. 731 que aprueba los Textos Únicos y Uniformes, no se ha configurado la causal establecida en la literal a. del Artículo 4 de la Resolución 070/99 que aprueba el Reglamento de Registro de Pólizas, por lo que la RA 014-2011 que rechaza el registro, no tiene relación lógico-jurídica que permita establecer fehacientemente ese incumplimiento.*

- *En la RA 137 recién se realiza una argumentación con relación a las supuestas contradicciones, lo que demuestra indubitablemente que éstas no fueron de nuestro conocimiento en la RA 014, vulnerándose nuestro derecho a la defensa, al no haber conocido dichos argumentos.*

- *El negar el registro de una Póliza en base a supuestos o inferencias, como lo hace la APS, implica vulnerar derechos constitucionales al trabajo y a desarrollar una actividad económica legalmente permitida y que cumple una función social importante.*

- *Finalmente, en el presente caso hemos demostrado palmariamente que el plazo de 10 días que tenía el regulador para registrar o rechaza (sic) el registro, vencieron superabundantemente, por lo que debe aplicarse la aceptación tácita al registro que establece la RA IS 070 de 23 de abril de 1999, que aprobó el Reglamento de Registro.*

IV. <u>PETITORIO</u>

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra compañía, lo establecido por las normas citadas y los antecedentes del presente caso, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 137 de 4 de julio de 2011 y en su mérito la Resolución Administrativa 014-2011 de 13 de mayo de 2011…"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota PRES/VLFTRC/196/03/11 de 14 de marzo de 2011, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el registro de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, para el "Proyecto de construcción de la Carretera Llallagua – Ravelo tramo III: Llallagua – Chacapuco.

La misma da lugar al informe/APS/DS/JTS/006/2011 de 17 de marzo de 2011, del que se transcriben los extremos siguientes:

> "*Se evidencia la existencia de Textos Únicos y Uniformes aprobados mediante Resolución Administrativa IS/Nº731 de fecha 11 de septiembre de 2007, para ser utilizados por las entidades aseguradoras en su contratación con entidades públicas, que mediante nota MH/VPC/DGSAG/Nº1103/2007 de fecha 20 de agosto de 2007, la Dirección General de Sistemas de Administración Gubernamental del Ministerio de Hacienda solicita* (sic).
>
> *Al respecto, se encuentra que la entidad aseguradora debe adecuar la solicitud de registro, considerando lo determinado en el artículo 8 de la Resolución Administrativa IS/Nº731 de fecha 11 de septiembre de 2011: "Las pólizas aprobadas mediante la presente Resolución, deberán ser comercializadas, obligatoriamente con la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas ó* (sic) *con la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí.*
>
> *Las entidades aseguradoras quedan prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados en la presente Resolución*".

Consiguientemente y en respuesta a la nota PRES/VLFTRC/196/03/11, por nota APS/DS/228/2011 de fecha 18 de abril de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros responde a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, recordándole que no pueden "*añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados en la Resolución Administrativa IS/Nº731 de fecha 11 de septiembre de 2007*" y que la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo para entidades Públicas registrada por esa entidad "*corresponde al código 101-922621-2007 11254, mediante Resolución Administrativa IS/Nº947 de 09 de noviembre de 2007.*"

Sobre el contenido de tal nota, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS**

S.A. solicita la consignación en una Resolución Administrativa, conforme consta en la nota PRES.328.04.2011 de 29 de abril de 2011.

Por su efecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pronuncia la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011, por la que **rechaza** el registro de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas presentada por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** con los fundamentos -principales- siguientes:

- La Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua - Chacapuco, presentada por la Entidad Aseguradora La Boliviana Ciacruz S.A. se trataría "*de una versión* ***modificada*** *de la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas*" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- En mérito al artículo 6º de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 731/07 de 11 de septiembre de 2007 y conforme lo fuera solicitado por el Ministerio de Hacienda a través de la nota MH/VPC/DGSAG/Nº 1103/2007 de fecha 20 de agosto de 2007, las pólizas en las que el Beneficiario sea una Entidad Pública -como es el caso de la Administradora Boliviana de Carreteras- deben, obligatoriamente, sujetarse a los Textos Únicos y Uniformes registrados hasta diez días posteriores a la notificación con la misma Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 731/07 (lo que en el caso de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** sucedió en fecha 12 de septiembre de 2007), agregando además que: "*Vencido este plazo las entidades aseguradoras que no hayan registrado las mismas, no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones para las entidades públicas*".

  Para el caso, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** obtuvo el debido registro del texto de su Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas, mediante Resolución Administrativa IS/Nº 947 de 9 de noviembre de 2007, bajo el código 101-922621-2007 11254.

- El artículo 8º de la precitada Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 731/07 de 11 de septiembre de 2007, establece la prohibición "*de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados*", y antes, su artículo 4º, inciso a), que es causal de rechazo de la solicitud de registro "*cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con las normas legales vigentes*".

Estos extremos son los que determinan que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, le hubiera respondido a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, en la nota APS/DS/228/2011 de 18 de abril de 2011, que "*las entidades aseguradoras quedan prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados en la Resolución Administrativa IS/N°731 de fecha 11 de septiembre de 2007, que aprueba los Textos Únicos y Uniforme* (sic) *para la contratación de Pólizas de Seguro de Fianzas*".

Resulta entonces que el Ente Regulador, ha concluido en la existencia de un texto único y uniforme para las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas aprobado por la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2011 (aplicable para todas las empresas aseguradoras incluyendo, desde luego a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**), y en su mérito, un texto para Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas aprobado a favor de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** mediante Resolución Administrativa IS/Nº 947 de 9 de noviembre de 2007, y registrado bajo el código 101-922621-2007 11254, por lo que en su entender, la ahora recurrente debe sujetarse a tales textos aprobados sin lugar a modificación alguna, a efectos de comercializar tal producto.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Competencia de la recurrida para rechazar el registro.-

A tiempo del Recurso Jerárquico, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** señala que:

> "…*en una solicitud de registro de una póliza cualquiera ACORDADA ENTRE EL ASEGURADOR Y EL ASEGURADO,* ***la APS no puede negar el mismo****,* alegando que la Póliza en cuestión no es *(sic)* (…) *la norma es bastante rigurosa en cuanto a los casos en los cuales se puede rechazar un registro, y* ***no lo deja a criterio del órgano encargado del registro, puesto que el registro no ES UN TEMA DE DEFINICION O TOMA DE DECISIÓN del órgano regulador sino que es una actividad de apoyo al mercado asegurador****, es decir que* ***el órgano regulador debe registrar en todos los casos, con la única salvedad que existan casos o causales establecidos expresamente para rechazar el registro, sin que la actividad registral implique una actividad jurisdiccional o de definición, aunque la autoridad se encuentre envestida de otras competencias además de la competencia registral****.*
>
> (…) ***la competencia del órgano regulador en materia registral, con relación a***

las pólizas, cláusulas y anexos, queda claramente establecida y enfocada a la actividad de registro de estos documentos *específicamente para demostrar la legalidad y legitimidad del producto ante el mercado, pero* ***en ningún caso para establecer definiciones en cuanto a si corresponde o no una póliza especifica, para un caso especifico*** *y menos para resolver alguna controversia al respecto…*" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal análisis determina que para la recurrente, el Ente Regulador no tiene competencia para rechazar ninguna solicitud de registro de póliza, por cuanto el artículo 12º, inciso f), de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, al señalar que "*las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones… f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros*", no da ninguna otra alternativa que no sea la del registro, y por tanto, -siguiendo a la recurrente- no le está conferido al Ente Regulador la competencia para tal rechazo.

No obstante y contradictoriamente a lo previamente expresado, la recurrente también refiere el artículo 4º de la Resolución IS No. 70/99 de 23 de abril de 1999 (Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas Adicionales), cuando señala que "*el rechazo de la solicitud de registro procederá* ***solo*** *en los siguientes casos…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, conforme al énfasis puesto de manifiesto en el Recurso Jerárquico), para dar a entender que sí existe la posibilidad de rechazo, empero que lo mismo tiene un carácter excepcional que, a su decir, confirmaría la apreciación inicial de que la competencia del Ente Regulador se limita únicamente para proceder al registro solicitado.

No obstante, se deben destacar también otros extremos en la posición de la recurrente:

- Señala como un deber -entonces como una obligación- del Ente Regulador, el proceder al registro de la póliza, sin lugar a su rechazo; empero contradictoriamente, señala también que "*En ningún caso nuestra institución aseveró que la APS pueda o no dar curso, al registro, lo que se menciono* (sic) *es que* ***el "no dar curso" debe estar claramente fundamentado en los casos que la propia normativa regulatoria establece***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Asimismo, la recurrente reconoce la existencia de excepciones a su propia posición, cuando las limita a "*casos o causales establecidos expresamente*

para rechazar el registro, sin que la actividad registral implique una actividad jurisdiccional o de definición".

En todo caso, la resolución a la controversia en lo que hace a este punto, pasa por determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene competencia (entendida como el conjunto de funciones que le son atribuidas a la Administración Pública por el ordenamiento legal) para rechazar el registro de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua – Chacapuco, presentada por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**

En ese sentido, se tiene que el artículo 43º de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, establece entre las facultades del Ente Regulador, las de "*Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción*" (inciso d) y "*Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos*" (inciso s); las mismas tienen que ver, necesariamente, con -entre otras- la obligación impuesta a las entidades aseguradoras, por el artículo 12º, inciso f), de la misma Ley: "*Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros*".

Por otra parte, la Resolución Administrativa IS/No. 070 de 23 de abril de 1999 (Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas Adicionales), pronunciada por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, establece:

"*…ARTÍCULO 3. (PROCEDIMIENTO DE REGISTRO)*

La Intendencia de Seguros a través de su Dirección Jurídica solicitará el respectivo informe técnico en función a la legalidad y legitimidad de la póliza, anexos o cláusula adicional a la Dirección pertinente.

Recibido el informe técnico, la Dirección Jurídica ***emitirá*** *uno de los siguientes documentos:*

a. *Nota a la entidad aseguradora, solicitando información adicional o aclaración.*
b. *Resolución Administrativa de Registro de la póliza, anexo o cláusula adicional.*
c. ***Resolución Administrativa de rechazo*** *al registro de la póliza, anexo o cláusula adicional* (…)

ARTÍCULO 4. (RECHAZO DE LA SOLICITUD DE REGISTRO)

El rechazo de la solicitud de registro procederá sólo en los siguientes casos:

a. *Cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con normas legales vigentes…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo que, en base al análisis anterior, la norma le faculta plenamente al Ente Regulador, al rechazo de la solicitud de registro de la póliza, lo que debe suceder mediante una Resolución Administrativa fundada en una de las causales establecidas al efecto, entre ellas, que el contenido de tal póliza sea contradictoria con las normas legales.

En cuanto a que la norma legal vigente contradeciría a la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua - Chacapuco, en el entender de la Autoridad recurrida es la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007 (Resolución de Registro Textos Únicos), en sus artículos 6º y 8º, en relación a su artículo 5º, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

"*…ARTÍCULO 5º*

Aprobar el texto único, uniforme y de pago al contado de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas (…)

ARTÍCULO 6º

Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante esta Superintendencia, ***los textos únicos y uniformes de las pólizas*** *anteriormente señaladas,* ***…las entidades aseguradoras que no hayan registrado las mismas, no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones para las entidades públicas*** (…)

ARTÍCULO 8º

…***Las entidades aseguradoras quedan prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados en la presente Resolución***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo anterior, conviene aclarar que conforme al artículo 6º de la Resolución Administrativa IS/No. 731, primero **se registraron bajo el código 101-922621-2007 11254 los textos únicos y uniformes (modelos) presentados por LA BOLIVIANA CIACRUZ DE**

SEGUROS Y REASEGUROS S.A., y posteriormente, en cumplimiento del artículo 3º de la Resolución Administrativa IS/No. 070, se solicitó el **registro de la Póliza** de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua – Chacapuco, cuyo texto, conforme al artículo 7º de la Resolución Administrativa IS/No. 731, debió corresponder al modelo registrado con anterioridad; no obstante, es precisamente el rechazo al mismo, lo que ha determinado la existencia del proceso administrativo presente, rechazo para el que se halla facultado el Ente Regulador al tenor del artículo 4º de la Resolución Administrativa IS/No. 070.

Entonces, no le corresponde a la Autoridad recurrida, únicamente -como mal pretende la recurrente- proceder al registro de la póliza sin mayor alternativa, sino que es de su competencia también rechazarla si se acomoda a la causal (entre otras) del inciso a) del mencionado artículo 4º.

Por lo demás, al establecer el artículo 3º, inciso c), de la Resolución Administrativa IS/No. 070 de 23 de abril de 1999, que dicho rechazo debe operar mediante Resolución Administrativa, determina que a efectos de su pronunciamiento se observe lo dispuesto por el artículo 17º, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el que establece que:

> "…*Artículo 17.- (Concepto).* (…)
>
> *II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto:* (…)
>
> *d) Los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan*…"

Por tanto, no es atendible el reclamo de la recurrente, en sentido que "*el registro de pólizas a cargo del órgano regulador no es un mecanismo para determinar controversias*" o que "*el registro no ES UN TEMA DE DEFINICION O TOMA DE DECISIÓN del órgano regulador sino que es una actividad de apoyo al mercado asegurador*", por cuanto tales expresiones resultan en extremo ambiguas al no referir el agravio concreto sobre el que se refiere esta parte del recurso, y toda vez que la fundamentación que se le exige al Ente Regulador, hace al derecho de los administrados de conocer los motivos a la determinación tomada, y que corresponde a la garantía del debido proceso cuya observancia constituye un deber de toda Autoridad Administrativa, conforme lo señala el artículo 4º, inciso c), de la Ley Nº 2341 de de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

Asimismo, cuando el artículo 8º de la Resolución Administrativa IS/No. 731

establece la prohibición de modificar los textos aprobados y registrados de las pólizas, y cuando los artículos 3º y 4º de la Resolución IS No. 70/99 de 23 de abril de 1999 (Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas Adicionales) refieren la posibilidad del rechazo de la solicitud de registro, configuran el carácter obligatorio del registro de las pólizas, por cuanto hace a la facultad señalada para el Ente Regulador en el artículo 12º, inciso f), de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998: "*Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros*".

Por consiguiente, queda claro que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es plenamente competente para rechazar la solicitud de registro de la Póliza si sobre la misma, pesa una de las causales señaladas por el artículo 4º del Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas adicionales, entre ellas "*cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con normas legales vigentes*" (inciso a).

2.2. Del producto específico.-

La recurrente señala además que:

> "…*nuestra Compañía no solicitó la inscripción de un producto genérico relativo a una póliza de caución para la correcta inversión de anticipo para entidades públicas (situación que de haberse efectuado, evidentemente hubiera contradicho nuestra póliza de garantía de correcta inversión de anticipo para entidades públicas, aprobada y registrada mediante Resolución Administrativa IS No.947 de 9 de noviembre de 2007, con código de registro 101-922621- 2007) sino que se solicitó la inscripción de* ***un producto especifico,*** *solicitado por las partes interesadas (entre ellas una entidad pública) y acordado precisamente con esas, partes interesadas en base a la peculiaridad del negocio que se pretendía efectuar*…"

Tal expresión tiene que ver con la distinción existente entre el registro del texto de las pólizas dispuesto por el artículo 6º de la Resolución Administrativa IS/No. 731 (al que la recurrente denomina producto genérico), y el registro de la póliza misma, señalado por el artículo 3º de la Resolución Administrativa IS/No. 070 (el producto específico), distinción que en la presente Resolución Ministerial Jerárquica ha sido considerada en el numeral supra.

En el entender de la recurrente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha confundido ambas productos, de allí que también señala lo siguiente:

> "…*bajo ninguna circunstancia puede entenderse que dicho producto* (el

producto específico) ***contradecía*** *nuestro producto anterior* (el producto genérico) *o menos aún, contradecía la norma que aprobó los textos de pólizas de caución.*

En ese entendido no pueden existir contradicciones, modificaciones o adiciones a condicionados únicos o pólizas modelo, puesto que nuestro producto fue concebido y diseñado en forma independiente, precisamente tomando en cuenta los alcances y peculiaridades del negocio o actividad que se buscaba afianzar…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, **la recurrente confunde la prohibición "*de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados*" establecida por el artículo 7º de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, con la causal de rechazo de registro de la póliza establecida en el inciso a) del artículo 4º de la Resolución Administrativa IS/Nº070/99 de 23 de abril de 1999**: "*cuando el documento en cuestión* (puede tratarse del producto genérico, pero es más pertinente al producto específico) *se encuentre en contradicción con normas legales vigentes*".

La razón del rechazo radica en una sugerida modificación del texto de las pólizas o cláusulas uniformes, o en una también sugerida añadidura de otras cláusulas o anexos fuera de lo aprobado; el carácter contradictorio que se menciona en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011, deviene del inciso a) del artículo 4º de la Resolución Administrativa IS/Nº070/99 de 23 de abril de 1999, el que establece como causal para el rechazo, que "*el documento en cuestión* (puede tratarse del producto genérico, pero es más pertinente al producto específico) *se encuentre en contradicción con normas legales vigentes*" y modificar el texto, o añadir cláusulas o anexos en la póliza (producto específico), con relación al texto aprobado y registrado (producto genérico) para la misma, es lo que contradeciría al artículo 8º de la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007, en relación al artículo 12º, inciso f), de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998.

En todo caso, corresponde que en su oportunidad ambos productos sean ineludiblemente registrados por imperio de los artículos 2º del Reglamento de Registro de Pólizas Anexos y/o Cláusulas Adicionales y 6º de la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007 (Resolución de Registro Textos Únicos), y sin que para ello se pueda aducir, como lo hace la recurrente, que "*las entidades públicas como la ABC tienen autonomía de gestión técnica y administrativa, cualidad que les permite contar con un marco de gestión amplio*", por cuanto y si bien para el caso de la Administradora Boliviana de Carreteras, tal autonomía de gestión se halla prevista por el artículo 2º, parágrafo I, de la Ley Nº

3507 de 27 de octubre de 2006, lo mismo no puede importar la inobservancia de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2011, que señalan "*Aprobar el texto único, uniforme*… ***para Entidades Públicas***" (al caso en particular, el artículo 5º, referido a la Póliza de Correcta Inversión de Anticipos; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), en relación al artículo 8º de la misma norma: "*Las entidades aseguradoras quedan prohibidas de modificar el texto*".

Por tanto y para el caso de confrontar ambas normas, debe tenerse en cuenta que, conforme al Principio de Especialidad (*generi per speciem derogatur*: la norma especial prevalece sobre la general), la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007 constituye la norma especial a efectos de determinar el contenido preciso de los textos de las pólizas, por encima -para este caso- de cualquier interpretación que pretenda darse al artículo 2º, parágrafo I, de la Ley Nº 3507 de 27 de octubre de 2006, que al establecer la autonomía de gestión a favor de la Administradora Boliviana de Carreteras, no le otorga una de carácter absoluto, por cuanto la facultad de las empresas públicas para decidir responsablemente la adquisición o enajenación de productos (lo que importa, entre otros, la autonomía de gestión) nunca es absoluta, por cuanto rige en tanto no sea competencia de otras instancias, como sucede en el caso de autos.

Asimismo, la recurrente pretende la aplicación del artículo 33º de la Ley Nº 1178 de 20 de julio de 1990, de Administración y Control Gubernamentales - SAFCO, norma que refiere la inexistencia de responsabilidad cuando "*la decisión hubiese sido tomada en procura de mayor beneficio y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de operación y las circunstancias imperantes al momento de la decisión*", mención inatendible por cuanto, así como no existe constancia que la actuación de la Administradora Boliviana de Carreteras hubiera obedecido a un criterio para su mayor beneficio, tampoco existe evidencia que los textos aprobados le hubieran ocasionado un beneficio menor.

Más por el contrario, se pasa por alto el que la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007, se inspira -entre otros- en el artículo 37º del Decreto Supremo 29190 de 11 de julio de 2007 (Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios), concretamente en el deber de solicitar garantías, entonces de garantizar los procesos de contratación, no se refiere al carácter sustancial de las contrataciones que, como tal, están sujetas a un mayor o menor beneficio, sino a la garantía misma expresada en pólizas de seguro, sin que exista fundamento por el que pueda afirmarse que la uniformidad dispuesta para las mismas, hubiera importado un menor beneficio para la empresa pública.

2.3. Falta de fundamentación e inaplicabilidad de la causal de rechazo.-

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. señala también en su Recurso Jerárquico, que:

> "…*Entre las causales de rechazo a la solicitud de registro listadas en el Artículo 4 de la RA IS 70 de 23 de abril de 1999 que aprueba el reglamento de Registro de Pólizas* (…) *también causales de rechazo basadas en elementos jurídicos. Precisamente una de estas últimas fue utilizada por la APS para rechazar el registro de nuestra póliza, misma que señala:*
>
> *"a. Cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con normas legales."*
>
> *Como se puede apreciar esta causal claramente consigna la palabra* ***"CONTRADICCION"*** *y no así "modificación", "ampliación" o "complementación" que pudiera hacerse en lo que corresponde a la elaboración de un contrato, como es una Póliza de Seguro*…"

Sobre este extremo, cabe reproducir lo señalado en los numerales anteriores, en sentido de que el rechazo al registro de la póliza -que origina al presente proceso- no se fundamenta en contradicción alguna, sino en el artículo 7º de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, en el sentido que "*las entidades aseguradoras quedan prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados*", por lo que, la razón del rechazo radica en una sugerida modificación del texto de las pólizas o cláusulas uniformes, o en una también sugerida añadidura de otras cláusulas o anexos fuera de lo aprobado; el carácter contradictorio que se menciona en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011, deviene del inciso a) del artículo 4º de la Resolución Administrativa IS/Nº070/99 de 23 de abril de 1999, el que establece como causal para lo mismo, que "*el documento en cuestión* (puede tratarse del producto genérico, pero es más pertinente al producto específico) *se encuentre en contradicción con normas legales vigentes*" y modificar el texto, o añadir cláusulas o anexos en la póliza (producto específico), con relación al texto aprobado y registrado (producto genérico) para la misma, es lo que contradeciría al artículo 8º de la Resolución Administrativa IS/No. 731 de 11 de septiembre de 2007, en relación al artículo 12º, inciso f), de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998.

En tal sentido, la contradicción con las normas legales surge del incumplimiento de la obligación -dada mediante normativa- de aplicar un texto uniforme, sin poder modificarlo. En este sentido, el Ente Regulador en la Resolución recurrida, no ha

distinguido si tal texto es o no definitivo, en función a posibles mejores intereses de las entidades estatales contratantes.

No obstante todo ello, se deben rescatar expresiones como las siguientes del Recurso Jerárquico:

- "…*La APS se limita a hacer referencia a la RA IS/No.731, pero en ningún momento menciona o muestra las contradicciones de nuestro producto con relación a esa Resolución*…"

- "…*ese órgano regulador no menciona como esa disposición* (se refiere al Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS/No 731) *se aplicaría a nuestro caso*…"

- "…*Otro ejemplo de la falta de concordancia para la determinación de la causal de rechazo, se puede verificar en la referencia que hace la APS al artículo 8 de la citada RA IS 070* (…) *es imprescindible que en la RA 014-2011 se establezca cuáles son esas modificaciones o añadiduras, situación que no ocurre*…"

- "…*la RA 014 no contenía la motivación o fundamentación respecto a estas supuestas contradicciones, vulnerando claramente nuestro derecho a la defensa, puesto que el Acto Administrativo inicial no contemplaba estas argumentaciones que ahora se presentan en forma totalmente extemporánea, omisión grave que no puede suplirse ahora con la inclusión apresurada en la Resolución confirmatoria.*

  Esta omisión implica que la RA 014 no cuenta con los elementos esenciales señalados en las literales b) y e) del Artículo 28 de la Ley 2341

  Esto implica claramente que la RA 014 se encuentra viciada y, por lo tanto, se encontraría viciada de nulidad…"

En este sentido y toda vez que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011 considera para sí, lo referido en el Informe /APS/DS/JTS/006/2011 de 17 de marzo de 2011, "*el que concluye que la solicitud de registro de la póliza no se adecua* (sic) *a la normativa por contravenir lo establecido en el artículo 8 de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007*", y que "*la solicitud de registro de la Póliza… se encuentra dentro del alcance del inciso a) del artículo 4 de la Resolución Administrativa IS/Nº070/99 de 23 de abril de 1999, que determina como causal de rechazo de la solicitud de registro: "cuando el documento en cuestión se encuentre en contradicción con las normas legales vigentes*", se extraña

que la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 no establezca con precisión cuál la contravención al artículo 8º de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, y en qué consiste la señalada contradicción con las normas legales vigentes.

No obstante, de la misma expresión arriba transcrita: "*estas argumentaciones que **ahora se presentan** en forma totalmente extemporánea*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), queda claro que la recurrente ha conocido de las observaciones que han determinado el rechazo, en oportunidad de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011, cuando la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señala:

> "…***aunque estas*** *-se refiere a las sugeridas contradicciones en la póliza presentada para su registro-* ***no fueron detalladas por este Órgano de Fiscalización****, son de pleno conocimiento de la Entidad Aseguradora que modificó (añadiendo y excluyendo palabras, párrafos y acápites) a la versión aprobada y autorizada para esa Compañía mediante Resolución Administrativa IS/Nº 947 de 9 de noviembre de 2007, con código de registro 101 - 922621-2007 11254.*
>
> *Que no obstante lo dicho,* ***a continuación se pasa a detallar las modificaciones y contradicciones con el Código de Comercio contenidas en el texto de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua - Chacapuco en sus condiciones generales, particulares y cláusulas anexas*** (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
>
> 1. *En el primer párrafo del Condicionado Particular se elimina del texto la frase "...el formulario de solicitud..."*
>
> 2. *Se evidencia en el Condicionado Particular que la Entidad Aseguradora aumentó el Título "CONDICIONES ADICIONALES", que incluye los siguientes acápites:*
>
>   - *La prima de la póliza es única por el periodo y no es retornable en caso de cancelación del Proyecto o cancelación de la póliza. De la redacción de este acápite se puede evidenciar que no existe equilibrio entre los derechos del tomador, beneficiario y asegurado contradiciendo el artículo 1024 del Código de Comercio que determina que "si la rescisión fuera por voluntad del asegurador, este devolverá a prorrata la parte de la prima de seguro por el tiempo no corrido (…) Si*

fuera por voluntad del asegurado tendrá derecho, a la prima por el tiempo corrido, según la tarifa de plazos cortos". La norma establecida por el Código de Comercio se fundamenta en que si la rescisión se produjere, hipotéticamente, por la cancelación del Proyecto, que es el contrato principal, la Póliza de Seguro como documento accesorio sigue la misma suerte, por lo que al no existir riesgo asegurable la compañía no tendría porque no retornar la prima por el tiempo no corrido.

- *Condicionado General POLIZA* (sic) *DE GARANTIA (sic) DE CORRECTA INVERSIÓN DE ANTICIPO PARA ENTIDADES PÚBLICAS PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE LA CARRETERA LLALLAGUA - RAVELO TRAMO III: LLALLAGUA CHACAPUCO, con Código de Registro SPVS ---- y las cláusulas siguientes:*

  - *Cláusula de Ejecución a primer requerimiento para la Administradora Boliviana de Carreteras - Contrato ABC N° 502/10 GTCT-OBR-VEN.*

  - *Cláusula de Exclusión de Guerra, Guerra Civil y Terrorismo. En este caso no sólo se incluye una exclusión que no consta en el documento original registrado, sino que se incluye como exclusión el terrorismo que no se encuentra ni siquiera contemplado en el artículo 1047 del Código de Comercio.*

3. *En forma similar se incluye el título que contiene el siguiente texto:*

   "EXCLUSIONES APLICABLES"

   Sabotaje y/o cualquiera acción deliberada que ejecutada aisladamente, dañe, obstruya, destruya o entorpezca temporal o permanentemente el funcionamiento de instalaciones o de servicios, privados o públicos, fundamentales para la subsistencia de la comunidad o para su defensa, con la finalidad de trastornar la vida económica, o a un país, o afectar su capacidad de defensa.

4. *En la cláusula 4 del Condicionado General, se elimina el tercer párrafo con el siguiente texto:*

   "En caso de ser acordada la siguiente modalidad en el Contrato Principal, el monto total retenido por el Beneficiario, deducido de cada anticipo según avance de obra, podrá ser devuelto al afianzado al finalizar la obra y ser canjeado por una Póliza de Garantía de Buena Ejecución de Obra por el valor caucionado establecido en dicho Contrato Principal, pagando la

prima correspondiente al fiador".

5. *En la cláusula 5ta. del Condicionado General, se modifica el texto totalmente como sigue:*

   "Toda modificación al Contrato Principal debe sujetarse a lo establecido en el mismo y en estricta aplicación del artículo 89 del D.S. 0181, de 28 de junio de 2009, de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios y siempre que toda modificación no afecte la esencia del Contrato principal y se encuentre destinada al cumplimiento del objeto de la contratación.

   La novación del contrato principal extingue la fianza, dejando sin efecto la garantía otorgada bajo esta póliza, sin derecho a devolución de la prima pagada. Este acápite omite una parte importante del artículo 909 del Código de Comercio que establece que: "La novación de la obligación principal, ***sin consentimiento del fiador****, extingue la fianza y de la misma manera que en el punto N° 2 contradice el artículo 1024 del Código de Comercio, por idénticos argumentos ya esgrimidos.*

6. *Se evidencia la eliminación de la Cláusula 8 "Otras Cauciones" reemplazándose con la de la "Prohibición de Ceder" con el siguiente texto:*

   "Queda expresamente prohibido ceder o transferir los derechos de esta póliza y es nula toda cláusula o acuerdo que así lo disponga, salvo autorización expresa y formal del fiador"

7. *Se modifica el primer párrafo de la cláusula de ejecución de la garantía 10 del Condicionado General, con el siguiente texto:*

   "Los aspectos relativos a la solicitud de ejecución por parte del Beneficiario, que den lugar a la ejecución de la póliza y al pago del valor caucionado, quedan sujeto (sic) *a lo establecido en el contrato principal y a lo establecido en la cláusula de ejecución a primer requerimiento para la Administradora Boliviana de Carreteras -Contrato ABC N° 502/10 GTC-OBR-VEN, adjunta a la presente póliza, que forma parte integrante e indivisible de la misma y cuyo texto prevalece sobre lo dispuesto en contrario en las Condiciones Generales".*

8. *Se elimina la cláusula 10 "Vigencia, Renovación y Prórroga"*

9. *Se modifica a partir del segundo párrafo, la Cláusula de Ejecución a Primer*

Requerimiento para Entidades Públicas, con el siguiente texto:

"En este sentido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de declarado y notificado el incumplimiento, de acuerdo a lo establecido en el contrato principal, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento, emitida y firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la Administración Boliviana de Carreteras y según lo establezca el Procedimiento Contractual establecido en el Contrato Principal. Este párrafo excluye que la nota de declaración de incumplimiento puede estar también emitida y firmada de manera alternativa por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC)…"

Consta que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** conoció de estas observaciones, no sólo por su propio reconocimiento -conforme lo arriba mencionado- sino fundamentalmente por habérsele notificado en fecha 7 de julio de 2011, con la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 en la que son expuestas en detalle, sin que conste que en la oportunidad de la interposición del presente Recurso Jerárquico (fojas 103 a 111) hubiera ejercido su derecho a la impugnación sobre las observaciones en concreto, toda vez que el recurso de referencia se limita más bien a las cuestiones adjetivas que se relacionan en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, resultando que la ahora recurrente ha tenido la oportunidad procesal de impugnar las observaciones realizadas por el Ente Regulador, entonces en momento alguno se le ha infringido su derecho al debido proceso como mal señala, más por el contrario, constando haber conocido de las observaciones, no ha ejercido su derecho de impugnación concretamente contra las mismas, sino contra otros aspectos.

Lo anterior no importa que la relación inoportuna de las modificaciones y contradicciones que hubo establecido el Ente Regulador en el texto de la póliza contratada con la Administradora Boliviana de Carreteras, determina que a tiempo de la Resolución Administrativa PS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011, se ha transgredido lo establecido por la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), cuando señala:

"…Artículo 16.- (Derechos de las Personas). En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos:

a) A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente (…)

h) ***A obtener respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen****;*…" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal extremo es coincidente con lo determinado por el artículo 24º de la Constitución Política del Estado, el que a la letra señala:

"…***Artículo 24***

Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y ***a la obtención de respuesta formal*** *y pronta*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Además, debe tenerse presente que cuando el artículo 3º, inciso c), de la Resolución Administrativa IS/No. 70 de 23 de abril, establece la alternativa de rechazo al registro de la póliza, refiere que **opera mediante una Resolución Administrativa**; entonces resultaba imprescindible la fundamentación ahora extrañada, por cuanto así lo exige el artículo 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, empero porque fundamentalmente, el justificativo de la decisión hace al derecho al debido proceso, siendo pertinente citar lo mencionado en el artículo 4º, inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo ("*La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso*"), tiene relación con lo mencionado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010:

"…*a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas;* ***derecho a la congruencia entre acusación y condena****; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba;* ***derecho a la motivación y congruencia de las decisiones*** *(SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);…* (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

(…)

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

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positividades en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso…"

En definitiva, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011, no consta en qué consiste la sugerida modificación al texto aprobado de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas (registrado bajo el código 101-922621-2007 11254), que se habría producido en la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas - Proyecto de Construcción de la Carretera Llallagua - Ravelo Tramo III: Llallagua - Chacapuco, presentada para su registro en fecha 14 de marzo de 2011 mediante nota PRES/VLFTRC/196/03/11.

Sin embargo, el extremo va a constar posteriormente, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 de 4 de julio de 2011, la que fuera notificada a la ahora recurrente en fecha 7 de julio de 2011, y si bien contra la misma se ha interpuesto el recurso que se conoce al presente, empero tal recurso se limita a los extremos adjetivos que se dilucidan ahora, no existiendo pronunciamiento, entonces impugnación, contra las observaciones en concreto realizadas por el Ente Regulador, pese a que en todo caso sí ha tenido la oportunidad de hacerlo, por tanto, se concluye en que no ha existido inobservancia al debido proceso administrativo.

2.4. La autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual.-

En otro apartado de su Recurso, la recurrente señala:

"…*Sin desconocer la competencia que tiene la APS para registrar los productos de seguros, como corresponde, no se debe perder de vista el derecho que tenemos las compañías aseguradoras legalmente establecidas y debidamente autorizadas, para la comercialización de las mismas, dentro*

de la libre oferta y demanda, y tomando en cuenta la libertad contractual reconocida y plasmada en nuestro ordenamiento jurídico…"

Corresponde aclarar que la figura de la autonomía de la voluntad, propia del Código Civil francés clásico (llamado también Napoleónico), ha evolucionado a otra, la de la libertad contractual así contemplada en el artículo 454° del actual Código Civil boliviano (de inspiración totalmente distinta dada su fuente italiana del siglo XX), norma esta última que señala:

"…*Art. 454.- (LIBERTAD CONTRACTUAL: **SUS LIMITACIONES**).*

I. Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y acordar contratos diferentes de los comprendidos en este Código.

*II. **La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Del mismo, se arriba a las siguientes conclusiones:

- El instituto de la libertad contractual -como bien reconoce la recurrente- corresponde a la órbita del derecho privado, en materia civil, empero también a la materia comercial, conforme lo señalan los artículos 786° (sobre la aplicación del principio del Código Civil) y 809° (*Libertad de contratar*) del Código de Comercio, mención pertinente si se tiene en cuenta la calidad por la que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** contrató la otorgación de una póliza a favor de la Administradora Boliviana de Carreteras (póliza cuyo registro rechazado da origen al presente proceso) en función a lo dispuesto por el artículo 6°, numeral 9, también del Código de Comercio: "*Son actos y operaciones de comercio, entre otros: … 9) La actividad empresarial de entidades de seguros a prima o mutuos, sobre daños patrimoniales y personas*".

  No obstante, la controversia presente se origina en haberse presentado para su registro, una póliza a ser contratada con una Entidad Pública como lo es la Administradora Boliviana de Carreteras, de manera tal que corresponde aplicar el criterio impartido por el artículo 47° (parte pertinente) de la Ley N° 1178 de 20 de julio de 1990 (de Administración y Control Gubernamentales):

  > "…*Artículo 47.* (…) ***Son contratos administrativos*** *aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y*

servicios y otros de similar naturaleza…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009 (Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios) establece:

"…*ARTÍCULO 5.- (DEFINICIONES).* (…)

> *j)* ***Contrato****:* ***Instrumento legal de naturaleza administrativa que regula la relación contractual entre la entidad contratante y el proveedor o contratista****, estableciendo derechos, obligaciones y condiciones para la provisión de bienes, construcción de obras, prestación de servicios generales o servicios de consultoría;*
>
> (…)
>
> *ARTÍCULO 85.- (NATURALEZA).* ***Los contratos que suscriben las entidades públicas para la provisión de bienes y servicios, son de naturaleza administrativa***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La independencia de la materia administrativa -no así de cualquier otra- al caso de autos, es patente cuando se evidencia que la obligación de "aprobar el texto único, uniforme y de pago al contado de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas" y la prohibición a las entidades aseguradoras "*de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes*", salen de una norma administrativa como lo es la Resolución Administrativa IS/No.- 731 de 11 de septiembre de 2001 (en sus artículos 5º y 8º, respectivamente) pronunciada por quien tenía total competencia para ello, la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en atención al artículo 12º, indico f) de la Ley de Seguros N° 1883, la Resolución Administrativa IS 070/99 de 23 de abril de 999 y el artículo 12º, inciso e) del Decreto Supremo No. 25317 de 1° de marzo de 1999.

En atención al Principio de compromiso e interés social instituido por el artículo 232º de la Constitución Política del Estado, y que es definido por el Diccionario Jurídico Espasa como un "*concepto jurídico que fundamenta y justifica la actuación de la administración pública*", la intervención del Estado en la vida social debe estar motivada y dirigida hacia el bienestar del colectivo, lo que importa el precepto de Derecho, de que cuando de

la aplicación de una ley expedida en interés social, resultaren los derechos de los particulares en conflicto con el interés social, el interés privado debe ceder al interés público o social, determinando ello -además del extremo que se señala en el párrafo siguiente- no sea atendible la invocación de los principios individualistas y liberales de la autonomía de la voluntad privada, o más propiamente de la libertad contractual, propia del derecho privado.

- Aún no fuera así, "*la libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica*", de manera tal que cuando el artículo 8º de la Resolución Administrativa IS/No 731 de 11 de septiembre de 2007 (en relación al artículo 12º, inciso f), de la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998), establece que "*las entidades aseguradoras quedan prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes*", ha impuesto -precisamente- uno de aquellos límites referidos y que por tanto, confirman el carácter inatendible al caso, de la libertad contractual.

2.5. Del silencio administrativo.-

Por último, la recurrente ha acusado también que:

> "…*en fecha 18 de mayo del 2011, es decir 26 días hábiles de haberse presentado la solicitud de registro, se notifica a La Boliviana con la RA 014 - 2011 en la cual se emite el pronunciamiento RECHAZANDO EL REGISTRO, cuando en realidad ya habían transcurrido más de los 10 días hábiles administrativos dispuestos por la norma, que lógicamente hicieron operar el silencio administrativo y por ende dieron lugar a la aplicación del último párrafo del Artículo 3 de la RA IS 70 (ANEXO 4)* …"

Tal alegato se refiere a que dentro del trámite que hace al procedimiento de registro previsto por el artículo 3º de la Resolución Administrativa IS/No. 070 de 23 de abril de 1999, se ha determinado que:

> "…*Si la Superintendencia no se pronunciare en los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de la documentación, su silencio administrativo determinará la aceptación y registro de los mencionados documentos, debiendo proceder a la emisión de la Resolución respectiva*…"

Al presente análisis, se impone la siguiente relación cronológica de actuaciones:

- En fecha 2 de marzo de 2011 y mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 258/2011 (publicada el 3 de marzo de 2011), la Autoridad de Supervisión del

Sistema Financiero -en ese entonces Ente Regulador competente en la materia de seguros-, dispuso la **suspensión de los plazos** ordinarios y extraordinarios para los procesos y trámites presentados por los regulados y público en general del mercado de seguros.

- En fecha 14 de marzo de 2011 (entonces **cuando los plazos estaban suspendidos**) y mediante nota PRES/VLFTRC/196/03/11 cursante a fojas 11, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** solicita el registro de la póliza suscrita con la Administradora Boliviana de Carreteras.

- En fecha 8 de abril de 2011, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 001-2011 (**publicada el 10 de abril de 2011**), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispuso **levantar la suspensión de los plazos** ordinarios y extraordinarios determinados mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 258/2011 de 2 de marzo de 2011.

- En fecha **25 de abril de 2011 -10 días hábiles administrativos después de la publicación del levantamiento de plazos** mediante nota APS/DS/228/2011 (fojas 21), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hace de conocimiento de la ahora recurrente, la nota PRES/VLFTRC/196/03/11.

  No obstante, ese no es el pronunciamiento que exige la norma, por cuanto presentada la solicitud de fojas 11, lo que al tenor del artículo 3, último párrafo, de la Resolución Administrativa IS/No. 07 de 23 de abril de 1999 correspondía, era el pronunciamiento de una Resolución Administrativa debidamente fundada, por la que se disponga el registro de la póliza o su rechazo, y en el caso de autos no ha sucedido nada de ello, al haberse emitido nota y en la cual no existe un pronunciamiento claro y concreto con respecto a lo solicitado, sea a favor o en contra de lo solicitado por la aseguradora.

  Es después, a los 23 días hábiles administrativos desde la publicación de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 001-2011, cuando recién el Ente Regulador pronuncia la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 014-2011 de 13 de mayo de 2011, de "Rechazo al Registro de la Póliza".

  En tal sentido, resulta que si bien el Ente Regulador se ha pronunciado a la nota PRES/VLFTRC/196/03/11 a los 5 (cinco) días hábiles, ha resuelto conforme le correspondía recién a los 23 (veintitrés) días hábiles, no así dentro de los 10 (diez) días hábiles establecidos por el mencionado artículo 3° de la Resolución Administrativa IS/No. 070, por lo que en definitiva pudo

haber operado el silencio administrativo positivo.

Es menester traer a colación, lo determinado por el artículo 17º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, al referirse al silencio administrativo positivo, señala:

> "…*Artículo 17.- (Obligación de Resolver y Silencio Administrativo) (…)*
>
> *V. El silencio de la administración será considerado como una decisión positiva, exclusivamente en aquellos trámites expresamente previstos en disposiciones reglamentarias especiales,* ***debiendo el interesado actuar conforme se establezca en estas disposiciones***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ante ello y dado el carácter de disposición reglamentaria especial que importa la Resolución Administrativa IS/No. 070 de 23 de abril de 1999 *(Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas adicionales)*, es pertinente remitirse a su artículo 3º, último párrafo, que establece que en caso de operar el silencio administrativo por omisión de resolución dentro del plazo normativo, "*determinará la aceptación y registro de los mencionados documentos, debiendo proceder a la emisión de la Resolución respectiva*".

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., se encontraba permitida para tramitar y exigir la Resolución de Registro, sin que al Ente Regulador le quede otra alternativa legal que extenderla; no obstante y contrariamente a ello, el recurrente esperó hasta fecha 26 de abril de 2011, cuando recibió la nota APS/DS/228/2011, y lejos de impulsar la actividad que correspondía por imperio del artículo 3º de la Resolución Administrativa IS/No. 070 de 23 de abril de 1999, hizo presente a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la nota PRES.328.04.2011 de 29 de abril de 2011, por la que solicita la consignación del contenido de la mencionada nota APS/DS/228/2011, importando de esa manera haber regularizado el procedimiento administrativo, por cuanto y conforme al artículo 36º (*Anulabilidad del Acto*) de la Ley Nº 2341:

> "…*III. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo…*"

En el caso de autos y conforme a la exposición de Morón Urbina en El plazo administrativo, los plazos administrativos simples "***son aquellos plazos que aún vencidos permiten la realización de la actuación procesal a que estaban referidos***, *pero su incumplimiento acarrea para el ejecutor tardío la responsabilidad*

consiguiente" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) y cita como ejemplos de los mismos *al plazo para la emisión de la decisión constitutiva de la Administración y al plazo para notificar resoluciones.*

Consiguientemente y dada esa naturaleza en la actuación morosa del Ente Regulador, las actuaciones sucesivas y posteriores producidas dentro del proceso administrativo hasta el estado actual, no determinan la concurrencia de anulabilidad alguna que deba ser considerada a los efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

Corresponde la conclusión de que en el caso de autos no ha operado el silencio administrativo positivo, en el sentido de haberse pronunciado oportunamente la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (dentro de los diez días a los que se refiere el último párrafo del artículo 3º de la Resolución Administrativa IS/No. 070) a la solicitud de registro de la póliza contratada con la Administradora Boliviana de Carreteras, empero aunque así hubiera sido, tal silencio administrativo positivo estaría extinguido al haber dado el recurrente lugar a lo mismo, cuando ha solicitado (contrariamente a lo que le hubiera correspondido) la consignación de la nota APS/DS/228/2011, cual si no hubiera existido demora, determinando la prosecución del proceso administrativo presente.

CONSIDERANDO:

No obstante la concurrencia de observaciones al proceso desarrolladas ut supra, se debe tener presente que las mismas no atacan el hecho principal y central de que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A**. está prohibida "*de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes, no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados en la presente resolución*" conforme señala el artículo 8º de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2001.

Este extremo es determinante en la decisión final del presente fallo, por cuanto corresponde su consideración al tenor y amparo de los literales d) (*Principio de verdad material*), y k) (*Principio de economía, simplicidad y celeridad*) del artículo 4º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo que, respectivamente, establecen que "*la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil*" y que "*Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y*

celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias".

Por consiguiente y dado que la verdad material que se conoce que es la propia administrada ahora recurrente, la que ha consentido en las actuaciones del Ente Administrador, al haber dado curso a los trámites consiguientes que esas actuaciones determinaban, sin lugar a mayor observación de su parte, conforme lo relacionado y consta en obrados, hace que se deba confirmar la Resolución Administrativa recurrida.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN TOTAL de la Resolución recurrida, con alcance total cuando la ratifique en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 137-2011 de 4 de julio de 2011 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 014-2011 de 13 de mayo de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/Nº 125-2011 DE 30 DE JUNIO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 062/2011 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 062/2011

La Paz, 23 de noviembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 125-2011 de fecha 30 de junio de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 134/2011 de fecha 28 de octubre de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 21 de julio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, conforme lo acredita el Testimonio de Poder N° 563/2001 de

fecha 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 125-2011 de fecha 30 de junio de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante nota APS/DJ/2086/2011 con fecha de recepción 29 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 125-2011 de fecha 30 de junio de 2011, que confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010; recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 29 de julio de 2011, notificado en fecha 3 de agosto de 2011.

Por el mismo Auto de Admisión y a solicitud expresa de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** conforme sale en el otrosí del mismo memorial de interposición del Recurso Jerárquico, se fijó día y hora de audiencia de exposición oral de fundamentos, para el día lunes 22 de agosto de 2011; no obstante, se levanta acta de no comparecencia de representante alguno por parte de la recurrente.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 DE 1º DE MARZO DE 2011.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 de 1º de marzo de 2011, se resolvió lo siguiente:

> "…***ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010* ***inclusive****, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…*"

2. ANTECEDENTES.-

Que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió:

> *"…**TERCERO.- I.** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo Nº 3,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al artículo 27 de la Ley Nº 1732 de*

29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 de! Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997.

***II.** Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá realizar las gestiones pertinentes en el Proceso Ejecutivo Social, para precautelar los intereses de los Afiliados conforme a normativa vigente.*

En caso de efectivizarse el cobro de honorarios profesionales con antelación a lo dispuesto por normativa vigente de pensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones deberá reponer el monto correspondiente con recursos propios.

***CUARTO.- I.** Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito…"*

Por memorial de fecha 9 de septiembre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010.

El Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES** ha de merecer la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 238-2010 de 7 de octubre de 2010, por la que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resuelve:

"…*Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de 28 de julio de 2010 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, al no haber cumplido con las obligaciones instruidas en la Resolución Administrativa recurrida*…"

A su turno, recurrida la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 238-2010 de 7 de octubre de 2010 y corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 de 1° de marzo de 2011, cuyos fundamentos más importantes esgrimidos son:

"…***PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES.-***

(…) *corresponde remitirse al precedente determinado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, que establece que:*

"…la prescripción de la acción administrativa sancionatoria ***quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio****, y no así con la notificación de cargos que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora…" (el subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

(…) *De lo anterior, resulta que el cargo Nº 1 se acomoda al requerimiento del término del artículo 79º de la Ley Nº 2341, por tanto se debe considerar su prescripción, no así con respecto a los cargos 2 y 3, los que no se acomodan al mismo requerimiento legal.*

Entonces, si por ejecutoria del fallo judicial ha cesado la posibilidad de impugnar la concurrencia de la infracción, también ha cesado la infracción, por tanto, no es atendible aquello de que la infracción sería permanente para el caso de autos, confirmando en definitiva la efectiva prescripción de las infracciones que corresponden al cargo Nº 1.

1.2.- INOBSERVANCIA AL ARTÍCULO 47º DEL REGLAMENTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA.-

(…) *Que, los argumentos acerca de la imposibilidad al cumplimiento del artículo 47º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera que salen en el memorial de interposición del Recurso Jerárquico, tomando en cuenta la trascendencia de los mismos en el Proceso Ejecutivo Social, debieron obligar a la Entidad Fiscalizadora a su análisis, antes que a la privación del derecho a la defensa y que determinó la improcedencia del Recurso de Revocatoria.*

Que, la Autoridad Fiscalizadora, debe velar en todo momento que el desarrollo del proceso administrativo, cumpla con el debido proceso.

1.3.- EXISTENCIA DE NEGLIGENCIA EN LAS ACTUACIONES DE LA RECURRENTE.-

(…) *Que, contrariamente, en el memorial del Recurso Jerárquico la recurrente abunda en sus argumentos sobre los tres cargos impuestos, siempre referidos a que los errores e inobservancias ocurridas y que han dado lugar al presente proceso, no*

habrían producido perjuicios a ninguna de las partes o perjudicado o retrasado el proceso, de ningún modo y menos aun haber logrado nulidad de obrados o perjuicio en el desarrollo de su tramitación.

(…) *Que, entonces corresponde -como ha sucedido- sea la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones la que fije el monto de las sanciones, sujetando al alcance de las normas precitadas, de donde resulta que, para cada uno de los tres cargos, la cuantía de la multa pecuniaria pudo establecerse en un monto de hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses.*

1.4.- ANÁLISIS DE LOS CARGOS IMPUESTOS.-

(…) ***1.4.1.- Con respecto al cargo 1: mención errónea de un apellido materno en memoriales presentados ante la autoridad jurisdiccional.-***

…la mención errónea del apellido materno del representante legal de la empresa ejecutada, sí resulta en un tema trascendente, máxime cuando tal extremo fue reclamado por el interesado -que para el caso y en virtud del mencionado artículo 56° del Código de Procedimiento Civil, resulta ser la propia empresa Lloyd Aéreo Boliviano S.A.- conforme consta del memorial presentado al señor Juez Segundo del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de Cochabamba en fecha 29 de mayo de 2006.

(…)

Al respecto, no corresponde en la presente Resolución Ministerial Jerárquica evaluar el tratamiento, la sustanciación y la resolución que la autoridad jurisdiccional ha hecho de tal reclamo; empero debe quedar claro que, si el hecho pudo haber determinado o no un perjuicio en contra los intereses que representa la recurrente, no ha dependido de la actividad de la misma dentro del proceso judicial, sino de la pertinencia o impertinencia de determinadas acciones u omisiones con las que la empresa Lloyd Aéreo Boliviano S.A. se ha comportado, por lo que en definitiva, es posible que la mención errónea del apellido materno, pudo conllevar un efecto negativo en la recuperación de los adeudos.

1.4.2.- Con respecto al cargo 2: solicitud reiterada de ejecutoria de un auto dentro del proceso judicial.-

(…) *como señala la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones en su Resolución Administrativa AP/DJ/N° 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, "…el ente regulador puede efectuar las revisiones pertinentes al trabajo llevado a cabo por las AFP en la tramitación de dichos procesos, enmarcándose a verificar que no exista negligencia o inoperancia por parte de la AFP,* ***que conlleve un efecto negativo en la recuperación de los recursos****…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución ministerial Jerárquica).*

De donde resulta que, no obstante el descuido de la ejecutante al solicitar en dos oportunidades distintas la ejecutoria de un mismo fallo, ello no va a determinar un efecto negativo en la recuperación de los recursos; por consiguiente y teniendo en cuenta que lo mismo ha ameritado ya la llamada de atención por parte de la autoridad competente para conocer de lo mismo (el juez), esta instancia administrativa no encuentra fundamentos legales que respalden la imposición de una sanción pecuniaria.

1.4.3.- Con respecto al cargo 3: solicitud de regulación de honorarios profesionales con inobservancia al orden de prelación, en perjuicio a las contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.-

(…)- Es incongruente pretender oponerse a una propia solicitud: la solicitud de regulación de honorarios no ha sido elevada por el abogado de Futuro de Bolivia S.A. AFP o por la empresa ejecutada, sino por la propia entidad ejecutante. Pudo aducirse error, empero ello debió de haber sucedido oportunamente ante la autoridad judicial; del carácter irregular de su solicitud, Futuro de Bolivia S.A. AFP cayó en cuenta solo cuando la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones le inició el proceso sancionatorio.

- Es evidente que solicitar la regulación de honorarios no es lo mismo que exigir inmediatamente el pago resultante de lo mismo; empero cuando en fecha 16 de junio de 2001, el señor Juez Segundo del Trabajo y la Seguridad Social de Cochabamba atiende favorablemente la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP, de manera tal que "regula los honorarios del abogado en la suma de Bs. 349.487,23", pero para ello, antes "conmina al ejecutado a pagar en tercer día de su notificación legal", disposición que es notificada a ambas partes -ejecutante y ejecutado- en fecha 19 de junio de 2001, no consta que alguna de ellas hubiera impugnado tal determinación. Por tanto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no solamente ha solicitado la regulación de honorarios sino que también ha dado curso a la consiguiente exigibilidad de su pago.

- Futuro de Bolivia S.A. AFP pretende que tal determinación sea notificada a su Gerente General, tal cual fuera demanda nueva, para recién interponer los recursos que la ley le franquee; sin embargo, pasa por alto el que la conminatoria no ha sido dirigida contra ella, sino -como corresponde- contra la empresa ejecutada, por tanto, de resultar una demanda nueva tal cual la recurrente sugiere, sería una contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A. y sería a esta empresa a la que le correspondería oponerse, no así a Futuro de Bolivia S.A., quien de acuerdo a la lógica de la demanda nueva, resulta ser la demandante y, consiguientemente, no le corresponde interponer recurso alguno contra sí misma.

- Sin embargo de ello y contrariamente a lo expresado por Futuro de Bolivia S.A., no existe disposición en el Código de Procedimiento Civil que establezca que la regulación judicial de honorarios tenga la calidad de demanda nueva, como para pretender sea notificada (debiera decir citada, al tenor del artículo 119º del Código

de Procedimiento Civil) a su Gerente Legal, en lugar de a su apoderado dentro del juicio, resultando sugerente que no obstante tal afirmación, la recurrente no mencione algún artículo en concreto que establezca el extremo; más al contrario, es esclarecedor lo determinado por los artículos 199º y 200º del Código de procedimiento civil (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica):

> *"Artículo 199.- (Alcance de las Costas).*
>
> *II. Asimismo, comprenderán el honorario de abogado…*
>
> *Artículo 200.- (Tasación).*
>
> *II.* ***Notificadas*** *las partes con la tasación, podrán reclamar de ella en el plazo de veinticuatro horas…"*

El mismo Código, en sus artículos 119º y 133º, ya ha establecido la diferencia entre "citación" y "notificación", correspondiendo lo primero a una demanda nueva (en la persona del representante legal de la entidad correspondiente), mientras que actuaciones como la regulación de honorarios son simplemente notificadas, y en ese caso concreto, activándose el trámite propio (el reclamo dentro de apenas veinticuatro horas) que lo hacen totalmente distinto del que correspondería en caso de resultar una demanda nueva.

1.5.- TIPIFICACIÓN DE LOS CARGOS.-

(…) Que, en consecuencia, los cargos establecidos en la Nota AP/DJ/1590/2010 de fecha 7 de junio de 2010, no requieren estar expresamente establecidos en las leyes que regulan el accionar de las entidades reguladas, por cuanto las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes establecidos por la Ley respecto de sus afiliados, como cobrar las cotizaciones y primas devengadas conforme lo establecido en el artículo 31º, inciso d), de la Ley Nº 1732, actividad de cobranza que bien debe ser en la vía jurisdiccional cuando en la voluntaria no ha sido logrado el pago.

Que, en cumplimiento de esos deberes, su actuar en el ámbito administrativo o judicial debe reflejar un determinado grado de cuidado, diligencia y responsabilidad, así previsto en el artículo 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento de la Ley de Pensiones), el que establece:

> *"…ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).*
>
> *…la AFP deberá conducir y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia…"*

Lo que determina que la AFP se halla permanentemente sujeta, en todas sus

actividades, a un comportamiento por entero prudente y diligente.

Que, a este efecto, la AFP debió observar también la previsión del artículo 30º, inciso a), de la Ley Nº 1732 (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica):

> *"…ARTÍCULO 30º OBJETO SOCIAL ÚNICO. La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá tener objeto social único consistente en:*
>
> *a) Administrar y* ***representar*** *los fondos de pensiones…"*

Representación que, desde luego, debe sujetarse al mismo modelo de conducta dispuesto por la norma: "con el cuidado exigible a un buen padre de familia."
(…)

Que, en lo que hace a la aplicación del principio jurídico non bis in idem en relación a que ante la falta de tipificación específica sobre las infracciones cometidas, el ente regulador habría sancionado tres veces una misma conducta, dejar constancia que la recurrente no señala cuál sería esa común conducta y únicamente refiere que "al ser objeto de cargos y sanciones la revisión del proceso Ejecutivo Social seguido por la AFP contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A. se debe entender que la revisión es integral", extremo subjetivo no amparado en norma alguna, ante el cual corresponde remitirse a la nota AP/DJ/1590/2010 de fecha 7 de junio de 2010, cursante de fojas 48ª a 50ª del expediente, de donde resulta que los cargos impuestos corresponden a infracciones distintas y estas a su vez, a conductas concretas y diversas la una de las otras…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/Nº 125-2011 DE 30 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 125-2010 de 30 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 de 28 de julio de 2010, con los siguientes fundamentos (parte pertinente):

> "…***CONSIDERANDO:***
>
> (…) ***Al Punto 3. CON RELACION AL CARGO 3***
>
> *La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado con cargos al evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP al evidenciar que* (sic) *Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante memorial de fecha 20 de agosto de 2007 solicitó la regulación de honorarios profesionales, que fue atendida por la Autoridad Jurisdiccional determinando la suma de Bs2.753.037,92 (DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TREINTA Y SIETE 92/100 BOLIVIANOS), sin prever la AFP los efectos de la solicitud y su pronunciamiento jurisdiccional, este último haciendo exigible la obligación de pago por honorarios profesionales poniendo de esta manera en riesgo*

la recuperación de los adeudos al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, así como el de velar y cumplir con la prelación de pagos y el orden de su acreditación que establece la normativa de pensiones.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en sus argumentos recursivos señala: "En el caso de autos no puede afirmarse que existe perjuicio, debido a que el auto de regulación de honorarios no ha sido debidamente notificado...". Al respecto, corresponde señalar que el memorial de solicitud de regulación de honorarios profesionales de fecha 20 de agosto de 2007 firmado por el Gerente Regional de la AFP, era por la suma de Bs2.753.037,92 (DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TREINTA Y SIETE 92/100 BOLIVIANOS), sin prever los efectos de la solicitud, la cual hace exigible la obligación de pago por honorarios profesionales, colocando en riesgo la recuperación de los adeudos al SSO.

La solicitud de la AFP de regulación de honorarios profesionales, de acuerdo a los antecedentes, fue atendida por la Autoridad Jurisdiccional por Decreto de 05 de septiembre de 2007 (y no así Auto como lo infiere la AFP), dicha providencia señala lo siguiente:

> *"A lo principal.- **En ejecución** de sentencia, **se regula** el honorario de abogado en la suma de Bs.- 2.753.037,92/100 (DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TREINTA Y SIETE, 92/100 BOLIVIANOS) correspondientes al 15 % del monto total adeudado.- Al Otrosí.- **Notifique la Oficial** de Diligencias.-"*

De la transcripción anterior se concluye que, la AFP instruyó además de regular los honorarios profesionales, la notificación a las partes; siendo dicho acto procesal cumplido a través de la Diligencia de fojas 554 de obrados, donde Futuro de Bolivia S.A. AFP fue legalmente notificada, en el domicilio procesal señalado, con el Decreto de 05 de septiembre de 2007 que regula honorarios. Por tanto, cuando la AFP indica que no fue notificado con el "Auto de regulación de honorarios", la aseveración resulta ser contradictoria a los actuados que cursan en el expediente procesal, debido a que la diligencia ya fue cumplida, viabilizando de cierta manera los derechos del patrocinante, más aún si no hubo recurso alguno contra dicha determinación por parte del regulado.

Dando continuidad al análisis del párrafo anterior, la AFP continúa demostrando falta de diligencia y cuidado en el PES, cuando esta indica que, una vez que la notificación sea practicada, asumirían defensa; siendo que al presente la diligencia que espera el regulado sea notificada, fue realizada el 11 de septiembre de 2007; y que al presente, el pronunciamiento sobre regulación de honorarios profesionales no ha sido objeto de observación alguna de la AFP, contradictoriamente a lo argüido en su impugnación.

En otra parte del análisis, la AFP no ha podido desvirtuar por ningún argumento o medio probatorio suficiente, que enerve o contradiga el fundamento de que el Gerente Regional de la AFP hubiera firmado la solicitud ante el Juez de la causa, para

la regulación de honorarios profesionales, deduciéndose de esta manera que el mismo tenía conocimiento y asentido el tenor de dicho memorial, por lo tanto, este extremo queda firme al ser una realidad jurídica plasmada con la existencia objetiva del memorial cursante a fojas 553 y 553 vuelta.

Así también lo refrenda la RMJ 007/2011, cuando señala que:

> *"... la solicitud de regulación de honorarios no ha sido elevada por el abogado de Futuro de Bolivia S.A. AFP o por la empresa ejecutada, sino por la propia entidad ejecutante; del carácter irregular de su solicitud, Futuro de Bolivia S.A. AFP cayó en cuenta sólo cuando la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones le inició el proceso sancionatorio".*

La AFP indica que la solicitud de regulación de honorarios profesionales, en ningún momento se constituye en una exigencia inmediata; interpretación alejada de la realidad jurídica debido a que la acreencia (regulación de honorarios) a favor del profesional, determinada por autoridad competente, puede hacerse efectiva inclusive desde que la misma fue formalmente calificada y no haya merecido impugnación alguna tal determinación, en el mismo proceso u otro.

Condice con lo señalado anteriormente lo referido por la RMJ 007/2011, la cual indica que: "...no consta que alguna de ellas hubiera impugnado tal determinación. Por tanto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no solamente ha solicitado la regulación de honorarios sino que también ha dado curso a la consiguiente exigibilidad de su pago."

Asimismo, se aclara al regulado que no es coherente decir que la demanda debe ser notificada al Gerente General de la AFP quien actúa como parte demandante en el PES y no como demandado, para poder ser citado con la demanda, como ilógicamente entiende el regulado. Lo expuesto anteriormente, solo viene a demostrar la falta de conocimiento y aplicación pertinente de la norma aplicable a los PES y la ausencia de cuidado exigible con el que se viene desenvolviendo el regulado.

La AFP también señala que aplicó el CPC, para solicitar la regulación de honorarios, con el fin de que el Juez determine el monto de los honorarios; sin embargo el regulado con esta acción no ha previsto como un buen padre de familia los efectos de la solicitud y el pronunciamiento jurisdiccional, el cual hace exigible la obligación de pago por honorarios profesionales para el Abogado patrocinante, lo que impediría inclusive que pueda incorporarse el monto liquidado por honorarios profesionales a la liquidación final para el SSO, como entiende el regulado.

Si bien al presente el hecho sancionado no ha generado daño, sin embargo el mismo se considera de riesgo, por lo que ante esta situación el regulador ha adoptado mediante la disposición Tercera que Futuro de Bolivia S.A. AFP realice oportunamente las gestiones pertinentes en el PES, para precautelar los intereses de los Afiliados

conforme a normativa vigente. En ese sentido, para la efectivizar las gestiones oportunas, el regulado cuenta con la normativa legal de pensiones y del PES, para dar estricto cumplimiento a lo instruido mediante la R.A. 165-2010.

Por lo expuesto, la AFP para el presente cargo no cuenta con elementos suficientes que permitan desvirtuar la infracción sancionada…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 21 de julio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 125-2011 de fecha 30 de junio de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II. DE LA SANCIÓN IMPUESTA.-***

Con relación al Cargo N° 3

Se nos sanciona con, "I. …con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (sic) *), por incumplimiento al artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997.*

II. Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá realizar las gestiones pertinentes en el Proceso Ejecutivo Social, para precautelar los intereses de los Afiliados conforme a normativa vigente.

En caso de efectivizarse el cobro de honorarios profesionales con antelación a lo dispuesto por normativa vigente de pensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones deberá reponer el monto correspondiente con recursos propios".

Dicha imposición sancionatoria se basa según lo expresado en los considerandos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 y de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/N° 125-2011, en la supuesta negligencia de nuestra AFP, al haberse solicitado la regulación de los honorarios profesionales del abogado que patrocina la causa; sin considerarse para ello que el artículo 15 de la Ley 025 de 24 de Junio de 2010 establece que:

> *"El Órgano Judicial sustenta sus actos y decisiones en la Constitución Política del Estado, Leyes y Reglamentos, respetando la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución. En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria. La ley especial será aplicada con preferencia a la ley general".*

En ese contexto es preciso aclarar que el artículo 11 del decreto (sic) *Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000 establece que el cobro de aportes al Seguro Social Obligatorio tiene prelación o acreencia privilegiada respecto a otro pago al señalar:*

"…En caso de pagos parciales, la AFP acreditará sin prorrateo las sumas cobradas en el siguiente orden de prelación:

a) Contribuciones al SSO

b) Intereses y recargos adeudados

c) Honorarios profesionales y gastos administrativos

d) Gastos judiciales..."

Marco normativo que en caso de darse en el caso de autos, será cumplido por nuestra Administradora, es decir, ante la existencia de pagos parciales.

Sin embargo como se señala en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 de 01 de marzo de 2011 "...Es evidente que solicitar la regulación de honorarios no es lo mismo que exigir inmediatamente el pago resultante de lo mismo...". Por lo que debe entenderse correctamente la regulación de honorarios establecida por el Juez Segundo del Trabajo y Seguridad Social de Cochabamba al ligarla o condicionarla a que de manera previa se ***"conmina al ejecutado a pagar en tercer día la suma de Bs..."*** *Es decir que fuera del marco establecido por el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, para pagos parciales, la regulación y pago de honorarios está directamente relacionada a la obligación de pago total de la deuda por parte del ejecutado.*

Asimismo es pertinente señalar que la regulación de honorarios puede ser solicitada por el ejecutante y/o el abogado patrocinante en cualquier instancia del proceso, lo que no significa perjuicio en su tramitación, sino más bien una acción orientada a precautelar una recuperación integral de los montos adeudados más los gastos administrativos, judiciales (sic)*; determinando además el importe que le correspondería al abogado patrocinante en derecho para el pago de sus Honorarios Profesionales, protegiendo también así los intereses del ejecutante dentro del proceso. Es importante resaltar, que en ningún momento se pretendió cobrar los honorarios previos a las contribuciones, como señala el memorial de solicitud que motivó la multa, este sólo correspondió a una "solicitud" de regulación y en ningún momento constituyó el pago en efectivo de este concepto, situación extraña ya que la Constitución Política del Estado prevé que todo trabajo realizado debe ser remunerado de acuerdo a lo establecido en el Art. 46 inc. III.*

Por último manifestar, que no se ha establecido ni fundamentado de manera alguna la infracción a lo dispuesto por el artículo 27 de Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones que a la letra señala: "La administración y el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del seguro social obligatorio de largo plazo y la administración de los beneficios de la capitalización son responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)". Aspecto sobre el cual no se ha manifestado la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros a tiempo de

desarrollar los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 de 01 de marzo de 2011.

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados (sic) *nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 125-2011 de fecha 30 de junio de 2011; que confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010…"*

5. INCOMPARECENCIA A LA AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

A tiempo del Auto de Admisión de fecha 29 de julio de 2011 y a solicitud expresa de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** conforme sale en el otrosí del mismo memorial de interposición del Recurso Jerárquico, se fijó día y hora de audiencia de exposición oral de fundamentos, para el día lunes 22 de agosto de 2011; no obstante, se levanta acta de no comparecencia de representante alguno por parte de la recurrente.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La generalidad de actuaciones del presente proceso administrativo sancionador, se refieren a la consideración de tres cargos (Nros. 1, 2 y 3) conforme sale en la nota AP/DJ/1590/2010 de 7 de junio de 2010; no obstante, a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 125-2011 de 30 de junio de 2011, se desestima la sanción por el Cargo Nº 1 y se sanciona a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** con amonestación no pecuniaria por el Cargo Nº 2.

Se infiere que tales extremos determinan que, a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico de fecha 21 de julio de 2011, el mismo se limita única y exclusivamente al Cargo Nº 3 (es decir, al único de los tres cargos que han significado la imposición de una sanción pecuniaria a la ahora recurrente) conforme se evidencia del memorial de fojas 175 y 176.

Entonces, en los términos del artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 que establece el que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, en la presente oportunidad de resolver el Recurso Jerárquico, resulta no existir fundamento alguno que refiera afectación, lesión o perjuicio que acuse la recurrente con referencia a los Cargos Nros. 1 y 2. La recurrente no ha manifestado ningún agravio contra los mismos por lo que esta instancia jerárquica considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta; en definitiva no existe impugnación alguna referida a los cargos Nº 1 y Nº 2.

Tal postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico; consiguientemente y en observancia al mencionado artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, determina que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración única del Cargo Nº 3 (conforme consta en los numerales infra siguientes), Cargo que según la nota AP/DJ/1590/2010 de 7 de junio de 2010, consiste en que:

> "…*mediante memorial de fecha 20 de agosto de 2007 solicitaron la regulación de honorarios profesionales,* (…) *sin prever la AFP los efectos de la solicitud y su pronunciamiento jurisdiccional, este último haciendo exigible la obligación de pago por honorarios profesionales poniendo de esta manera en riesgo la recuperación de los adeudos*…"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1 Exigibilidad de la obligación.-

A tiempo de su Recurso Jerárquico, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** alude a la expresión "*es evidente que solicitar la regulación de honorarios no es lo mismo que exigir inmediatamente el pago resultante de lo mismo*" que sale de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 de 01 de marzo de 2011, para concluir que "*debe entenderse correctamente la regulación de honorarios establecida por el Juez Segundo del Trabajo y Seguridad Social de Cochabamba al ligarla o condicionarla a que de manera previa se "conmina al ejecutado a pagar en tercer día la suma de Bs...*"

Corresponde contextualizar lo expresado en oportunidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011, de manera tal que se transcribe a continuación el párrafo pertinente, cursante a fojas 103 y 104 del expediente presente:

> "…*Es evidente que* ***solicitar la regulación de honorarios no es lo mismo que exigir inmediatamente el pago*** *resultante de lo mismo; empero cuando en fecha 16 de junio de 2001, el señor Juez Segundo del Trabajo y la Seguridad Social de Cochabamba atiende favorablemente la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP, de manera tal que "regula los honorarios del abogado en la suma de Bs. 349.487, 23", pero para ello, antes "****conmina*** ***al ejecutado*** ***a pagar*** ***en tercer día de su notificación legal****", disposición que es notificada a ambas partes -ejecutante y ejecutado- en fecha 19 de junio de 2001,* ***no consta que alguna de ellas hubiera impugnado tal determinación****.*

Por tanto, <u>Futuro de Bolivia S.A. AFP no solamente ha solicitado la regulación de honorarios sino que también ha dado curso a la consiguiente exigibilidad de su pago</u>…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, la recurrente ha hecho una lectura parcial, por ello imprecisa, de lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011, toda vez que esta no se limita a diferenciar la regulación de honorarios -**solicitada por la propia Administradora de Fondos de Pensiones**- del pago mismo del adeudo por honorarios profesionales resultante de tal regulación, sino que se remite al caso judicial en concreto, para determinar que **por efecto de la inactividad de las partes (la recurrente incluida) se otorgó exigibilidad plena a la misma**, cuando ante la falta de impugnación, la determinación judicial ganó la calidad de cosa juzgada.

En efecto y entendido el carácter exigible de los honorarios regulados como aquel que Cabanellas -en su Diccionario- ha referido como la "*Deuda vencida, si era a plazo*", la obligación ha sido constituida a favor del abogado de la ahora recurrente, a solicitud expresa de la misma, y para ello el juez de la causa sujetó su cumplimiento al plazo de tres días; entonces, no constando impugnación contra tal determinación (cuando el recurso le era facultado por el artículo 201° del Código de Procedimiento Civil que dice: "*Esta resolución podrá ser apelada*"), **entonces es al tercer día de no haberse producido actividad de impugnación alguna, que la misma se ha vuelto plenamente exigible**.

Si bien es cierto que la obligación no es inmediatamente exigible a la disposición judicial, es la inexistencia de impugnación contra la misma (como bien ha señalado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011) la que determina esa exigibilidad, por lo que lo manifestado por la recurrente es inatendible.

2.2. No intencionalidad de cobro por parte de la ahora recurrente.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES señala también que:

> "…*Es importante resaltar, que en ningún momento se pretendió cobrar los honorarios previos a las contribuciones, como señala el memorial de solicitud que motivó la multa, este sólo correspondió a una "solicitud" de regulación y en ningún momento constituyó el pago en efectivo de este concepto, situación extraña ya que la Constitución Política del Estado prevé que todo trabajo realizado debe ser remunerado de acuerdo a lo establecido en el Art. 46 inc. III***…**"

A este extremo y conforme ha quedado esclarecido en el numeral 2.1 supra, la obligación de pago de honorarios, impuesta a solicitud de la propia Administradora de Fondos de Pensiones, adquirió la calidad de exigible al tercer día de no haberse hecho efectiva por parte del ejecutado Lloyd Aéreo Boliviano, y ante la inexistencia de recurso de impugnación alguno interpuesto por cualquiera de las partes.

Por tanto, la sanción no le está impuesta únicamente por la solicitud que hubiera elevado a

la autoridad jurisdiccional, sino fundamentalmente por su inactividad ante los efectos contrarios a los intereses de los fondos a los que representa; el pago como orden judicial que es debe gozar de la celeridad que les inherente, y que como tal, se hallaba (en la oportunidad de los hechos dada la trascendencia del artículo 123° de la Constitución Política del Estado) prevista en el principio 13° del artículo 1° de la Ley N° 1455, de Organización Judicial: "*la justicia debe ser rápida y oportuna en la tramitación y resolución de las causas*".

No obstante, el cobro, por más orden judicial que lo ampare, no depende únicamente de una imposición judicial, sino también de una actividad voluntaria del beneficiario del pago, en este caso, **el abogado** de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** dado estarse hablando de una regulación de sus honorarios; lo señalado da a entender que en la lógica propia de la relación abogado-cliente, la recurrente tiene la seguridad para sí de que su abogado no hará efectivo el cobro, sin embargo, lejos de constar esa postergación del cobro de honorarios en la oportunidad debida, el propio memorial de solicitud de regulación de honorarios con firma del abogado que da fe de lo que dice su cliente y que en ningún momento refiere una postergación en el cobro, y las posteriores actuaciones -señaladas en el numeral 3 supra- determinan que la ahora sugerida intención de postergación no era compartida por su abogado; nada en el memorial correspondiente y en las ulteriores actuaciones refiere ello.

Nuevamente, es pertinente recordar que "*del carácter irregular de su solicitud, Futuro de Bolivia S.A. AFP cayó en cuenta solo cuando la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones le inició el proceso sancionatorio*" (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011); hasta antes de ello, la intención de cobro era subsistente como subsistente era la posibilidad procesal de hacerlo.

De ninguna manera los extremos señalados importan negar el derecho del abogado de la recurrente, a percibir la retribución a su trabajo conforme lo dispone el artículo 46°, parágrafo III de la Constitución Política del Estado, como mal sugiere la recurrente; al Órgano Ejecutivo le corresponde la potestad reglamentaria de tal derecho -entre otros- señalada por Bielsa (citado por Dermizaky en *Derecho Constitucional*) de la siguiente manera:

> "*…1°.- establecer un orden de disposiciones según preceptos o principios de la ley, en forma especial con referencia a la actividad administrativa, para la mejor aplicación de aquella; 2°., en precisar, aclarar e interpretar -a los fines de su mejor comprensión y aun vulgarización- el alcance de la ley, es decir, de sus principios más generales, y proveer por normas específicas a la ejecución de sus mandatos…*"

Entonces, al derecho constitucional a una retribución por el trabajo que le asiste al abogado de la recurrente, le es aplicable la disposición del artículo 11° del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, cuando establece que el cobro de aportes al Seguro Social Obligatorio queda sujeto al siguiente orden de pago:

> "*…En caso de pagos parciales, la AFP acreditará sin prorrateo las sumas cobradas en*

el siguiente ***orden de prelación****:*

a) Contribuciones al SSO

b) Intereses y recargos adeudados

c) Honorarios profesionales y gastos administrativos

d) Gastos judiciales..." (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En resumen, el firme, vigente y subsistente derecho a una retribución por el trabajo que le asiste al abogado de la recurrente, que puede ser honrado incluso directamente por ella, no puede afectar la normativa especial que refiere al orden de prelación que se encuentra expresamente dispuesto por el artículo 11° del Decreto Supremo N° 25722, y sin que ello importe de ninguna manera su negación inconstitucional; por ello es que el artículo 172° de la Constitución Política del Estado señala:

"…*Artículo 172. Son atribuciones de la Presidenta o del Presidente del Estado, además de las que establece esta Constitución y la ley:* (…)

8. Dictar decretos supremos y resoluciones…"

En definitiva, tampoco es atendible el alegato de la recurrente referido a este extremo.

2.3. Fundamentación de la infracción al artículo 27° de la Ley N° 1732.-

La recurrente aqueja también en su recurso, que "*no se ha establecido ni fundamentado de manera alguna la infracción a lo dispuesto por el artículo 27 de Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones*", esto en relación al artículo tercero de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de 28 de julio de 2010, que señala:

"…***I.*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el* ***Cargo N° 3****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997*…"

Empero además, el Recurso Jerárquico señala que "*la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros a tiempo de desarrollar los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011de* (sic) *01 de marzo de 2011*" tampoco se habría manifestado sobre la sugerida falta de fundamentación a "*la infracción a lo dispuesto por el artículo 27 de Ley Nº 1732*" que acusa la recurrente.

En principio, la aludida Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011, corresponde -como se evidencia a fojas 143- al Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 238-2010 de fecha 7 de octubre de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, y en Recurso Jerárquico promovido por la propia **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** mediante memorial de fecha 26 de octubre de 2010, que en lo referido al Cargo Nº 3 señala:

> "*…III. FUNDAMENTACION AL TERCER CARGO:*
>
> (…) …*como manifestamos* ***la regulación de honorarios no ha sido debidamente notificada a nuestra empresa en la persona de su gerente general, Julio Vargas León, Gerente General, quien tiene la facultad exclusiva y única de conocer y ser notificado con procesos nuevos, tal como se desprende de las facultades expresada*** (sic) ***en el Poder*** *N° 414/98 de fecha 20 de agosto de 1998, suscrito por ante la Notaria de Fe Pública de la Dra. Rebeca Mendoza, que a la letra dice: "haciéndose constar expresamente que el mandatario no podrá contestar demandas nuevas sin conocimiento ni notificación a los personeros de Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones."*
>
> *Como verá su autoridad,* ***el Poder referido, no fue tornado en cuenta a momento de dictar y calificar la sanción, que desvirtúa que hubiéramos sido notificados legalmente, fundamento legal para su sanción****, por lo que le solicito levantar la multa de $us. 2.000.--, al no haberse incumplido el Art. 27 de la Ley 1732, misma que fue demostrada y fundamentada precedentemente,* ***anunciando que asumiremos defensa material conforme corresponda al procedimiento establecido, una vez que seamos notificados con esta regulación***…" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Entonces, conforme se evidencia de la transcripción anterior y en lo que hace al Cargo Nº 3, en la anterior oportunidad no se alegó en concreto una pretendida falta de fundamentación referida a la infracción a lo dispuesto por el artículo 27 de Ley N° 1732 (que ahora acusa la recurrente), sino el que se hubiera impuesto una sanción por haberse solicitado la regulación de honorarios profesionales, cuando la determinación judicial emergente de ello no ha sido notificada personalmente (exclusiva y únicamente) al gerente general de la ahora recurrente, como emergencia del poder de representación correspondiente, por lo que a decir de la recurrente, ello demostraría "*no haberse incumplido el Art. 27 de la Ley 1732*", es decir, la mención que de tal artículo hace la recurrente no constituye el fundamento central de ese su alegato, sino que lo hace dependiente de una supuesta falta de notificación personal al representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Por ello es que en la oportunidad procesal pasada y en observancia del artículo 63º, parágrafo II ("*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente*") de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), a la Autoridad Ministerial Jerárquica le ha correspondido pronunciarse concretamente sobre los extremos recurridos y de la forma en la que los mismos han sido expresados en el recurso, de

manera tal que en la -correspondiente- Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011, con total congruencia a los extremos recurridos, la Autoridad Ministerial Jerárquica ha establecido que:

> *"…la recurrente ha señalado que "la SOLICITUD de Regulación de Honorarios Profesionales… en ningún momento se constituye en exigencia inmediata", sugiriendo que "al constituirse en demanda nueva, esta imprescindiblemente debe ser notificada a nuestro Gerente General" y que "una vez de que esta notificación sea practicada, asumiremos defensa material conforme corresponda al procedimiento establecido".*
>
> *Tales expresiones no toman en cuenta los extremos siguientes:*

- *Es incongruente pretender oponerse a una propia solicitud: la solicitud de regulación de honorarios no ha sido elevada por el abogado de Futuro de Bolivia S.A. AFP o por la empresa ejecutada, sino por la propia entidad ejecutante. Pudo aducirse error, empero ello debió de haber sucedido oportunamente ante la autoridad judicial; del carácter irregular de su solicitud, Futuro de Bolivia S.A. AFP cayó en cuenta solo cuando la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones le inició el proceso sancionatorio.*

- *Es evidente que solicitar la regulación de honorarios no es lo mismo que exigir inmediatamente el pago resultante de lo mismo; empero cuando en fecha 16 de junio de 2001, el señor Juez Segundo del Trabajo y la Seguridad Social de Cochabamba atiende favorablemente la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP, de manera tal que "regula los honorarios del abogado en la suma de Bs. 349.487,23", pero para ello, antes "conmina al ejecutado a pagar en tercer día de su notificación legal", disposición que es notificada a ambas partes -ejecutante y ejecutado- en fecha 19 de junio de 2001, no consta que alguna de ellas hubiera impugnado tal determinación. Por tanto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no solamente ha solicitado la regulación de honorarios sino que también ha dado curso a la consiguiente exigibilidad de su pago.*

- *Futuro de Bolivia S.A. AFP pretende que tal determinación sea notificada a su Gerente General, tal cual fuera demanda nueva, para recién interponer los recursos que la ley le franquee; sin embargo, pasa por alto el que la conminatoria no ha sido dirigida contra ella, sino -como corresponde- contra la empresa ejecutada, por tanto, de resultar una demanda nueva tal cual la recurrente sugiere, sería una contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A. y sería a esta empresa a la que le correspondería oponerse, no así a Futuro de Bolivia S.A., quien de acuerdo a la lógica de la demanda nueva, resulta ser la demandante y, consiguientemente, no le corresponde interponer recurso alguno contra sí misma.*

- *Sin embargo de ello y contrariamente a lo expresado por Futuro de Bolivia S.A., no existe disposición en el Código de Procedimiento Civil que establezca que la regulación judicial de honorarios tenga la calidad de demanda nueva, como para*

pretender sea notificada (debiera decir citada, al tenor del artículo 119º del Código de Procedimiento Civil) a su Gerente Legal, en lugar de a su apoderado dentro del juicio, resultando sugerente que no obstante tal afirmación, la recurrente no mencione algún artículo en concreto que establezca el extremo; más al contrario, es esclarecedor lo determinado por los artículos 199º y 200º del Código de procedimiento civil (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica):

> *"Artículo 199.- (Alcance de las Costas).*
>
> *II. Asimismo, comprenderán el honorario de abogado…*
>
> *Artículo 200.- (Tasación).*
>
> *II.* ***Notificadas*** *las partes con la tasación, podrán reclamar de ella en el plazo de veinticuatro horas…"*
>
> *El mismo Código, en sus artículos 119º y 133º, ya ha establecido la diferencia entre "citación" y "notificación", correspondiendo lo primero a una demanda nueva (en la persona del representante legal de la entidad correspondiente), mientras que actuaciones como la regulación de honorarios son simplemente notificadas, y en ese caso concreto, activándose el trámite propio (el reclamo dentro de apenas veinticuatro horas) que lo hacen totalmente distinto del que correspondería en caso de resultar una demanda nueva…"*

Con ello queda claro que al haberse pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011 atendiendo el alegato central de la recurrente, se ha atendido también necesariamente, su posición sobre el incumplimiento al artículo 27º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones).

Tal argumento es lo suficientemente válido para la oportunidad presente, al haberse mencionado de esa manera en el Recurso Jerárquico que se conoce, razón por la cual éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas lo sobrecarta en todos sus extremos; no obstante, la recurrente debe tener presente que su recurso no puede ser contra la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011, toda vez que contra la misma queda reservada la demanda que señala el artículo 61º del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175.

Por consiguiente y en definitiva, tampoco es atendible el alegato de la recurrente referido a estos extremos.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo

de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN TOTAL de la Resolución recurrida, con alcance total cuando la ratifique en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 125-2011 de fecha 30 de junio de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 165-2010 de fecha 28 de julio de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 DE 30 DE JUNIO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 063/2011 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 063/2011

La Paz, 23 de noviembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de 30 de junio de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 035/2011 de fecha 5 de septiembre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 135/2011 de fecha 31 de octubre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 21 de julio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A.**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES representada legalmente por su Gerente General, señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de 30 de junio de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011.

Que, mediante nota APS/DJ/2093/2011 con fecha de recepción de 26 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de 30 de junio de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 29 de julio de 2011 y notificado a la recurrente el día 3 de agosto de 2011.

Que, en fecha 26 de agosto de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS AP/DJ/DPC/3475/2010 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2010.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), mediante nota AP/DJ/DPC/3475/2010 de fecha 29 de noviembre de 2010, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

*"**II.- IMPUTACIÓN DE CARGOS:***

Cargo N° 1

Existen indicios de incumplimiento a la normativa establecida por el artículo 123 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 diciembre de 2000, al advertir que en dos (2) trámites de Pensión por Invalidez con NUA 27431496 y 34680871 solicitados durante el primer semestre de la gestión 2007, los expedientes no contaban con copia del primer pago realizado.

Cargo N° 2

Existen indicios de incumplimiento a la normativa establecida por el artículo 31 inciso e) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al advertir que en el trámite de Pensión por Invalidez correspondiente al NUA 11699115, no existen mayores gestiones de la AFP para que se

atiendan oportunamente, los requerimientos de la Entidad Encargada de Calificar a objeto de la calificación del Dictamen, transcurriendo más de un año desde el 10 de julio de 2007 de la primera notificación realizada al Empleador como al Afiliado.

Cargo N° 3

Existen indicios de incumplimiento a la normativa establecida por el artículo (sic) 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al advertir error en la liquidación de pago de la Pensión de Invalidez correspondiente al NUA 34186487. Se observan dos pagos, el primero desde la fecha de Solicitud 11 de mayo de 2007, con Dictamen N° 3317/2007 determinando que el Afiliado tiene 65% de la pérdida de la capacidad laboral ocasionada por Accidente de origen Común, cuya liquidación fue pagada al Afiliado.

Posteriormente se procedió con la Solicitud de Revisión de Dictamen emitiéndose la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 559/08 de 03 de julio de 2008 que aprueba el Dictamen 067/2008 determinando que el Afiliado tiene 66% de pérdida de la capacidad laboral ocasionada por Accidente de origen Profesional, observándose error en el cálculo del pago retroactivo cancelado en demasía al Afiliado.

Cargo N° 4

Existen indicios de incumplimiento a la normativa establecida por el artículo (sic) *16, 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 25 del Decreto Supremo N° 28165 de 17 de mayo de 2005, al advertir en el trámite de Pensión de Invalidez correspondiente al NUA 11788148 la inexistencia del diez por ciento (10%) mensual del Salario Base de la Afiliada declarada inválida con destino a su Cuenta Individual correspondiente al mes de febrero de 2007.*

Posteriormente, al fallecimiento de la Afiliada el 28 de marzo de 2007, los Derechohabientes presentaron Solicitud de Pensión por Muerte el 05 de junio de 2007, cuya liquidación de pago fue efectuada considerando la fecha de Solicitud de Pensión por Muerte y no así la fecha de fallecimiento como correspondía.

Cargo N° 5

Existen indicios de incumplimiento a la normativa establecida por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo Tercero, inciso b) de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005, al advertir en el trámite de Pensión por Muerte correspondiente al NUA 30499392, la existencia del Certificado de Estudios de la Derechohabiente Carmen Balcas Mogollón, sin tener consignado el número de Carnet de Identidad.

Cargo N° 6

Existen indicios de incumplimiento a la normativa establecida por el artículo (sic) *27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Tercero de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005, al advertir en el trámite de Pensión por Muerte correspondiente al NUA 7731188, inconsistencia de información en la fecha de nacimiento de la Derechohabiente Cónyuge Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino que establece el Carnet de Identidad como nacida el 03 de diciembre de 1970, y el Certificado de Nacimiento que establece fecha de nacimiento el 30 de diciembre de 1970, sin embargo, pese a la inconsistencia señalada la AFP efectuó la liquidación del pago y los pagos retroactivos desde la fecha de Solicitud (14 de junio de 2007), sin evidencia que la inconsistencia de la información haya sido previamente subsanada.*

Asimismo en el mismo trámite, se advierte inconsistencia de información en el nombre que establece el Certificado de Estudios de la Derechohabiente Leiddy Nicol Ferrufino Meneses, emitido por el Instituto Técnico Domingo Savio el 27 de diciembre de 2007, mismo que sólo tiene una "d" Leidy, siendo diferente a su nombre correcto Leiddy.

Cargo N° 7

Existen indicios de incumplimiento a la normativa en el artículo (sic) *27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa SPVS N° 349/05 de 03 de mayo de 2005, al advertir que en el trámite correspondiente al NUA 6634, la AFP efectúo pagos de pensión a la Derechohabiente Wendy Libia Mercado Aguilera, correspondientes a los meses de abril, mayo junio, julio, agosto y septiembre de 2008, sin la debida acreditación del Certificado de Estudios…"*

2. NOTA DE DESCARGOS FUT.AP.BEN 0012/2011 DE 05 DE ENERO DE 2011.-

Mediante nota FUT.AP.BEN 0012/2011 recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) en fecha 5 de enero de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** presenta los siguientes descargos:

*"…**Descargos***
Pese a haber operado la prescripción, es importante también que su Autoridad se sirva valorar los siguientes argumentos de orden técnico y legal considerando que nuestra AFP ha tomado en cuenta los alcances de la resolución (sic) Jerárquica SG SIREFI RJ 20/2007 de 26 de febrero de 2007 que señala "Por otra parte se debe tener claro que si bien la infracción se encuentra prescrita las obligaciones de hacer que emergen de las conductas de los entes encargados de la Seguridad Social, adquieren un tratamiento independiente de las posibles infracciones ocasionadas por esas conductas, y si bien el hecho de que una infracción prescriba puede dar lugar a la imposibilidad de ser objeto de sanción, ello no implica que las obligaciones de la entidad con relación a sus afiliados o a los fondos que administra, queden también prescritas.", actuando en

concordancia con ello.

Cargo Nº 1

a) NUA 27431496 JUANA NOJUNE VACA: La Afiliada cobro (sic) *su primera pensión en fecha 22/10/2010. La boleta de pago fue enviada por la empresa SÍNTESIS 1 mes después de efectuado el pago, encontrándose a la fecha adjunta al expediente; por lo que se envía copia para su verificación.*

b) NUA 34680871 GREGORIO APAZA CALLIZAYA: La liquidación de primer pago y el cheque se encontraban en le (sic) *expediente, se adjunta copia para su verificación.*

Cargo Nº 2

a) NUA 11699115 BRAULIO MAMANI ROQUE: Se adjunta copias de notificación efectuada al Afiliado y a su empleador (Sociedad Boliviana de Cemento) en fecha 10 de julio de 2007; Informe de la empresa de courrier GTK 725/2007 de fecha 14/08/2007 señalando que no encontró la dirección del Afiliado; Notificación efectuada a nuestro Afiliado en fecha 3 de septiembre de 2007; Reiteración de la notificación al Afiliado en fecha 23 de octubre de 2008; Reiteración de notificación al empleador del Afiliado en fecha 13 de noviembre de 2008, hasta que en fecha 22 de diciembre de 2008 el Afiliado presento (sic) *el informe requerido por la EEC. Documentación que demuestra las gestiones efectuadas por nuestra AFP*

Cargo N° 3

a) NUA 34186487 DAVID MAMANI QUIZAYA: El monto pagado en exceso al Afiliado esta (sic) *siendo repuesto a la cuenta de Riesgo Profesional/Laboral más los intereses correspondientes con recursos propios.*

Cargo N° 4

a) NUA 11788148 LOURDES MAMANI GONZALES: Se esta (sic) *regularizando el pago del 10% a la Cuenta Individual de la Afiliada, acreditando las cuotas correspondientes a febrero 2007 a valor cuota vigente mas* (sic) *el rendimiento que hubiese generado a la fecha, mismo que esta* (sic) *siendo repuesto con recursos propios; asimismo el pago de la pensión entre la fecha de fallecimiento y la fecha de solicitud a los derechohabientes, más los intereses también están siendo repuestos con recursos propios.*

Cargo Nº 6

a) NUA 7731188 JORGE FERUFINO BANEGAS: Se están realizando las gestiones ante la Corte Departamental electoral (sic) *para la determinación de la fecha de nacimiento correcta.*

b) El certificado de estudios presentado por la derechohabiente del Afiliado tiene la

información mínima requerida por el artículo tercero de la Resolución Administrativa SPVS N° 349 de 3 de mayo de 2005.

Como su Autoridad podrá colegir de los argumentos vertidos y de la documentación adjunta, pese ha (sic) *haber operado la prescripción de las infracciones, nuestra AFP ha descargado varios de los cargos imputados al contar con la información solicitada; y a la fecha se encuentra subsanando las demás observaciones, por lo que solicitamos a su Autoridad ordene la Desestimación de los cargos imputados contra nuestra administradora…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 014-2011 de 19 de enero de 2011.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 014-2011 de 19 de enero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis de los argumentos expuestos por el regulado en sus descargos y aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba se procedió, al análisis de naturaleza técnica y jurídica.

Que en base a los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, en la parte de "Consideración Preliminar" invoca la prescripción del presente proceso, basándose en la fecha de Orden de Fiscalización OF/IP/DPC/006/2008 de fecha 05 de noviembre de 2008, de acuerdo al artículo 79 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo.

Que al respecto, el regulado en el presente caso no ha tomado en cuenta que se suscribió el Acta de Cierre de fecha 03 de diciembre de 2008, que da por finalizado el trabajo de campo de la fiscalización, el mismo que se constituye en el último actuado administrativo de conocimiento de la AFP, siendo que la fecha para computar el plazo de prescripción, corre a partir del día siguiente a la fecha señalada anteriormente; por tanto no ha operado la prescripción en el presente caso debido a que el presente proceso sancionatorio ha sido comunicado al regulado con nota AP/DJ/DPC/3475/2010 de 29 de noviembre de 2010, entregada el 03 de diciembre de 2010.

Que en tal sentido, esta Autoridad tiene como fundamento para la presente Resolución Administrativa el razonamiento e interpretación enunciados y los fundamentos expresados en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006 emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ***(SIREFI)***.

Que con respecto a cada uno de los cargos, se expresa lo siguiente:

AL CARGO N° 1

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP con el Cargo N° 1, al advertir que en dos (2) trámites de Pensión por Invalidez correspondientes a los NUA 27431496 y NUA 34680871, en los expedientes no cursaba copia correspondiente al primer pago realizado.

Con relación al trámite de Pensión por Invalidez correspondiente a la Afiliada Juana Nojune Vaca con NUA 27431496, la AFP manifiesta que la empresa SÍNTESIS remitió a la AFP las boletas de pago, luego de transcurrido un mes, motivo por el que a la fecha de fiscalización no se encontraba debidamente archivada en el expediente de la Afiliada.

Al respecto, se verificó en la documentación adjunta, la Boleta de Pago correspondiente a la Pensión de Invalidez de septiembre/2008, la misma que fue cancelada el 22 de octubre de 2008; siendo que la Fiscalización fue realizada en noviembre de 2008, se considera razonable el argumento del Regulado, por lo que se levanta la observación para el trámite con NUA 27431496, al considerarse suficiente el argumento presentado por la AFP.

En cuanto al trámite de Pensión de Invalidez correspondiente al Afiliado Gregorio Apaza Callizaya con NUA 34680871, la AFP se limita a indicar que la Boleta de Pago se encontraba en el expediente; sin embargo, no adjunta al descargo presentado, copia de la misma, por lo que se ratifica el cargo imputado.

Asimismo, es necesario recordar que al momento de la fiscalización el documento extrañado no se encontraba en el archivo correspondiente.

Por tanto, para el NUA 34680871, se confirma el incumplimiento a la normativa establecida en el artículo 123 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y a la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 diciembre de 2000, por consiguiente corresponde su sanción.

AL CARGO N° 2

Se advirtió que en el trámite de Pensión por Invalidez correspondiente al NUA 11699115, no existen mayores gestiones de la AFP para que se atiendan oportunamente los requerimientos de la Entidad Encargada de Calificar ***(EEC)*** *a objeto de la calificación del Dictamen, transcurriendo más de un año, desde el 10 de julio de 2007 de la primera notificación realizada al Empleador como al Afiliado, hasta la fecha de fiscalización.*

Al respecto, la AFP para el trámite de Pensión de Invalidez correspondiente al Afiliado Braulio Mamani Roque con NUA 11699115, adjunta copias de la notificación efectuada al Afiliado y a su Empleador, en los mismos se observa que la AFP efectuó las gestiones luego de la notificación al Afiliado y al Empleador, el 10 de julio de 2007; sin embargo, se evidencia la notificación realizada al Afiliado en fecha 03 de septiembre de 2007 y

posteriormente transcurrido más de un (1) año, el 22 de octubre de 2008, efectúa la siguiente notificación al Afiliado, razón por la que se confirma que la AFP, no realizó las gestiones suficientes, para que se atienda oportunamente el requerimiento de la EEC, descuidando su obligación de representar al Afiliado.

Por tanto, se confirma el incumplimiento a la normativa establecida en el artículo 31 inciso e) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el trámite de Pensión de Invalidez correspondiente al trámite NUA 11699115, al no evidenciarse mayores gestiones de la AFP para que se atiendan oportunamente los requerimientos de la EEC.

AL CARGO N° 3

Para el presente cargo, se advirtió error en la liquidación del Pago de la Pensión de Invalidez correspondiente al NUA 34186487, observándose que del Dictamen N° 3317/2007 que califica con sesenta y cinco por ciento (65%) de pérdida de la capacidad laboral ocasionada por Accidente de origen Común, existe la liquidación del pago correspondiente.

Posteriormente, previa solicitud de revisión de Dictamen, se emite la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 559/08 de 03 de julio de 2008, que aprueba el Dictamen N° 067/2008 que califica con sesenta y seis por ciento (66%) de pérdida de la capacidad laboral ocasionada por Accidente de origen Profesional, del cual se observó error en el cálculo del pago retroactivo cancelado en demasía al Afiliado.

Al respecto, la AFP manifiesta que el monto pagado en exceso en el trámite del Afiliado David Mamani Quizaya con NUA 34186487, está siendo repuesto a la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, más los intereses correspondientes con recursos propios.

De la evaluación a la respuesta de la AFP, se concluye que la misma acepta tácitamente el incumplimiento a la norma imputada, razón por la cual asume la responsabilidad de sus actos, los cuales se demuestran que estuvieron al margen de la normativa.

Por lo expuesto, el descargo presentado por la AFP y la reposición que indica estar realizando, confirma el incumplimiento a lo establecido en los artículos 27 y 31 inciso n) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, por pago en demasía de la Pensión de Invalidez correspondiente al NUA 34186487; por consiguiente corresponde su sanción.

AL CARGO N° 4

Se advirtió (sic) *indicios de incumplimiento a la normativa establecida por el artículo* (sic) *16, 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 25 del Decreto Supremo N° 28165 de 17 de mayo de 2005, en el trámite de Pensión de Invalidez correspondiente al NUA 11788148, al constatar la inexistencia del diez por ciento (10%) mensual del Salario Base de la Afiliada declarada inválida con destino a su Cuenta*

Individual correspondiente al mes de febrero de 2007.

Asimismo, al fallecimiento de la Afiliada el 28 de marzo de 2007, los Derechohabientes presentaron Solicitud de Pensión por Muerte el 05 de junio de 2007, cuya liquidación de pago fue efectuada considerando la fecha de Solicitud de Pensión por Muerte y no así la fecha de fallecimiento como correspondía.

Al respecto, la AFP manifiesta que se encuentra regularizando el pago del diez por ciento (10%) a la Cuenta Individual de la Afiliada, acreditando la cuota correspondiente a febrero de 2007, a valor cuota actual que incluye el rendimiento que hubiese generado el Fondo a la fecha; asimismo la restitución del pago de la pensión a los Derechohabientes más los intereses correspondientes, tomando en consideración la fecha de fallecimiento.

De acuerdo al argumento presentado por la AFP se observa que Futuro de Bolivia S.A. AFP, asume el hecho de haber vulnerado la norma imputada para el presente caso, al no haber acreditado el diez por ciento (10%) mensual del Salario Base de la Afiliada declarada inválida con destino a su Cuenta Individual.

Asimismo, se observa que al fallecimiento de la Afiliada el 28 de marzo de 2007, la AFP efectuó una errónea liquidación del pago considerando la fecha de Solicitud de Pensión por Muerte y no así la fecha de fallecimiento, como lo determina el artículo 25 del Decreto Supremo N° 28165 de 17 de mayo de 2005, causando daño a los Derechohabientes que recibieron menos cantidad de la prestación que efectivamente correspondía.

Por lo expuesto, se confirma la existencia de incumplimiento a la normativa establecida en el artículo 16, 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 25 del Decreto Supremo N° 28165 de 17 de mayo de 2005, por lo que corresponde su sanción.

AL CARGO N° 5

Se advirtió (sic) *indicios de incumplimiento a la normativa establecida por el artículo* (sic) *27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Tercero de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005, en el trámite de Pensión por Muerte correspondiente al NUA 30499392, al constatar la existencia del Certificado de Estudios de la Derechohabiente Carmen Balcas Mogollón, sin tener consignado el número de Carnet de Identidad.*

Al respecto, la AFP no presentó argumento alguno de descargo, por lo que se confirma el incumplimiento a lo determinado en la normativa precedentemente señalada, correspondiendo su sanción.

AL CARGO N° 6

Se advirtió en el trámite de Pensión por Muerte correspondiente al NUA 7731188, inconsistencia en la información de la fecha de nacimiento de la Derechohabiente cónyuge Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino, ya que en el Carnet de Identidad se

establece como nacida el 03 de diciembre de 1970, sin guardar relación con el Certificado de Nacimiento, que establece fecha de nacimiento 30 de diciembre de 1970; sin embargo, pese a la inconsistencia señalada la AFP efectuó la liquidación del pago y los pagos retroactivos desde la fecha de Solicitud (14 de junio de 2007).

Al respecto, la AFP sólo manifiesta que se está realizando las gestiones ante la Corte Departamental Electoral, para la determinación de la fecha de nacimiento correcta; sin presentar documento alguno como constancia de lo señalado, confirmándose de esta manera el incumplimiento a la normativa imputada.

Asimismo, en el mismo trámite se advirtió inconsistencia de información en el nombre que establece el Certificado de Estudios de la Derechohabiente Leiddy Nicol Ferrufino Meneses, emitido por el Instituto Técnico Domingo Savio el 27 de diciembre de 2007, mismo que sólo tiene una "d" Leidy, siendo diferente a su nombre correcto Leiddy.

*A este punto, la AFP se limita a argumentar que el Certificado de Estudios presentado por la Derechohabiente del Afiliado contiene la información mínima requerida por el artículo tercero de la Resolución Administrativa SPVS N° 349 de 03 de mayo de 2005 (**R.A. 349-2005**).*

Sin embargo, la R.A. 349-2005, establece como información mínima los "nombres y apellidos del estudiante", debiendo lógicamente existir coincidencia plena entre el Carnet de Identidad y Certificado de Estudios; información que en este caso, no es concordante entre sí. Por lo tanto, la justificación de la AFP no es considerada suficiente para desestimar el cargo imputado, correspondiendo su sanción.

Por lo que se confirma el incumplimiento a la normativa establecida por el artículo 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Tercero de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005, en el trámite de Pensión por Muerte correspondiente al NUA 7731188.

AL CARGO N° 7

Se advirtió que en el trámite correspondiente al NUA 6634, la AFP efectuó pagos de Pensión por Muerte a la Derechohabiente Wendy Libia Mercado Aguilera, correspondientes a los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2008, sin la debida acreditación del Certificado de Estudios.

Al respecto, la AFP no presentó ninguna justificación por el cargo imputado; sin embargo, de acuerdo a los antecedentes que cursan en el presente caso se observa la existencia de la Solicitud de Pensión por Muerte de fecha 21 de marzo de 2007, presentada por la señorita Wendy Libia Mercado Aguilera Derechohabiente, quien se acreditó con la documentación correspondiente que certifica su calidad de estudiante.

El Certificado de Estudios presentado para la gestión 2007, otorgó cobertura de tres meses adicionales al mes en que termina la actividad académica, es decir, hasta marzo de 2008.

Para la gestión 2008, la Derechohabiente acredita su calidad de estudiante presentando a la AFP, el 15 de octubre de 2008, el Certificado de Estudios emitido por la Universidad Autónoma "Gabriel René Moreno" de fecha 14 de octubre de 2008.

La AFP no cumplió lo establecido por el artículo Cuarto de la Resolución Administrativa SPVS N° 349 de 03 de mayo de 2005, efectuando pagos por los meses de: abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2008, sin la debida acreditación correspondiente, causando daño a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.

Por lo expuesto, ante la inexistencia de argumentos que justifiquen los pagos realizados sin la debida acreditación, la AFP incumple la normativa prevista en los artículos 27 y 31 inciso n) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa SPVS N° 349/05 de 03 de mayo de 2005, por lo que corresponde su sanción.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Afiliados del SSO. Bajo esa línea de comprensión, se ha constatado daño generado por Futuro de Bolivia S.A. AFP en los Cargos N° 3, 4 y 7, por lo que deberá realizar lo siguiente:

- *En relación al **Cargo N°3,** la AFP deberá realizar la reposición a la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales el monto pagado en exceso, más los intereses correspondientes con recursos propios, en el trámite del Afiliado David Mamani Quizaya con NUA 34186487.*

- *En relación al **Cargo N°4,** la AFP deberá acreditar el diez por ciento (10%) a la Cuenta Individual de la Afiliada fallecida, en bolivianos y en cuotas al valor actual que corresponda, con sus propios recursos.*

- *En relación al **Cargo N°7,** la AFP deberá reponer con recursos propios a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad en bolivianos y en cuotas al valor actual, de los recursos utilizados para el pago de los periodos de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2008, por acreditación errónea a Derechohabiente.*

CONSIDERANDO:

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y de los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor."

Que el artículo 287 de la misma norma determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, donde el inciso b) señala:

"b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"b) Infracción calificada como gravedad media: De cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses.

c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta Cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

*"…**RESUELVE:***

***PRIMERO.-** Sanciona y desestima la sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

***a) I.** En relación al **Cargo N°1**, se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por*

incumplimiento a lo establecido en artículo 123 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y a la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 diciembre de 2000, correspondiente al trámite con NUA 34680871.

II. *Se desestima sanción con respecto al trámite con NUA 27431496.*

b) *En relación al* ***Cargo N°2****, se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us 1.500, 00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 31 inciso e) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

c) ***I.*** *En relación al* ***Cargo N°3,*** *se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001, 00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

II. *En el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá reponer a la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales el monto pagado en exceso, más los intereses correspondientes, con recursos propios, en el trámite del Afiliado David Mamani Quizaya con NUA 34186487.*

III. *Asimismo en el mismo plazo, la AFP deberá remitir a esta Autoridad, constancia del monto de reposición a la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, en bolivianos y en cuotas al valor actual. También deberá presentar informe que contenga al menos la siguiente información: Detalle de la liquidación del primer pago realizado y de forma separada detalle de la liquidación del segundo pago, el resultado de la diferencia del monto sujeto a reposición en bolivianos y en cuotas al valor cuota actual y el respaldo contable de la transacción realizada al fondo correspondiente debidamente documentada.*

d) ***I.*** *En relación al* ***Cargo N° 4,*** *se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 16, 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 25 del Decreto Supremo N° 28165 de 17 de mayo de 2005.*

II. *En el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá acreditar con sus propios recursos, el diez por ciento (10%) mensual del Salario Base en la Cuenta Individual de la Afiliada inválida con NUA 11788148, correspondiente al mes de febrero de 2007.*

III. *En el mismo plazo, la AFP deberá presentar a esta Autoridad, informe documentado de la liquidación efectuada y el pago regulado a los Derechohabientes, considerando la fecha de fallecimiento, incluyendo en forma separada el detalle del cálculo de los intereses generados a la fecha.*

e) *En relación al* ***Cargo N°5,*** *se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE*

AMÉRICA), por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo Tercero, inciso b) de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005.

f) *En relación al* ***Cargo N°6,*** *se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Tercero de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005.*

g) I. *En relación al* ***Cargo N°7,*** *se sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al artículo 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa SPVS N° 349/05 de 03 de mayo de 2005, en el trámite de Pensión por Muerte correspondiente al NUA 6634.*

II. *En el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá reponer con recursos propios a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad en bolivianos y en cuotas al valor actual, los recursos utilizados para el pago de los periodos de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2008, por acreditación errónea a Derechohabiente.*

III. *Adicionalmente en el mismo plazo la AFP deberá remitir informe que contenga al menos la siguiente información: Pagos realizados a la Derechohabiente en bolivianos equivalentes al valor cuota de la fecha de pago, por los meses: abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2008; detalle de la restitución a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad en bolivianos y en cuotas al valor actual y respaldo contable de la transferencia realizada al fondo correspondiente.*

SEGUNDO.- I.- *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II.- *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 11 de abril de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 014-2011 de 19 de enero de 2011, con los siguientes argumentos:

"…***I. ANTECEDENTES.-***

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en fecha 29 de noviembre

de 2010 emite la nota de cargo AP/DJ/3475/2010 en relación a las Prestaciones de Invalidez y Muerte de Riego (sic) *Común y Riesgo Profesional, solicitadas en el Primer Semestre de la gestión 2007. Dichos cargos fueron puestos en conocimiento de nuestra administradora mediante notificación efectuada en fecha 22 de diciembre de 2010.*

Por su parte Futuro de Bolivia S.A. en el ejercicio a la defensa presento (sic) *sus descargos mediante nota FUT.AP.BEN 0012/2011 de fecha 5 de enero de 2011, arguyendo en lo principal la prescripción de las infracciones imputadas por haber transcurrido más de dos años, aspecto que no fue considerado por lo que conviene nuevamente fundamentar nuestra petición.*

II. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.-

En el análisis efectuado por su Autoridad, no se ha tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresó que "El acto administrativo debe encontrase (sic) *acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración,* ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de de la petición,*** *debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras). Ya que en el análisis de la prescripción invocada, se limita a establecer que el último acto administrativo entre la Ex SPVS y nuestra AFP, fue el acta de cierre de fiscalización suscrita el 03 de diciembre de 2008, por lo que la prescripción empezaría a computarse desde el día siguiente a ese evento, sin entrar en mayor detalle ni fundamentación de tal interpretación, dejando de lado la jurisprudencia sentada por el SIREFI en lo que ha materia de prescripción se refiere. Es decir que el órgano regulador al no haber fundamentado su criterio, ha vulnerado el principio de congruencia, dejándonos en un estado de indefensión al no conocer los motivos de esa autoridad para adoptar esa decisión.*

III. DE LA PRESCRIPCIÓN INVOCADA.-

Para entender el alcance de nuestra invocación de prescripción, es necesario considerar los precedentes sentados por las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006 y, SG SIREFI RJ 79/2006 de 30 de noviembre de 2006, que establecen con claridad que "En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, ***la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración*** *y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción" (las negrillas son nuestras).*

Ahora bien para determinar la fecha en que se debe computar la prescripción de la acción sancionatoria, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo de 2006 ha dispuesto que ***"La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción*** *y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa.* ***Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento"*** *(las negrillas son nuestras).*

Sin considerar lo arriba citado, su Autoridad ha expresado que la suscripción del acta de cierre del trabajo de campo de fiscalización, en fecha 03 de diciembre de 2008, ha sido el último actuado de conocimiento de nuestra AFP, por lo que los plazos para la prescripción deben contabilizarse desde el día hábil siguiente a esa fecha. Por lo que debemos presumir que según el entendimiento suyo, se ha interrumpido la prescripción. Por lo que es importante precisar que ***la fiscalización, es un acto administrativo de investigación de oficio*** *que tiene por objeto determinar si el sujeto regulado está dando cumplimiento a las normas que rigen su actividad o está incurriendo en la comisión de infracciones, por lo que acertadamente la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2007 de 26 de febrero de 2007 establece que "...la prescripción de la acción administrativa* ***quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor (sí la cuestión es realizada de oficio),*** *y no necesariamente con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones". Por lo que en el presente caso motivo de controversia, se tiene de hecho, que el proceso de investigación se ha iniciado con la orden de fiscalización establecida mediante nota OF/IP/DPC/006/2008 de fecha 5 de noviembre de 2008, por lo que a la fecha del inicio de la acción sancionatoria, que en este caso es la nota de cargos AP/DJ/DPC/3475/2010 emitida por la AP en fecha 29 de noviembre de 2010 y notificada a nuestra AFP el 22 de diciembre de 2010, ya han transcurrido más de dos años conforme lo establece el artículo 79 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo.*

Pretender contabilizar la prescripción desde el momento que concluyó un proceso investigativo, como lo es una fiscalización, significaría que se hubiera puesto en conocimiento de nuestra institución los indicios de infracción; o por lo menos que su Autoridad tenía ya preconfigurada la comisión de infracciones; y, por lo tanto como obligación que emana de la Ley, su Autoridad en el marco de lo establecido por los parágrafos I y II del artículo 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debió dictar resolución expresa en un plazo máximo de seis meses, haciéndose pasible, de no hacerlo, a los alcances del régimen de responsabilidad por la función pública, conforme a lo previsto en la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamentales y disposiciones reglamentarias.

IV. DE LAS SANCIONES IMPUESTAS.-

Cargo N° 1:

Se sanciona a nuestra administradora con una multa en Bolivianos equivalente a

$us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 123 del decreto (sic) *Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y a la Circular SPVS-IP-DP-146/200* (sic) *de 28 de diciembre de 2000 correspondiente al trámite con NUA 34680871 sin considerar que:*

a) *De acuerdo a nuestra explicación y con el respaldo de la jurisprudencia sentada por el SIREFI, la acción sancionatoria ha prescrito, tomando en cuenta que el pago se hizo efectivo mediante cheque de fecha 3 julio de 2007, y la liquidación de primer pago fue emitida el 01 de junio de 2007, habiendo transcurrido hasta la fecha de inicio de la fiscalización 1 año, 4 meses y 2 días; y desde ese momento hasta la fecha de inicio de la acción sancionatoria 2 años y 24 días considerando que el artículo 82 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que la etapa de iniciación del proceso administrativo sancionador se formalizará con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados; y no así con la citación para la notificación.*

b) *En nuestra nota de descargo FUT.AP.BEN 0012/2011 de fecha 5 de enero de 2011, se hace referencia a que la liquidación de primer pago y primer cheque se encontraban en el expediente, adjuntándose copia de ello, por lo que extraña la aseveración de su Autoridad en el Sentido* (sic) *de que no se lo hubiera hecho, sin embargo adjuntamos nuevamente copia del respaldo extrañado.*

Cargo Nº 2:

Se nos sanciona con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 31 inciso e) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones (sic) *y al artículo 142 del decreto* (sic) *Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, sin considerar que:*

a) *La normativa vigente no establece cuantas son las gestiones que se deben efectuar para el efecto, más aun cuando existen constancias de haberse practicado las notificaciones respectivas en representación del Afiliado como bien reconoce su Autoridad, en fechas: 10 de julio de 2007, 03 de septiembre de 2007, 22 de octubre de 2008, y además 13 de noviembre de 2008. Que no hacen más que evidenciar que se ha dado cumplimiento a lo prescrito por el inciso e) del articulo* (sic) *31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del decreto* (sic) *Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*

b) *Además por el detalle de fechas arriba citadas, se tiene también que ha operado la prescripción de la acción sancionatoria, ya que han transcurrido desde la fecha de inicio de la fiscalización y su cierre respectivo, hasta la fecha de inicio de la acción sancionatoria con la notificación de los cargos, más de 2 años.*

Cargo Nº 3:

Se sanciona a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, sin considerar lo siguiente:

a) Según la imputación de cargos efectuada por la AP, existió un error en el cálculo para el pago del retroactivo de la Pensión de Invalidez considerando que por efecto de la revisión del dictamen se estableció una pérdida de capacidad laboral del 66% originada por accidente correspondiente a Riesgo Profesional, generando una demasía en dicho pago.

Realizada la revisión de los pagos de manera detallada, se ha establecido que tal diferencia en la práctica no existió a la fecha del trabajo de campo de fiscalización, pues el pago efectuado en la planilla de agosto de 2008 mediante pago de fecha 04 de septiembre de 2008, considero (sic) *el calculo* (sic) *de la pensión devengada tomando en cuenta la nueva calificación de riesgo desde la fecha de solicitud, menos los pagos efectivamente realizados, por lo que no existió ningún pago en demasía.*

De la misma revisión, efectivamente se detectó un pago en demasía en el pago del aguinaldo de esa gestión por un total de Bs. 513.57, monto que ya fue repuesto al la cuenta de Riesgo Profesional más el monto de Bs. 125.95 por concepto de intereses.

b) En el presente cargo, es importante mencionar que el pago regularizado por nuestra institución, no entraría en la supuesta diferencia que fue imputada por la AP, toda vez que el pago de aguinaldo fue realizado de forma paralela al proceso de fiscalización cumplida por la AP, por tanto al momento de la fiscalización dicho error no habría aun sido generado, este hecho guarda relevancia toda vez que no existe la fundamentación ni el detalle del supuesto pago en exceso ni en la Nota de Cargo; y menos en los Informes Técnico INF/AP/DPC/008/2011 e Informe Legal AP/DJ/008/2011. En concordancia con ello se tiene que de igual manera la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011, no hace relación en ningún momento del supuesto pago en demasía, hecho que consideramos enerva los derechos de nuestra institución al no existir fundamento comprobado y demostrado por parte de la AP, del supuesto hecho infractor, menos existe una demostración clara del periodo y la diferencia que supuestamente existió. Vulnerando el principio de congruencia establecido por la jurisprudencia sentada por las Resoluciones Administrativas Jerárquicas emitidas por el SIREFI que debe regir el accionar de la administración.

c) En este caso y en lugar de buscar la verdad material, principio reconocido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, su Autoridad bajo

supuestos no fundamentados, ni demostrados ha inducido a nuestra Administradora al error, causándonos daño económico.

d) *Sin embargo de lo anterior, y por la fecha de emisión del pago del reintegro (04 de septiembre de 2008) se tiene que han transcurrido más de dos años desde que se cometió la infracción, considerando también el inicio del proceso de investigación (la fiscalización), su cierre o terminación, y, el inicio del proceso sancionatorio con la notificación de cargos el 22 de diciembre de 2010, por lo que la acción sancionatoria también se halla prescrita.*

Cargo Nº 4:

En relación a este cargo se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 16, 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 142 del decreto (sic) *Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997. Además de ello determina la acreditación del 10% mensual del Salario Base en la cuenta individual de la Afiliada con recursos propios, por lo que se debe considerar que:*

a) *La infracción imputada y sancionada corresponde a los pagos de pensión por invalidez que recibió la Afiliada hasta la fecha de su fallecimiento el 28 de marzo de 2007, por lo que desde la fecha del inicio y conclusión del proceso investigativo, hasta la notificación con los cargos, han transcurrido más de 2 años, operando la prescripción invocada por nuestra AFP.*

b) *Por otra parte de manera arbitraria se ha dispuesto el pago del 10 % del Salario Base a la Cuenta individual de la Afilada con recursos propios de nuestra AFP, olvidándose su Autoridad que ese pago esta* (sic) *financiado exclusivamente por la cuenta de siniestralidad que corresponde al Seguro de Riesgo Común, como lo dispone el artículo 16 inciso b) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.*

Cargo Nº 5:

En relación a este cargo se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y al artículo Tercero, inciso b) de la Resolución Administrativa Nº 349/05 de 03 de mayo de 2005 sin considerar que:

a) *La fecha de recepción del Certificado de Estudios, y la fecha de los pagos efectuados, en relación a la fecha de iniciación del proceso de fiscalización e imputación de cargos notificada en fecha 22 de diciembre de 2010, demuestran la inactividad de la administración, por lo que también ha operado la prescripción de acuerdo a la jurisprudencia emanada por el SIREFI.*

Cargo Nº 7:

Por la imputación de este cargo se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo Cuarto de la Resolución Administrativa Nº 349/05 de 03 de mayo de 2005, sin considerar que:

a) Por la inactividad de la Administración considerando la fecha de la iniciación del proceso investigativo y la imputación de cargos notificada a nuestra AFP el 22 de diciembre de 2010, ha operado la prescripción de la acción sancionatoria.

b) Sin embargo de lo anterior, se debe tomar en cuenta que de manera contraria a lo que sin relación de hechos ni montos, su Autoridad asevera, no se ha efectuado el pago de la pensión correspondiente al mes de septiembre de 2008.

c) La sanción por el incumplimiento al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa Nº 349/05 de 03 de mayo de 2005, ya esta (sic) *definida por el mismo articulo* (sic) *Quinto de la supra citada norma, al establecer el pago con recursos propios más intereses cuando corresponda, por lo que no se puede imponer otra sanción a no ser la señalada por la misma norma, ya que se estaría vulnerando el principio jurídico establecido por el artículo 73, parágrafo II de la ley de Procedimiento Administrativo que prescribe que sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

V. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP que se extractan de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo, la jurisprudencia sentada por la Resoluciones Jerárquicas emitidas por el SIREFI que evidencia la prescripción de la acción sancionatoria por inactividad de la Administración, es que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC Nº 014-2011 de fecha 19 de enero de 2011, y adecuarlo al marco de la legalidad en conformidad a las reglas del debido proceso administrativo…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de 30 de junio de 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de 30 de junio de 2011, resolvió:

"…***ÚNICO.-*** *Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DF/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011 emitida por la ex – Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, modificándose en lo pertinente, lo siguiente:*

"Se desestima la sanción con relación al ***Cargo Nº3****…"*

Los fundamentos presentados en la parte considerativa son los siguientes:

*"…****CONSIDERANDO:***

Que habiéndose notificado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con la R.A. 014-2011 de 19 de enero de 2011, en fecha 11 de febrero de 2011, mediante memorial de 30 de mayo de 2011, recepcionado por esta Autoridad el 31 de mayo de 2011, interpone Recurso de Revocatoria, donde expresa los fundamentos y agravios que motivan el petitorio, expresando los siguientes argumentos:

Que con carácter previo al análisis de fondo, en los antecedentes del Recurso de Revocatoria, el regulado señala que: "Por su parle Futuro de Bolivia S.A. en el ejercicio a la defensa presento sus descargos mediante nota FUT.AP.BEN 0012/2011 de fecha 5 de enero de 2011, arguyendo en lo principal la prescripción de las infracciones imputadas por haber transcurrido más de dos años, aspecto que no fue considerado por lo que conviene nuevamente fundamentar nuestra petición."

Que al respecto, es importante recordar al Regulado que en la R.A. 014 - 2011, esta Autoridad se pronuncio (sic) *con respecto a la prescripción invocada en esa instancia de forma motivada y congruente, en los siguientes términos:*

"Que en base a los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, en la parte de "Consideración Preliminar" invoca la prescripción del presente proceso, basándose en la fecha de ***Orden de Fiscalización*** *OF/IP/DPC/006/2008 de fecha* ***05 de noviembre de 2008,*** *de acuerdo al artículo 79 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo.*

Que al respecto, el regulado en el presente caso no ha tomado en cuenta que se suscribió el ***Acta de Cierre*** *de fecha* ***03 de diciembre de 2008,*** *que da por finalizado el trabajo de campo de la fiscalización, el mismo que se constituye en el último actuado administrativo de conocimiento de la AFP; siendo que la fecha para computar el plazo de prescripción, corre a partir del día siguiente a la fecha señalada anteriormente; por tanto* ***no ha operado la prescripción*** *en el presente caso debido a que* ***el presente proceso sancionatorio ha sido comunicado al regulado*** *con nota AP/DJ/DPC/3475/2010 de 29 de noviembre de 2010, entregada* ***el 03 de diciembre de 2010****.*

Que en tal sentido, esta Autoridad tiene como fundamento para la presente Resolución Administrativa el razonamiento e interpretación enunciados y los fundamentos expresados en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006 emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI)." (las negrillas son nuestras)

Que de lo anterior se concluye que, la motivación que contiene la R.A.014-2011, comprende la congruencia debida respecto al análisis y fundamentación de la aplicación de la prescripción invocada por el regulado respecto a la "Consideración Preliminar" expuesta en la nota de descargos FUT.AP.BEN 0012/2011 de 05 de enero de 2011, en la que se hizo conocer a la AFP en esa oportunidad que, la prescripción no habría operado en los

cargos imputados notificados mediante la nota de cargos AP/DJ/DPC/3475/2010 de 29 de noviembre de 2010 formalmente comunicada el 03 de diciembre de 2010.

Que es evidente que esta Autoridad en la parte considerativa de la R.A. 014 - 2011, ha motivado debidamente sobre la prescripción y su improcedencia para los hechos imputados en el proceso administrativo sancionatorio, que al presente nuevamente se invoca, en tal sentido, esta Autoridad ha guardado el cumplimiento de los requisitos intrínsecos del acto administrativo observando el Principio de Congruencia en la actual Resolución Administrativa Sancionatoria recurrida.

Que por lo anterior, es necesario establecer que la afirmación emitida por la AFP no es evidente.

A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y A LA PRESCRIPCIÓN.

En el presente caso, la AFP señala lo siguiente: "En el análisis efectuado por su Autoridad, no se ha tomado en cuenta el principio de congruencia desarrollado a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresó que "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de*** *(sic)* ***de la petición,*** *debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras). Ya que en el análisis de la prescripción invocada, se limita a establecer que el último acto administrativo entre la Ex SPVS y nuestra AFP, fue el acta de cierre de fiscalización suscrita el 03 de diciembre de 2008, por lo que la prescripción empezaría a computarse desde el día siguiente a ese evento, sin entrar en mayor detalle ni fundamentación de tal interpretación, dejando de lado la jurisprudencia sentada por el SIREFI en lo que ha materia de prescripción se refiere. Es decir que el órgano regulador al no haber fundamentado su criterio, ha vulnerado el principio de congruencia, dejándonos en un estado de indefensión al no conocer los motivos de esa autoridad para adoptar esa decisión."*

También Futuro de Bolivia S.A AFP expresa lo siguiente "Para entender el alcance de nuestra invocación de prescripción, es necesario considerar los precedentes sentados por las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006 y, SG SIREFI RJ 79/2006 de 30 de noviembre de 2006, que establecen con claridad que "En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, ***la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración*** *y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción (las negrillas son nuestras).*

Ahora bien para determinar la fecha en que se debe computar la prescripción de la acción sancionatoria, la Resolución jerárquica (sic) *de Regulación Financiera SG SIREFI RJ*

16/2006 de 23 de marzo de 2006 ha dispuesto que ***"La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento"*** *(las negrillas son nuestras).*

Sin considerar lo arriba citado, su Autoridad ha expresado que la suscripción del acta de cierre del trabajo de campo de fiscalización, en fecha 03 de diciembre de 2008, ha sido el último actuado de conocimiento de nuestra AFP, por lo que los plazos para la prescripción deben contabilizarse desde el día hábil siguiente a esa fecha. Por lo que debemos presumir que según el entendimiento suyo, se ha interrumpido la prescripción. Por lo que es importante precisar que ***la fiscalización, es un acto administrativo de investigación de oficio*** *que tiene por objeto determinar si el sujeto regulado está dando cumplimiento a las normas que rigen su actividad o está incurriendo en la comisión de infracciones, por lo que acertadamente la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2007 de 26 de febrero de 2007 establece que: "... la prescripción de la acción administrativa* ***quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor (Si la cuestión es realizada de oficio),*** *y no necesariamente con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones". Por lo que en el presente caso motivo de controversia, se tiene de hecho, que el proceso de investigación se ha iniciado con la orden de fiscalización establecida mediante nota OF/ IP/DPC/ 006/ 2008 de fecha 5 de noviembre de 2008, por lo que a la fecha del inicio de la acción sancionatoria, que en este caso es la nota de cargos AP/DJ/DPC/3475/2010 emitida por la AP en fecha 29 de noviembre de 2010 y notificada a nuestra AFP el 22 de diciembre de 2010, ya han transcurrido más de dos años, operando la prescripción conforme lo establecido por el artículo 79 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo.*

Pretender contabilizar la prescripción desde el momento que concluyó un proceso investigativo, como lo es una fiscalización, significaría que se hubiera puesto en conocimiento de nuestra institución los indicios de infracción; o por lo menos que su Autoridad tenía ya preconfigurada la comisión de infracciones; y, por lo tanto como obligación que emana de la ley, su Autoridad en el marco de lo establecido por los parágrafos I y II del artículo 17 de la ley (sic) *de Procedimiento Administrativo, debió dictar resolución expresa en un plazo máximo de seis meses, haciéndose pasible, de no hacerlo, a los alcances del régimen de responsabilidad por la función pública, conforme a lo previsto en la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamentales y disposiciones reglamentarias."*

Al respecto, evocando la interpretación sistemática y ideológica plasmada en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre de 2006, tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo así como del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo ***(D.S. N° 27175)*** *para el SIREFI y aplicando el principio de inexcusabilidad implícito en el artículo 52, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo* ***(Ley N° 2341),*** *se tiene que, el artículo 80, parágrafo I, de la Ley N° 2341, referente a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: "El*

procedimiento sancionador se regirá (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y TV del Título Tercero de esta Ley".

El artículo 39 de la Ley N° 2341, especifica (sic) *que los procedimientos administrativos, incluyéndose en ellos los sancionatorios,* ***podrán iniciarse de oficio,*** *o a solicitud de persona interesada, determinando el artículo 40, parágrafo I, de la ley adjetiva administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento* ***se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente****.*

Asimismo, se recuerda al regulado que el artículo 65, parágrafo I del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento", (las negrillas son nuestras).

En ese sentido, de la revisión de antecedentes esta Autoridad tuvo presente que si bien las infracciones imputadas a Futuro de Bolivia S.A. AFP acontecieron durante el Primer Semestre de la Gestión 2007; sin embargo, se evidenció la interrupción de la prescripción para la iniciación del presente Proceso Administrativo Sancionador ***(PAS),*** *considerando la Orden de Fiscalización OF/IP/DPC/006/2008 de fecha 05 de noviembre de 2008, la evaluación de trámites correspondientes a las prestaciones de invalidez y muerte de Riesgo Común y Riesgo Profesional del primer semestre/2007, que concluyó con la suscripción del* ***Acta de Cierre de 03 de diciembre de 2008*** *entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros* ***(ex SPVS)*** *y Futuro de Bolivia S.A. AFP.*

Asimismo esta Autoridad, pese al vertiginoso transcurso del tiempo de duración de la Fiscalización a las Prestaciones de Invalidez y Muerte de Riesgo Común y Riesgo Profesional, solicitadas en el Primer Semestre de la Gestión 2007 y el inicio del PAS, se verificó también que la prescripción quedó interrumpida debido a la comunicación formal del mismo, con la entrega de la ***nota AP/DJ/DPC/3476 el 03 de diciembre de 2010****.*

Por lo que, la potestad sancionadora de esta Autoridad subsiste al presente, en el entendido de que la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ***(ex AP)*** *comunicó a la AFP la iniciación del P.A.S., dentro de los dos (2) años para la iniciación de la acción administrativa sancionatoria.*

Por lo que, de la normativa señalada contenida en la Ley N° 2341 y el D.S. N° 27175, se reconoce a esta Autoridad la potestad de iniciar inclusive de oficio las investigaciones que considere pertinentes, a los fines de identificar presuntas conductas lesivas al ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados, con lo que la prescripción de la acción administrativa sancionatoria iniciada de oficio (control o fiscalización) como en el presente caso, quedó interrumpida con el inicio de las investigaciones y diligencias preliminares, siendo estas de conocimiento del infractor.

Finalmente, se tiene que esta Autoridad de forma congruente entre la norma vigente y los hechos que se invocan, considera que los argumentos del regulado no modifican el razonamiento jurídico adoptado en la R.A. 014-2011, con relación a la prescripción.

DE LAS SANCIONES IMPUESTAS.

AL CARGO Nº 1

En el Recurso de Revocatoria, Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala lo siguiente:

"a) De acuerdo a nuestra explicación y con el respaldo de la jurisprudencia sentada por el SIREFI, la acción sancionatoria ha prescrito, tomando en cuenta que el pago se hizo efectivo mediante cheque de fecha 3 julio de 2007, y la liquidación de primer pago fue emitida el 01 de junio de 2007, habiendo transcurrido hasta la fecha de inicio de la fiscalización 1 año, 4 meses y 2 días; y desde ese momento hasta la fecha de inicio de la acción sancionatoria 2 años y 24 días considerando que el artículo 82 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que la etapa de iniciación del proceso administrativo sancionador se formalizará con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados; y no así con la citación para la notificación.

b) En nuestra nota de descargo FUT.AP.BEN 0012/2011 de fecha 5 de enero de 2011, se hace referencia a que la liquidación de primer pago y primer cheque se encontraban en el expediente, adjuntándose copia de ello, por lo que extraña la aseveración de su Autoridad en el Sentido de que no se lo hubiera hecho, sin embargo adjuntamos nuevamente copia del respaldo extrañado."

Con relación a la prescripción invocada, esta Autoridad se remite al parágrafo precedente denominado "A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y A LA PRESCRIPCIÓN."

Asimismo, mediante nota SPVS/IP/DPC/2781/2008 de 06 de noviembre de 2008, la Autoridad Reguladora recomendó al Regulado que los expedientes cuenten con la documentación completa para cada caso, desde la solicitud hasta el pago de acuerdo a lo establecido en las disposiciones legales en vigencia, advirtiéndose que de no ser proporcionada dicha documentación la misma sería considerada como inexistente.

Durante el trabajo de campo se observó que el trámite NUA 34680871 no contaba con la primera Boleta de Pago, a cuyo efecto, en la Notificación de Cargos, se le concedió el plazo respectivo para que presente esta documentación, sin embargo, solo argumentó que la Boleta de Pago se encontraba en el expediente, sin adjuntar prueba de ello. A la fecha, en el Recurso de Revocatoria reiteran el mismo argumento, sin adjuntar copia de la Boleta de Pago o copia del primer Cheque emitido.

Respecto al argumento de la prescripción que invoca la AFP, el mismo ya fue analizado al inicio del presente análisis, quedando establecido que en el procedimiento sancionador fue llevado a cabo cumpliendo los plazos establecidos en normativa vigente.

Por lo expuesto, los argumentos de la AFP no son considerados válidos por esta Autoridad ratificándose el cargo sancionado.

AL CARGO N° 2

La AFP señala, lo siguiente: "... a) La normativa vigente no establece cuantas son las

gestiones que se deben efectuar para el efecto, más aun cuando existen constancias de haberse practicado las notificaciones respectivas en representación del Afiliado como bien reconoce su Autoridad, en fechas: 10 de julio de 2001, 03 de septiembre de 2007, 22 de octubre de 2008, y además 13 de noviembre de 2008. Que no hacen más que evidenciar que se ha dado cumplimiento a lo prescrito por el inciso e) del artículo 31 de la ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del decreto(sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

b) Además por el detalle de fechas arriba citadas, se tiene también que ha operado la prescripción de la acción sancionatoria, ya que han transcurrido desde la fecha de inicio de la fiscalización y su cierre respectivo, hasta la fecha de inicio de la acción sancionatoria con la notificación de los cargos, más de 2 años."

El presente cargo se trata de una Pensión de Invalidez en el que la Entidad Encargada de Calificar (EEC), solicitó documentación complementaria a la AFP a objeto de realizar la calificación del Dictamen en favor de su Afiliado, siendo que la norma establece la obligatoriedad de la AFP de notificar al Afiliado en procura de obtener el Dictamen correspondiente. Sin embargo, contrariamente a lo establecido en normativa vigente, la AFP no cumplió su labor dejando transcurrir más de un año, desde el 03 de septiembre de 2007 al 22 de octubre de 2008, sin que pueda evidenciar mayores gestiones durante ese lapso; lo que demuestra además la falta de cuidado exigible como un buen padre de familia en el presente caso.

Para mayor fundamento en relación a la prescripción, esta Autoridad se remite al análisis expuesto en el parágrafo precedente denominado "A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y A LA PRESCRIPCIÓN."

AL CARGO N° 3

La AFP señala: "... a) Según la imputación de cargos efectuada por la AP, existió un error en el cálculo para el pago del retroactivo de la Pensión de Invalidez considerando que por efecto de la revisión del dictamen se estableció una pérdida de capacidad laboral del 66% originada por accidente correspondiente a Riesgo Profesional, generando una demasía en dicho pago.

Realizada la revisión de los pagos de manera detallada, se ha establecido que tal diferencia en la práctica no existió a la fecha del trabajo de campo de fiscalización, pues el pago efectuado en la planilla de agosto de 2008 mediante pago de fecha 04 de septiembre de 2008, considero (sic) *el cálculo de la pensión devengada tomando en cuenta la nueva calificación de riesgo desde la fecha de solicitud, menos los pagos efectivamente realizados, por lo que no existió ningún pago en demasía.*

De la misma revisión, efectivamente se detectó un pago en demasía en el pago del aguinaldo de esa gestión por un total de Bs. 513.57, monto que ya fue repuesto al la cuenta de Riesgo Profesional más el monto de Bs. 125.95 por concepto de intereses, por lo que no existe daño ni al Afiliado, ni al fondo.

b) En el presente cargo, es importante mencionar que el pago regularizado por nuestra institución, no entraría en la supuesta diferencia que fue imputada por la AP, toda vez que el pago de aguinaldo fue realizado de forma paralela al proceso de fiscalización cumplida

(sic) *por la AP, por tanto al momento de la fiscalización dicho error no habría aun* (sic) *sido generado, este hecho guarda relevancia toda vez que no existe la fundamentación ni el detalle del supuesto pago en exceso ni en la Nota de Cargo; y menos en los Informes Técnico INF/AP/DPC/008/2011 e Informe legal AP/DJ/008/2011. En concordancia con ello se tiene que de igual manera la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 014-2011 de 19 de enero de 2011, no hace la relación de montos del supuesto pago en demasía en ningún momento, hecho que consideramos enerva los derechos de nuestra institución al no existir fundamento comprobado y demostrado por parte de la AP, del supuesto hecho infractor, menos aun* (sic) *existe una demostración clara del periodo y la diferencia que supuestamente existió; vulnerando de esta manera el principio de congruencia establecido por la jurisprudencia sentada por las Resoluciones Administrativas Jerárquicas emitidas por el SIREFI que debe regir el accionar de la administración en todos sus actos.*

c) En este caso y en lugar de buscar la verdad material, principio reconocido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, su Autoridad bajo supuestos no fundamentados, ni demostrados ha inducido a nuestra Administradora al error, causándonos daño económico, situación que debe ser corregida para no llenar de más vicios el presente proceso sancionador.

d) Sin embargo de lo anterior, y por la fecha de emisión del pago del reintegro (04 de septiembre de 2008) se tiene que han transcurrido más de dos años desde que se cometió la infracción, considerando también el inicio del proceso de investigación (la fiscalización), su cierre o terminación, V, el inicio del proceso sancionatorio con la notificación de cargos el 22 de diciembre de 2010, por lo que la acción sancionatoria también se halla prescrita."

El presente cargo fue imputado con indicios de incumplimiento a la normativa, al advertirse error entre la liquidación del primer y segundo pago por concepto de Pago de Pensión de Invalidez.

En la Notificación de Cargos realizada a Futuro de Bolivia S.A. AFP se le advirtió que de no presentar pruebas de descargo, en el término previsto se emitiría la resolución correspondiente. Sin embargo, la AFP no consideró este aspecto, presentando sus argumentos de descargo mediante nota FUT.AP.BEN 0012/2011 de 05 de enero de 2011, señalando para el presente cargo lo siguiente:

"...NUA 34186487 DAVID MAMANI QUIZAYA: El monto pagado en exceso al Afiliado esta (sic) siendo repuesto a la cuenta de Riesgo Profesional/Laboral más los intereses correspondientes con recursos propios."

La AFP no remitió argumento y menos documentación que permita a esta Autoridad analizar el descargo, por el contrario aceptó de manera tácita la imputación realizada, por lo que la Autoridad Reguladora en el marco de sus atribuciones instruyó a la AFP presentar el detalle de las liquidaciones del primer y segundo pago, así como el monto sujeto de reposición en cuotas al valor cuota actual a reponerse al fondo correspondiente.

A la fecha, el Recurso de Revocatoria presentado establece, no existir diferencia entre la primera y segunda liquidación de pago, adjuntando los montos de la liquidaciones efectuadas.

Sin embargo, de acuerdo a la documentación obtenida durante la fiscalización realizada,

se observa la existencia de la liquidación de pago firmada por el Afiliado David Mamani Quizaya emitida por la AFP el 04 de julio de 2008, cuyo pago sólo indica incluir el periodo de julio/08 más pagos los retroactivos.

En base a la documentación remitida por la AFP, se efectuó el análisis correspondiente, observándose que la liquidación efectuada en la segunda liquidación de 04 de julio de 2008, incluiría además el pago de agosto/2008, aspecto que no podría deducirse y/o determinarse como evidente por la Autoridad Reguladora, si no se cuenta con la aclaración y documentación respectiva por parte de la AFP.

Adicionalmente, se aclara que la "Liquidación de Pago Pensión por Invalidez" emitido en fecha 04 de julio de 2008 por un monto de Bs4,025.59 (Cuatro mil veinticinco 59/100 Bolivianos), sólo indica incluir el pago del periodo correspondiente a julio/2008 más los pagos retroactivos, y no así agosto/2008 inclusive, por lo que la documentación generada por la AFP no contaría con toda la información suficiente que permita informar al Afiliado ni a la Autoridad competente que efectúa la fiscalización, hasta que periodo se estaría pagando al Afiliado.

Futuro de Bolivia S.A. AFP no presentó descargo alguno en la etapa procedimental destinada para este efecto, cual es la etapa de presentación de descargos, para que la Autoridad competente pueda analizar todas las pruebas, argumentos, documentos y otra información que determine la existencia de incumplimiento o no a la normativa vigente, información que la Administradora posee en los registros de sus archivos.

Por lo expuesto en aplicación y respetando el debido proceso y el derecho a la defensa, en virtud a toda la documentación presentada mediante nota FUT.APS.BEN 1010/2011 de 20 de junio de 2011, misma que fue solicitada por esta Autoridad, corresponde levantar la sanción al cargo imputado, al considerar que la información remitida por el regulado es suficiente para desestimar el cargo.

Con relación al pago de aguinaldo correspondiente a la gestión 2008 pagada en demasía, se observó, que la AFP efectuó de forma correcta la reposición a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, haciendo uso de sus propios recursos. Cabe señalar que este pago no fue observado por esta Autoridad, al ser posterior al trabajo de fiscalización, sin perjuicio de ello, la reposición debía realizarse conforme lo hizo la AFP al haber detectado un pago incorrecto.

Con relación a la prescripción que señala la AFP, esta Autoridad se remite al análisis puesto en parágrafo precedente denominado "A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y A LA PRESCRIPCIÓN."

AL CARGO N° 4

La AFP señala lo siguiente: "...a) La infracción imputada y sancionada corresponde a los pagos de pensión por invalidez que recibió la Afiliada hasta la fecha de su fallecimiento el 28 de marzo de 2007, por lo que desde la fecha del inicio y conclusión del proceso investigativo, hasta la notificación con los cargos, han transcurrido más de 2 años, operando la prescripción invocada por nuestra AFP.

c) Por otra parte de manera arbitraria se ha dispuesto el pago del 10% del Salario Base a la Cuenta individual (sic) *de la Afilada con recursos propios de nuestra AFP, olvidándose su*

Autoridad que ese pago está financiado exclusivamente por la cuenta de siniestralidad que corresponde al Seguro de Riesgo Común, como lo dispone el artículo 16 inciso b) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; pasando por alto así, el principio de sometimiento pleno a ley establecido por el inciso c) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo."

Con relación a la prescripción que indica la AFP, esta Autoridad se remite al análisis expuesto en el parágrafo precedente denominado "A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y A LA PRESCRIPCIÓN."

Asimismo es importante aclarar que se sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento a lo establecido en normativa vigente, al constatar la inexistencia del diez por ciento (10%) mensual de Salario Base de la Afiliada declarada inválida, con destino a su Cuenta Individual correspondiente a febrero de 2007.

Futuro de Bolivia S.A. AFP al ser notificada con cargos, destinó el diez por ciento (10%) a la Cuenta Individual de la Afiliada inválida, con recursos propios, acreditando el pago de Bs218.09 (Doscientos dieciocho 09/100 Bolivianos) equivalente a 0.4597 cuotas. En el caso de haber efectuado el pago oportunamente conforme establece la normativa, el Fondo de la Cuenta de Siniestralidad hubiese cubierto el pago respectivo, sin embargo, la AFP no cumplió lo dispuesto en normativa descuidando la disposición del pago a la Cuenta Individual, misma que día a día genera rentabilidad a favor de la Afiliada, por lo que no corresponde viabilizar el pago a través de la Cuenta de Siniestralidad, sino a través de la Administradora que transgredió lo establecido en normativa.

Es importante mencionar, que adicionalmente la AFP incurrió en inobservancia de la normativa en el mismo caso señalado anteriormente, ya que al fallecimiento de la Afiliada inválida, en la liquidación del pago de Solicitud de Pensión por Muerte consideró la fecha de Solicitud y no así la fecha de fallecimiento como correspondía. Por lo tanto, corresponde la reposición del pago a los Derechohabientes con recursos propios de la AFP que incluya los intereses generados a la fecha de pago, al haberse evidenciado la existencia de incumplimiento a la normativa vigente.

Respecto al cumplimiento de la obligación determinada en la R.A. N° 014-2011, Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió la nota FUT.APS.BEN 1010/2011 de 20 de junio de 2011, en el que presenta toda la documentación que demuestra el cumplimiento de lo instruido por la Autoridad Reguladora en la resolución antes señalada.

AL CARGO N° 5

Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala: "... a) La fecha de recepción del Certificado de Estudios, y la fecha de los pagos efectuados, en relación a la fecha de iniciación del proceso de fiscalización e imputación de cargos notificada en fecha 22 de diciembre de 2010, demuestran la inactividad de la administración, por lo que también ha operado la prescripción de acuerdo a la jurisprudencia emanada por el SIREFI."

Con relación a la prescripción que cita la AFP, esta Autoridad se remite al análisis descrito en el parágrafo precedente denominado "A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y A LA PRESCRIPCIÓN."

Asimismo, señalar adicionalmente que en la etapa de presentación de descargos la AFP

no presentó descargo alguno para el presente cargo y tampoco presenta mayores argumentos y/o documentación en su Recurso de Revocatoria, lo que permite realizar el análisis por esta Autoridad conforme la prueba material que se tiene en el expediente, así como los elementos considerados en proceso, que derivaron en sanción.

En este sentido, ante la falta de argumentos de descargo que enerven la infracción, ratificamos el cargo imputado por incumplimiento a la normativa vigente.

AL CARGO Nº 6

La AFP señala, "... a) Como muestra clara de que nuestra administradora ha efectuado todas las gestiones necesarias para obtener la aclaración respecto a la inconsistencia en la información de la fecha de nacimiento de la Derechohabiente Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino, nuestra Administradora cuenta con Fotocopia de la Cédula de Identidad, certificados de Nacimiento y Matrimonio originales correspondientes a la Sra. Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino, observándose en todos estos documentos que la fecha de nacimiento corresponde al 30 de diciembre de 1970 siendo coincidente entre sí. Por lo que nuestra Administradora ha cumplido con la responsabilidad que le asiste en la otorgación de la prestación de muerte conforme a lo establecido por el artículo 27 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

b) En cuanto a la supuesta infracción de lo establecido por el artículo Tercero de la Resolución Administrativa N° 349 de 03 de mayo de 2005, es importante señalar que vulnerando el principio de tipicidad establecido por el parágrafo I de artículo 73 de la ley (sic) *de Procedimiento Administrativo "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias"; y , el principio de congruencia desarrollado a través de la línea jurisprudencial sentada acertadamente por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que "El acto administrativo debe encontrase acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración,* ***deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de de la petición,*** *debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final" (las negrillas son nuestras). La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones no ha configurado de qué manera se hubiera incumplido la disposición imputada, que a la letra señala "…La documentación presentada a la AFP o EA. Según corresponda debe contener como mínimo la siguiente información: a) Nombres y apellidos del estudiante, b) Número de Documento de Identidad del estudiante, c) Duración de la actividad académica, especificando el mes de inicio y conclusión de la misma, d) Identificación de la Institución y funcionario que la emite.*

Como su Autoridad podrá colegir, la norma imputada como infracción no establece que para la recepción del certificado de estudios se debe verificar de manera previa la coincidencia plena de todos los datos requeridos como información mínima, o que esto sea motivo se suspensión de pago, más aun (sic) *cuando el certificado de estudios que remitimos nuevamente a su Autoridad contiene todos los datos requeridos que permiten la clara identificación de la derechohabiente y su acreditación como estudiante al contener nombres y apellido* (sic)*, número de CI, duración de la actividad académica e identificación del funcionario que la emite en papel membretado de la institución*

educativa.

Por todo lo expresado su Autoridad podrá claramente evidenciar que no hay marco normativo alguno que se haya vulnerado por lo que no amerita mantener la sanción por este cargo."

Con respecto a la supuesta falta de tipicidad, se aclara al regulado que la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica, para ejercer la misma se ha incorporado como un principio aplicable en materia sancionatoria el ***Principio de Tipicidad,*** *cuya definición de acuerdo al tratadista Eduardo García De Enterria en su libro Curso de Derecho Administrativo, se resume en "la descripción legal de una conducta especifica* (sic) *a la que se conectará una sanción administrativa".*

Principio de Tipicidad establecido en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo en su artículo 73 "son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias". En el Derecho Administrativo Sancionador, los tipos se remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o prohibición (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007).

En ese sentido, los hechos y situaciones que han sido identificados en la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/3475/2010 de 29 de noviembre de 2010, como indicios de infracción a la normativa que rige a las Prestaciones de Invalidez y Muerte de Riesgo Común y Riesgo Profesional, solicitadas en el Primer Semestre de la gestión 2007, no han sido instituidos de manera discrecional, sino en virtud de características comunes observadas en la conducta que Futuro de Bolivia S.A. AFP asumió en la tramitación de las mismas.

En el entendido de que constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales establecidos conforme a Ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI, tal como lo prevé el artículo 63 del Decreto Supremo N° 27175, en su parágrafo I, este ente regulador ha establecido los cargos expresamente descritos en la citada nota de cargos, como indicios de infracción a la normativa que dan lugar al establecimiento de una sanción concurrente al cargo imputado y no requieren estar expresamente establecidos en las leyes que regulan el accionar de las entidades reguladas por la APS porque en el caso concreto, la AFP tiene deberes establecidos por norma respecto a los Afiliados y Derechohabientes. En adecuación a lo señalado, los preceptos normativos imputados fueron vulnerados en el presente caso al mantener la inconsistencia de información en la fecha de nacimiento de la Derechohabiente y pagar retroactivamente desde la fecha de solicitud sin subsanar la (sic) *dicha inconsistencia, conducta que se adecúa a la norma imputada, pero que además no fue desvirtuada a lo largo del PAS.*

En consecuencia se concluye que esta Autoridad ejerce la facultad legal y expresa para imputar con cargos cuando la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en lo que concierne a las Prestaciones de Invalidez y Muerte de Riesgo Común y Riesgo Profesional, solicitadas en el Primer Semestre de la gestión 2007, se considere en un hecho antijurídico que vaya en contravención a la norma aplicable, todo en aplicación de los principios de competencia, tipicidad y congruencia administrativa.

Con relación al principio de congruencia que cita la AFP, esta Autoridad se remite al análisis descrito en el parágrafo precedente denominado "A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y A LA PRESCRIPCIÓN."

En otra parte del análisis, corresponde señalar también que Futuro de Bolivia S.A. AFP, indica haber realizado las gestiones correspondientes para obtener la aclaración respecto a la inconsistencia en la fecha de nacimiento, adjuntando a su Recurso de Revocatoria las fotocopias del Carnet de Identidad, Certificado de Nacimiento y Certificado de Matrimonio de la Derechohabiente Dalcy Rivero de Ferrufino en el que se observa que la fecha de nacimiento es el 30 de diciembre de 1970, sin embargo, al momento de la fiscalización se observó que el Carnet de Identidad establecía la fecha de nacimiento el 03 de diciembre de 1970, prueba de ello se encuentra en los antecedentes de la fiscalización realizada.

Cabe señalar, que en la etapa de presentación de descargos la AFP tenía el tiempo otorgado en normativa para presentar la documentación requerida, sin embargo sólo argumentó que realizaría las gestiones correspondientes ante la Corte Departamental Electoral para determinar la fecha de nacimiento. A la fecha, la documentación que adjunta, no desvirtúa la sanción impuesta al regulado, ya que durante la fiscalización se evidenció que el expediente mantenía documentación inconsistente que no fue observada por la AFP oportunamente.

Respecto a la siguiente observación en la inconsistencia de la información en el nombre que indica el Certificado de Estudios de la Derechohabiente Leiddy Nicol Ferrufino Meneses y el nombre que indica el Carnet de Identidad existe una diferencia. La norma señala claramente que la documentación presentada a la AFP debe contener como mínimo los nombres y apellidos del estudiante, por lo que esta información debe ser verificada por la AFP. En el presente caso la AFP no se percató de la existencia de la diferencia en el primer nombre de la estudiante en relación a su carnet de identidad, incumpliendo sus funciones para la verificación de la información contenida en la documentación antes del otorgamiento de una prestación, descuidando de esta manera la labor de buen padre de familia en los trámites que se hallan bajo su administración y responsabilidad.

Por lo expuesto, es evidente el incumplimiento a lo determinado en normativa vigente siendo insuficientes los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria por lo que se ratifica el cargo y la sanción impuesta.

AL CARGO Nº 7.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala lo siguiente: "…a) Por la inactividad de la Administración considerando la fecha de la iniciación del proceso investigativo y la imputación o formalización de cargos notificada a nuestra AFP en fecha 22 de diciembre de 2010, ha operado la prescripción de la acción sancionatoria.

b) Sin embargo de lo anterior, se debe tomar en cuenta que de manera contraria a lo que sin prueba documental, y sin siquiera contar con una relación de hechos o de montos pagados como su Autoridad asevera, nuestra Administradora de Fondos de pensiones no ha efectuado el pago de la pensión correspondiente al mes de septiembre de 2008.

c) La sanción por el incumplimiento al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa N°

349/05 de 03 de mayo de 2005,: (sic) *ya está definida por el mismo artículo Quinto de la supra citada norma, al establecer el pago con recursos propios más intereses cuando corresponda, por lo que no se puede imponer otra sanción a no ser la señalada por la misma norma, ya que se estaría vulnerando el principio jurídico establecido por el artículo 73, parágrafo 11 de la ley de Procedimiento Administrativo que prescribe que sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias."*

Con respecto al argumento de la prescripción para el presente cargo, esta Autoridad se remite a lo enunciado en el parágrafo denominado "A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y A LA PRESCRIPCIÓN."

Asimismo, en relación a lo manifestado por la AFP en relación al no pago de la pensión correspondiente al mes de septiembre, debemos manifestar que la Autoridad Reguladora efectuó el respectivo seguimiento al trámite estableciendo con la prueba documental que la Certificación de Estudiante fue presentada a la AFP en fecha 15 de octubre de 2008, observándose que la AFP realizó pagos anteriores haciendo uso incorrecto de los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad. La Autoridad Reguladora notificó a la AFP para que presente los descargos correspondientes, sin embargo, en los descargos presentados mediante nota FUT.AP.BEN 0012/2011 de 05 de enero de 2011 no presentó argumento alguno y menos aún la documentación correspondiente que demuestre lo contrario.

A la fecha, la AFP presenta como argumento en su Recurso de Revocatoria, no haber efectivizado el pago del mes de septiembre de 2008, sin embargo, asume que efectivamente transgredió la norma al haber realizado pagos incorrectos correspondientes a los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto de 2008, afectando los Fondos Colectivos.

Realizada la verificación de la documentación presentada por la AFP y los pagos realizados, se corrobora lo manifestado por la AFP, constatándose que no efectuó el pago correspondiente al mes de septiembre de 2008, sin embargo, esto no exime a la AFP asumir plenamente el cargo imputado, al haber incurrido en pagos incorrectos ocasionando daño al Fondo Colectivo de Siniestralidad.

Por lo expuesto, los demás argumentos esgrimidos por la AFP no tienen mayor sustento, por el contrario permiten confirmar el incumplimiento a la normativa de la AFP, ratificándose la sanción al cargo imputado, a excepción del mes de septiembre/2008, el cual debe ser pagado conforme a norma.

En relación al cumplimiento de lo instruido en la R.A. N° 014-2011 inciso g) del artículo Primero de la Disposición Resolutiva, Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió mediante nota FUT.APS.BEN 1010/2011 de 20 de junio de 2011, adjuntando la documentación que respalda el cumplimiento de la obligación, el mismo que fue debidamente analizado observándose el cumplimiento a lo instruido por la Autoridad Reguladora…"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 21 de julio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 123-2011 de 30 de junio de 2011, expresando lo siguiente:

*"…**I. DE LA PRESCRIPCIÓN INVOCADA.-***

Ratificamos nuestros argumentos expresados en nuestro memorial de fecha 30 de mayo de 2011 mediante el cual interpusimos recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011 remitiéndonos a los precedentes sentados por las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006 y, SG SIREFI RJ 79/2006 de 30 de noviembre de 2006, que establecen con claridad que:

> *"En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por **el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración** y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción" (las negrillas son nuestras).*

Ahora bien para determinar la fecha en que se debe computar la prescripción de la acción sancionatoria, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo de 2006 ha dispuesto que:

> *"**La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción** y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. **Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento**" (las negrillas son nuestras).*

Sin considerar nuevamente lo arriba citado, su Autoridad ha expresado en las consideraciones de la Resolución Administrativa ahora impugnada que:

> *"En ese sentido, de la revisión de antecedentes esta Autoridad tuvo presente que si bien las infracciones imputadas a Futuro de Bolivia S.A. AFP acontecieron durante el Primer Semestre de la Gestión 2007; sin embargo, se evidencio la interrupción la prescripción para la iniciación del presente Proceso Administrativo Sancionatorio **(PAS)** considerando la Orden de Fiscalización OF/IP/DPC/006/2008 de fecha 05 de noviembre de 2008, la evaluación de trámites correspondientes a las prestaciones de invalidez y muerte de Riesgo Común y Riesgo Profesional del primer semestre/2007, que concluyo* (sic) *con la suscripción del **acta de Cierre de 03 de diciembre de 2008** entre las ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros **(ex SPVS)** y Futuro de Bolivia S.A. AFP".*

Sobre la base de lo expresado su Autoridad ha determinado que la suscripción del acta de cierre del trabajo de campo de fiscalización de fecha 03 de diciembre de

2008, ha sido el último actuado de conocimiento de nuestra AFP, por lo que los plazos para la prescripción deben contabilizarse desde el día hábil siguiente a esa fecha. Es importante señalar que su Autoridad no ha expresado en ninguna instancia del proceso administrativo sancionatorio, de que (sic) *manera el acta de cierre de fiscalización ha puesto en conocimiento de nuestra AFP la comisión de infracciones al ordenamiento jurídico que rige la otorgación de las prestaciones de invalidez y muerte de Riesgo Común y Riesgo Profesional, careciendo entonces su razonamiento de interrupción de prescripción, de la debida fundamentación; y cae por su propio peso cuando su Autoridad expresa en los considerandos de la R.A. APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 que:*

> *"...de la normativa señalada contenida en la Ley Nº 2341 y el D.S. Nº 27175, se reconoce a esta Autoridad la potestad de iniciar inclusive de oficio las investigaciones que considere pertinentes, a los fines de identificar presuntas conductas lesivas al ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados,* ***con lo que la prescripción de la acción administrativa sancionatoria iniciada de oficio (control o fiscalización) como en el presente caso, quedó interrumpida con el inicio de las investigaciones y diligencias preliminares, siendo estas de conocimiento del infractor****" (las negrillas y subrayado son nuestros).*

Por nuestra parte, y en su oportunidad, comunicamos nuestro entendimiento en el sentido que ***la fiscalización, es un acto administrativo de investigación de oficio*** *que tiene por objeto determinar si el sujeto regulado está dando cumplimiento a las normas que rigen su actividad o está incurriendo en la comisión de infracciones, por lo que acertadamente la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2007 de 26 de febrero de 2007 estableció que:*

> *"...la prescripción de la acción administrativa* ***quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor (si la cuestión es realizada de oficio),*** *y no necesariamente con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones".*

En apego al principio de verdad material, se tiene de manera inexcusable que en el presente proceso administrativo, la investigación o diligencias preliminares, se han iniciado con la orden de fiscalización establecida mediante nota OF/IP/DPC/006/2008 de fecha 5 de noviembre de 2008, por lo que a la fecha del inicio de la acción sancionatoria, que en este caso es la nota de cargos AP/DJ/DPC/3475/2010 emitida por la AP en fecha 29 de noviembre de 2010 y notificada a nuestra AFP el 22 de diciembre de 2010, ya han transcurrido más de dos años.

Considerando doctrinalmente que la interrupción de la prescripción encuentra su fundamento en la actividad de las partes, que demuestra de manera inequívoca su propósito de mantener viva la causal objeto del proceso sancionatorio; y que hay una diferencia sustancial entre las situaciones suspensivas, que tienen su origen en una inactividad justificada, y los actos interruptivos, que son la consecuencia de una

actividad desplegada por las partes; la falta de actividad del Regulador frente al Regulado; y el transcurso del tiempo, han surtido sus efectos liberatorios, por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 1497del (sic) *Código Civil, y en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, nuevamente invoco la prescripción de las infracciones imputadas.*

II. DE LAS SANCIONES IMPUESTAS.-

Cargo N° 1:

Sin perjuicio de la prescripción invocada debemos señalar que:

a) En nuestra nota de descargo FUT.AP.BEN 0012/2011 de fecha 5 de enero de 2011, se hace referencia a que la liquidación de primer pago y primer cheque se encontraban en el expediente, adjuntándose copias de los mismos. Mediante Memorial de fecha 30 de mayo; y según lo expresado en nuestro Otrosí Segundo, adjuntamos por segunda vez la documentación extrañada por su Autoridad. Por lo que llama la atención lo expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 123-2011 cuando se señala que: "A la fecha, en el Recurso de Revocatoria reiteran el mismo argumento, sin adjuntar copia de la Boleta de Pago o copia del primer cheque emitido", situación alejada de la verdad como se desprende del propio sello de recepción de la nota de descargo y del memorial del recurso de revocatoria recibido por la APS en fecha 31 de mayo de 2011.

b) Por otra parte al momento de imponer sanción contra nuestra AFP, se ha omitido el principio de Bona Fide establecido en el inciso e) del artículo 4° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 que señala textualmente que:

"En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo.", esto en virtud a que nuestra AFP envió la documentación de descargo para su consideración, sin embargo de manera indebida el ente regulador hizo caso omiso de dicha gestión, omitiendo el deber y la obligación del Estado y de los particulares de obrar con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones, una faceta de la actividad del Estado y de los particulares, que propugna por una especial modalidad de participación o colaboración, que se sustenta en la confianza mutua y en la credibilidad en la palabra del otro, vulnerado también, el principio de Inocencia establecido en el artículo 74 de la Ley 2341, determinado a priori la supuesta comisión de parte de nuestra institución de la infracción; así como también el principio de búsqueda de la verdad material, ya que bien pudo la ex AP, actual APS, abrir termino (sic) *de prueba a fin de dilucidar el fondo de la controversia.*

Cargo Nº 2:

Sin perjuicio de la prescripción invocada nuevamente señalamos que:

a) Las normas en las que se fundamenta la supuesta infracción son el inciso e) del artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, que establece entre las obligaciones de nuestra AFP "Representar a los afiliados ante las entidades aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y riesgo profesional..."; y, el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 que determina la obligatoriedad de nuestra parte, de actuar con una conducta enmarcada en el instituto de derecho de un "buen padre de familia". Sin embargo como consta en los antecedentes del presente Proceso Administrativo Sancionatorio nuestra AFP ha demostrado la existencia de gestiones reiteradas ante el Asegurado Braulio Mamani Choque y su Empleador, por lo que rechaza la imputación y sanción impuesta. Además es importante considerar que la normativa vigente no establece cuantas son las gestiones que se deben efectuar para el efecto, y no se puede imputar infracción cuando existen constancias de haberse practicado las notificaciones respectivas en representación del Afiliado en fechas: 1)10 de julio de 2007, 2) 03 de septiembre de 2007, 3) 22 de octubre de 2008, y 4) 13 de noviembre de 2008. Que no hacen más que evidenciar que se ha dado cumplimiento a lo prescrito por el inciso e) del articulo (sic) *31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*

No se puede exigir el cumplimiento de actividades y obligaciones más allá de las señaladas por norma vigente, puesto que esto pondría a los regulados en constante indefensión al vulnerarse el principio de legalidad y sometimiento pleno a las leyes.

Cargo Nº 4

Sin perjuicio de la prescripción invocada manifestamos que:

a) De manera arbitraria se ha dispuesto el pago del 10% del Salario Base a la Cuenta individual (sic) *de la Afilada con recursos propios de nuestra AFP, olvidándose su Autoridad que ese pago esta* (sic) *financiado exclusivamente por la cuenta de siniestralidad que corresponde al Seguro de Riesgo Común, como lo dispone el artículo 16 inciso b) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; pasando por alto así, el principio de sometimiento pleno a ley establecido por el inciso c) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*

b) La falta de oportunidad a la que hace referencia el regulador en los considerandos de la resolución ahora impugnada, incide en la rentabilidad día a día genera este pago a la cuenta individual de la Afiliada. Entonces la consecuencia lógica es el reconocimiento de la rentabilidad que se hubiera generado en la cuenta individual de la Afiliada; y no el pago que le corresponde a la cuenta de siniestralidad más la rentabilidad que hubiera obtenido, excediéndose el regulador en la potestad sancionadora que le compete.

Cargo Nº 5:

Nos remitimos a la prescripción invocada.

Cargo Nº 6:

Sin perjuicio de la prescripción invocada debemos señalar que:

a) *Nuestra Administradora cuenta con Fotocopia de la Cédula de Identidad, certificados de Nacimiento y Matrimonio originales correspondientes a la Sra. Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino, observándose en todos estos documentos que la fecha de nacimiento corresponde al 30 de diciembre de 1970 siendo coincidente entre si* (sic). *Por lo que nuestra Administradora ha cumplido con la responsabilidad que le asiste en la otorgación de la prestación de muerte conforme a lo establecido por el artículo 27 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.*

b) *En cuanto a la supuesta infracción de lo establecido por el artículo Tercero de la Resolución Administrativa Nº 349 de 03 de mayo de 2005, que a la letra señala "...La documentación presentada a la AFP o EA. Según corresponda, debe contener como mínimo la siguiente información:*

   a) Nombres y apellidos del estudiante
   b) Número de Documento de Identidad del estudiante.
   c) Duración de la actividad académica, especificando el mes de inicio y conclusión de la misma.
   d) Identificación de la Institución y funcionario que la emite."

Por lo que nuevamente nos remitimos a los argumentos vertidos en nuestro recurso de Revocatoria, en el cual señalamos que el certificado de estudios contiene todos los datos requeridos que permiten la clara identificación de la derechohabiente y su acreditación como estudiante al contener nombres y apellido, número de C.I., duración de la actividad académica e identificación del funcionario que la emite en papel membretado de la institución educativa, por lo que la diferencia en una letra del primer nombre (LEIDY por LEIDDY) no justifica la imposición de una sanción; y menos en la cuantía establecida.

Cargo Nº 7:

Sin perjuicio de la prescripción al principio invocada manifestamos que:

a) *Nuestra Administradora de Fondos de pensiones como bien reconoce el regulador, no ha efectuado el pago de la pensión correspondiente al mes de septiembre de 2008.*

b) *La sanción por el incumplimiento al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa Nº 349/05 de 03 de mayo de 2005, ya esta* (sic) *definida por el mismo articulo* (sic) *Quinto de la supra citada norma, al establecer el pago con recursos propios más intereses cuando corresponda, por lo que no se puede imponer otra sanción a no ser la señalada por la misma norma, ya que se estaría vulnerando el principio jurídico establecido por el artículo 73, parágrafo II de la ley de Procedimiento Administrativo que prescribe que sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

Por lo que al haberse repuesto las pensiones pagadas mas (sic) *los intereses respectivos, se ha cumplido con la sanción establecida por la normativa vigente; y con la imposición de una sanción adicional de $us 5.001,00 se esta* (sic) *vulnerando el precepto constitucional de non bis in idem establecido en el artículo 117, parágrafo II de la Constitución Política del estado que establece que "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho".*

V. PETITORIO

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP que se extractan de lo dispuesto en la Ley de procedimiento Administrativo, la jurisprudencia sentada por las Resoluciones Jerárquicas emitidas por el SIREFI que evidencia la prescripción de la acción sancionatoria por inactividad de la Administración, es que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de fecha 30 de junio de 2011; que confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011, para que la misma se ajuste a derecho…"

7. MEMORIAL DE 10 DE AGOSTO DE 2011 PRESENTADO POR LA RECURRENTE.-

En fecha 10 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta memorial por el que expresa lo siguiente:

"…En fecha 03 de agosto de 2011, fuimos notificados con el Auto de fecha 29 de julio, por el cual se admite el recurso interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 123-2011 de fecha 20 de junio de 2011, por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 56 del decreto (sic) Supremo Nº 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito que se incluya la documentación que adjuntamos en fojas 03 consistente en: copia de la nota SPVS/IP/DPC/2781/2008 de fecha 06 de noviembre de 2008, copia del Acta de Inicio de la Orden de Fiscalización SPVS/IP/DPC/006/2008; y, copia del Acta de Cierre de la Orden de fiscalización, de la cual se desprende que "Futuro de Bolivia S.A. AFP procedió con la entrega de la totalidad de expedientes solicitados (49 expedientes), ***de los cuales se observó que cuentan con todos los documentos en cada expediente".*** *Asimismo, el Acta de Cierre de la Orden de*

Fiscalización: OF/IP/DPC/006/2008, señala que: "...la revisión de los estados de Cuenta y Hojas de Salario Base, así como la revisión de plazos, se efectuará en base a las fotocopias proporcionadas por la AFP, en las oficinas de la SPV." (sic) *Para luego terminar señalando que dicha acta se suscribe como "...constancia de los resultados obtenidos y descritos en párrafos precedentes..."*

Como su Autoridad podrá fácilmente colegir, a la fecha del cierre de la Orden de Fiscalización (proceso investigativo de oficio), no se contaba con ninguna observación; más al contrario como señala el Acta, todos los expedientes estaban completos, por lo que mal puede pretender el regulador imputar y sancionar a nuestra AFP por ausencia de documentos en las solicitudes.

Asimismo es importante señalar que al no existir observaciones en el Acta de Cierre de la Orden de Fiscalización: OF/IP/DPC/006/2008, no se puede considerar dicho acto como el que interrumpe la prescripción de las infracciones, debiendo computarse dicho plazo conforme señala la doctrina y jurisprudencia, desde el día siguiente de cometida la misma.

PETITORIO

Por lo anteriormente expuesto, solicito cordialmente a su Autoridad, se sirva incluir y considerar la documentación adjunta a tiempo de efectuar el análisis y pronunciamiento sobre la presente divergencia…"

8. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA.-

8.1. Documentación complementaria presentada por la entidad recurrente.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES en oportunidad del memorial presentado en fecha 10 de agosto de 2011 -precedentemente referido en el numeral 7 supra-, hizo presente la documentación siguiente:

- Copia de la nota SPVS/IP/DPC/2781/2008 de 6 de noviembre de 2008, remitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros a la ahora recurrente, por la que se comunica la realización de "*una Fiscalización a los trámites de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, correspondientes al primer semestre de 2007*".

- Cuadro de detalle de cuarenta y nueve NUA´s cuya documentación se requirió para la Fiscalización.

- Copia del Acta de Inicio de fecha 17 de noviembre de 2008, referida a la Orden de Fiscalización SPVS/IP/DPC/006/2008, con dos firmas al pie, una ilegible y sin aclaración, y la restante del señor Wilfredo Gutiérrez G., Jefe Nacional de Beneficios y prestaciones de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con la observación "*la fiscalización fue iniciada el 20/11/2008*".

- Copia del Acta de Cierre de fecha 3 de diciembre de 2008, referida a la Orden de Fiscalización OF/IP/DPC/006/2008, con firma al pie del señor Wilfredo Gutiérrez G., Jefe Nacional de Beneficios y prestaciones de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**; en su contenido señala:

  "…*Futuro de Bolivia S.A. AFP procedió con la entrega de la totalidad de expedientes solicitados (49 expedientes), de los cuales se observó que cuentan con todos los documentos en cada expediente.*

  En cuanto a la revisión de los Estados de Cuenta y Hojas de Salario Base, así como la revisión de plazos, se efectuará en base a la (sic) *fotocopias proporcionadas por la AFP, en las oficinas de la SPVS.*

  Como constancia del conocimiento de los resultados obtenidos y descritos en párrafos precedentes, se procedió a la firma de la presente Acta, dando por finalizado el trabajo de campo de la fiscalización.

  Comentarios de la AFP.: (sic) *las fotocopias senaladas* (sic) *fueron extraídas de los expedientes a criterio del funcionario de la SPVS*…"

8.2. Documentación e información complementaria remitida por la instancia inferior recurrida.-

Mediante nota APS/2744/2011 de 22 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta la documentación que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 197/2011 a requerimiento de esta Autoridad Jerárquica, y consistente en:

- Copia legalizada de la nota SPVS/IP/DPC/2781/2008 de 6 de noviembre de 2008, remitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros a la ahora recurrente.

- Cuadro de detalle -copia legalizada- de cuarenta y nueve NUA´s cuya documentación se requirió para la Fiscalización.

- Copia legalizada del Acta de Inicio de fecha 17 de noviembre de 2008, referida a la Orden de Fiscalización SPVS/IP/DPC/006/2008, con dos firmas al pie, una ilegible y sin aclaración, y la restante del señor Wilfredo Gutiérrez G., Jefe Nacional de Beneficios y prestaciones de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con la observación "*la fiscalización fue iniciada el 20/11/2008*".

- Copia legalizada del Acta de Cierre de fecha 3 de diciembre de 2008, referida a la Orden de Fiscalización OF/IP/DPC/006/2008, con dos firmas al pie, una ilegible y sin aclaración, y la restante del señor Wilfredo Gutiérrez G., Jefe Nacional de Beneficios y

prestaciones de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**; en su contenido señala:

> "…*Comentarios de la AFP.: las fotocopias señaladas fueron extraídas de los expedientes a criterio del funcionario de la SPVS*…"

Asimismo y en cuanto a la información complementaria, mediante nota APS/DPC/2973/2011 de 30 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta la que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 204/2011 a requerimiento de esta Autoridad Jerárquica, en los siguientes términos:

> "…*informamos que el objetivo de la fiscalización realizada en Futuro de Bolivia S.A. AFP, fue la verificación de Solicitudes de Pensión de Invalidez y Muerte iniciadas durante el primer semestre de 2007. En este sentido, es importante aclarar que no todas las solicitudes fiscalizadas han concluido en el pago de una pensión, ya que pueden haberse dado casos de rechazo por incumplimiento de requisitos o haber derivado en el cobro de Recargos. Por tanto, no todos los expedientes fiscalizados deberían necesariamente haber contado con el comprobante de pago.*
>
> *Posteriormente, en la elaboración del Informe de Fiscalización se consideraron todos los documentos obtenidos, analizándose caso por caso el cumplimiento a la normativa vigente. En el presente caso, sucedió que efectivamente los trámites de invalidez con NUA 27431496 y 34680871 no contaban con el comprobante de pago requerido.*
>
> *Finalmente, mencionarle que en el Acta de Cierre de la fiscalización se indicó "…Futuro de Bolivia S.A. AFP procedió con la entrega de la totalidad de expedientes solicitados (49 expedientes), de los que se observó que cuentan con todos los documentos en cada expediente…", haciendo referencia a la revisión de los expedientes en el marco del objeto de la fiscalización*…"

9. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 26 de agosto de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Por nota SPVS/IP/DPC/2781/2008 de fecha 6 de noviembre de 2008, la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros comunicó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, que:

> "*…el personal de la Intendencia de Pensiones, efectuará una Fiscalización a los trámites de Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, correspondientes al primer semestre de 2007.*
>
> *En este sentido, se solicita a su Institución preparar toda la documentación pertinente y poner a disposición de esta Intendencia a partir del día jueves 20 al jueves 27 de noviembre de 2008, de los trámites de Pensión por Invalidez y Muerte detallados en el cuadro adjunto.*
>
> ***Se recomienda que los expedientes cuenten con la documentación completa para cada caso (desde la solicitud hasta el pago) de acuerdo a lo establecido en las disposiciones legales en vigencia, puesto que si dicha documentación no es proporcionada por su Entidad, será considerada como inexistente***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La revisión de los documentos se realizó entre fechas 17 de noviembre de 2008 y 3 de diciembre de 2008, conforme sale de las actas de inicio y de cierre; emitiéndose el Informe Técnico INF/IP/DPC 043 2008 de 29 de diciembre, cuya parte de antecedentes hace referencia, precisamente a la Orden de Fiscalización OF/IP/DPC/006/2008, y que habría detectado infracción al a normativa de pensiones.

Posteriormente y en razón a haberse solicitado "*efectuar consultas a Futuro de Bolivia S.A. AFP para determinar la existencia o no de incumplimiento a la normativa vigente*", en fecha 18 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones emitió el Informe Técnico (complementario) INF/AP/DPC/035 2011, que recomienda "*remitir el presente Informe Complementario a la Dirección Jurídica para su consideración de las aclaraciones realizadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP y fines consiguientes*".

En definitiva, dio lugar a la nota de cargos AP/DJ/DPC/3475/2010 de fecha 29 de noviembre de 2010, que impone siete cargos a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, conforme han sido sustanciados y conocidos en el desarrollo del presente Proceso Administrativo; no obstante y a tiempo de la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 123-2011 de 30 de junio de 2011 "*Se desestima la sanción con relación al* ***Cargo N°3***", repercutiendo que a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico de fecha 21 de julio de 2011, el mismo se limite única y exclusivamente a los restantes seis cargos (Nros. 1, 2, 4, 5, 6 y 7) conforme se evidencia del memorial de fojas 243 a 246.

Consiguientemente, se evidencia la inexistencia de impugnación contra el cargo N° 3, postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico, por lo

que en observancia al artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración de los cargos Nros. 1, 2, 4, 5, 6 y 7, conforme se procederá en los numerales siguientes.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la prescripción.-

El primer argumento planteado por el Recurso Jerárquico, es el que refiere que:

> "…*la falta de actividad del Regulador frente al Regulado; y el transcurso del tiempo, han surtido sus efectos liberatorios, por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 1497del* (sic) *Código Civil, y en conformidad a lo establecido por el artículo 79 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, nuevamente invoco la prescripción de las infracciones imputadas*…"

Por lo que corresponde su análisis, conforme sale a continuación:

2.1.1. Interrupción del término de la prescripción.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES en su Recurso Jerárquico señala que:

> "…*la investigación o diligencias preliminares, se han iniciado con la orden* (sic) *de fiscalización establecida mediante nota OF/IP/DPC/006/2008 de fecha 5 de noviembre de 2008, por lo que a la fecha del inicio de la acción sancionatoria, que en este caso es la nota de cargos AP/DJ/DPC/3475/2010 emitida por la AP en fecha 29 de noviembre de 2010 y notificada a nuestra AFP el 22 de diciembre de 2010, ya han transcurrido más de dos años*…"

Posteriormente, en su memorial de fecha 10 de agosto de 2011, ha ampliado su alegato de la siguiente manera:

> "…***a la fecha del cierre*** *de la Orden de Fiscalización (proceso investigativo de oficio), no se contaba con ninguna observación; más al contrario como señala el Acta, todos los expedientes estaban completos, por lo que mal puede pretender el regulador imputar y sancionar a nuestra AFP por ausencia de documentos en las solicitudes.*
>
> *Asimismo es importante señalar que* ***al no existir observaciones en el Acta de Cierre de la Orden de Fiscalización: OF/IP/DPC/006/2008, no se puede considerar dicho acto como el que interrumpe la prescripción de las infracciones****, debiendo computarse dicho plazo conforme señala la doctrina y jurisprudencia, desde el día siguiente de cometida la misma*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con base en las aseveraciones esgrimidas, esta instancia jerárquica debe proceder con el

análisis legal que permita la correcta aplicación del instituto de la prescripción y de su pretendida interrupción; en la posición de la recurrente que trae a colación la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2007 de 26 de febrero de 2007, que determina:

> "...*la prescripción de la acción administrativa* ***quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor (si la cuestión es realizada de oficio)***…"

Por lo que se tiene que, en el caso de autos, la fiscalización comunicada a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** mediante la nota SPVS/IP/DPC/2781/2008, es la actuación que interrumpe el término de la prescripción, orden que fue recibida por la ahora recurrente en fecha **7 de noviembre de 2008** (fecha de inicio de la interrupción); los actos que le han seguido son el acta de inicio de la fiscalización de 17 de noviembre de 2008 y el acta de cierre de **3 de diciembre de 2008, actuación con la que finaliza la interrupción o inactividad de la administración**.

En este sentido, la posición de la recurrente no condice con los restantes datos que salen del expediente: la fiscalización constituye la actuación que ha venido a determinar la interrupción en la inactividad de la administración, actuación que no ha durado un momento determinado, sino todo el periodo de tiempo comprendido entre el 7 de noviembre de 2008, cuando con la nota SPVS/IP/DPC/2781/2008 se ordena y comunica la fiscalización, hasta el **3 de diciembre de 2008**, cuando se suscribe el acta de cierre, fecha esta última en la que cesa la actividad de la administración y desde la que comienza a correr el término de la prescripción, la que en definitiva no ha acaecido por cuanto, a la data de la notificación a la ahora recurrente con la nota AP/DJ/DPC/3476/2010 (**3 de diciembre de 2010**) por la que se determina la existencia de las responsabilidades en su contra emergentes de la fiscalización realizada, han transcurrido exactamente **2 (dos) años,** importando no haya lugar a la extinción de la infracción por su prescripción, conforme lo hubiera permitido el artículo 79º de la Ley 2341 (de Procedimiento Administrativo).

2.1.2. Trascendencia del contenido de Acta de Cierre de 3 de diciembre de 2011.-

La recurrente alega que la mención "*cuentan con todos los documentos en cada expediente*" referida a los 49 expedientes revisados y que sale en el acta de cierre de fecha 3 de diciembre de 2008, es determinante para no considerar esta actuación como aquella que interrumpe la prescripción, por cuanto determinaría la inexistencia de observaciones sobre las que puedan imputarse responsabilidades.

No obstante, tal Acta de Cierre no puede resultar definitiva, sino que queda sujeta a su valoración técnica posterior, conforme para el caso ha sucedido en los Informes Técnicos INF/IP/DPC 043 2008 de 29 de diciembre de 2008 e INF/AP/DPC/035 2011 de 18 de febrero de 2011.

Basta mencionar que la propia Acta de Cierre es esclarecedora, al señalar que "*se procedió a la firma de la presente Acta, dando por finalizado el* ***trabajo de campo*** *de la*

fiscalización" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) entonces en una secuencia **opuesta a tal *trabajo de campo***, dando lugar al **trabajo de gabinete** (aquel que según Cabanellas en su Diccionario, es "*Toda tarea que se cumple con parsimonia, cuidado y estudio, en despachos, oficinas o laboratorios de investigación*"; en el mismo sentido, la misma nota APS/DPC/2973/2011 señala que otras revisiones se efectuarán "*en las oficinas de la SPVS*").

En tal sentido, el fundamento de la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 014-2011 de 19 de enero de 2011 (después reproducido en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 123-2011 de 30 de junio de 2011) coincide en las fechas señaladas (por tanto en el transcurso de los dos años), cuando establece que:

> "…*se suscribió el Acta de Cierre de fecha **03 de diciembre de 2008**, que da por finalizado el trabajo de campo de la fiscalización, el mismo que se constituye en el último actuado administrativo de conocimiento de la AFP, siendo que **la fecha para computar el plazo de prescripción, corre a partir del día siguiente a la fecha señalada anteriormente**; por tanto no ha operado la prescripción en el presente caso debido a que el presente proceso sancionatorio ha sido comunicado al regulado con nota AP/DJ/DPC/3475/2010 de 29 de noviembre de 2010, entregada el **03 de diciembre de 2010***…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, a través de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 76/2007, ha establecido que:

> "…*La acción de la prescripción administrativa Sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio*…"

Por pertinente, se rescatan los siguientes precedentes administrativos:

> "…*Si bien es cierto que entre la denuncia presentada y la emisión de la Resolución Administrativa Sancionatoria han transcurrido tres años, 5 meses y 28 días, durante este lapso de tiempo, se fueron dando una serie de actos administrativos que prolongaron la investigación sobre lo denunciado, teniendo como consecuencia un trámite administrativo con muchas impugnaciones que derivaron en la interposición de procesos recursivos que obligatoriamente debieron ser tratados y resueltos por las instancias pertinentes*…" (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2010 de 19 de enero de 2010).

> "…*el que computa el plazo para la prescripción desde el día siguiente en que la sanción adquiere firmeza administrativa o por paralización del procedimiento administrativo sancionador, la fecha de inicio de la prescripción se empieza a contar desde la última actuación administrativa de contenido material sancionador que se celebró y a partir de la cual el procedimiento se paralizó de forma ininterrumpida. Esta interpretación coincide plenamente con lo expresado por esta Superintendencia*

General del SIREFI, mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/07 de 10 de enero de 2007…" (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 de 4 de octubre de 2010).

En definitiva, habiéndose suscrito el acta de cierre en fecha **3 de diciembre de 2008** por parte de funcionario autorizado de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** ("*Wilfredo Gutiérrez G.*" - "*Jefe Nacional de Beneficios y Prestaciones*"), y resultando la actuación siguiente (por la que entiende que se le atribuyen responsabilidades) la nota AP/DJ/DPC/3476/2010 notificada en fecha **3 de diciembre de 2010**, entonces han transcurrido **exactamente 2 (dos) años,** determinando que en atención estricta del artículo 79º de la Ley 2341 (de Procedimiento Administrativo), que determina que "*Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años)*", **las infracciones establecidas en los cargos Nros. 1, 2, 4, 5, 6 y 7, así referidos en la nota AP/DJ/DPC/3475/2010 de fecha 29 de noviembre de 2010, no se encuentren prescritas**.

2.2. De las imputaciones y sanción.-

2.2.1. Cargo Nº 1: No contar con copia del primer pago realizado en trámites de Pensión por Invalidez.-

Mediante nota AP/DJ/DPC/3475/2010 de 29 de noviembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), imputó con cargos a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por indicios de incumplimiento a lo establecido en el artículo 123 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 de diciembre de 2000, al advertir que en dos trámites de Pensión por Invalidez con NUA 27431496 y NUA 34680871, solicitados durante el primer semestre de la gestión 2007, los expedientes no contaban con copia del primer pago realizado.

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011, desestimó el cargo imputado con relación al trámite de Pensión por Invalidez de la Afiliada Juana Nojune Vaca (NUA 27431496), debido a que la Boleta de Pago fue remitida por la empresa SÍNTESIS el mismo mes de la fiscalización, sin embargo, sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** respecto al trámite de Pensión por Invalidez del Afiliado Gregorio Apaza Callizaya (NUA 34680871), por no adjuntar copia del primer pago, del cual se realizará el análisis en el presente punto.

Al respecto, el punto 3 de la Circular SPVS-IP-DPC-146/2000 de 28 de diciembre de 2000 establece:

"*…3. Si la solicitud presentada por el afiliado o sus derechohabientes deriva en un beneficio, la copia de la liquidación de dicho beneficio así como la* ***copia del primer cheque*** *deberán ser también archivados en el archivo único del afiliado…*" (Las negrillas y el subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A tiempo del Recurso Jerárquico, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala que:

> "…*llama la atención lo expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 cuando se señala que: "A la fecha, en el Recurso de Revocatoria reiteran el mismo argumento, sin adjuntar copia de la Boleta de Pago o copia del primer cheque emitido", situación alejada de la verdad como se desprende del propio sello de recepción de la nota de descargo y del memorial del recurso de revocatoria recibido por la APS en fecha 31 de mayo de 2011* (…)
>
> *…nuestra AFP envió la documentación de descargo para su consideración, sin embargo de manera indebida el ente regulador hizo caso omiso de dicha gestión, omitiendo el deber y la obligación del Estado y de los particulares de obrar con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones, una faceta de la actividad del Estado y de los particulares, que propugna por una especial modalidad de participación o colaboración, que se sustenta en la confianza mutua y en la credibilidad en la palabra del otro,*…"

Contrariamente a lo señalado por la recurrente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dejó constancia mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de 30 de junio de 2011 que:

> "…*Durante el trabajo de campo se observó que el trámite NUA 34680871 no contaba con la primera Boleta de Pago, a cuyo efecto, en la Notificación de Cargos, se le concedió el plazo respectivo para que presente esta documentación, sin embargo, solo argumentó que la Boleta de Pago se encontraba en el expediente, sin adjuntar prueba de ello. A la fecha, en el Recurso de Revocatoria reiteran el mismo argumento, sin adjuntar copia de la Boleta de Pago o copia del primer Cheque emitido*…"

De la documentación que cursa en los antecedentes se evidencia que lo que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** remitió en calidad de descargo, fue la copia de la **Liquidación** del Primer Pago emitido en fecha 1° de junio de 2007 y la copia de la **Orden de Pago** Nº RINRP-103 de fecha 3 de julio de 2007, ambos con la firma del Afiliado. En este sentido, la recurrente confunde la constancia del pago (expresado en la copia de la Boleta de Pago o copia del primer Cheque emitido) con la Liquidación del Primer Pago y la Orden de Pago, documentos estos dos últimos que **son previos al pago** y que por tanto, no constituyen la constancia extrañada de tal pago, del cual en definitiva, no existe comprobante (que idóneamente es la Boleta de Pago o el Cheque), ni a tiempo de la fiscalización, ni de la notificación de los cargos.

Sin perjuicio de ello, la Entidad Reguladora debió señalar claramente la falta del **primer cheque** en el expediente, no limitarse a manifestar que "*el expediente no contaba con copia del primer pago realizado*".

Más determinante aún, resulta justificado el reclamo de la recurrente cuando señala que

"*nuestra AFP envió la documentación de descargo para su consideración, sin embargo de manera indebida el ente regulador hizo caso omiso de dicha gestión*", por cuanto la entidad recurrida ha omitido pronunciarse sobre tales descargos, lo que importando una inobservancia al debido proceso administrativo (al cual está obligada por disposición del artículo 4º, inciso "c", de la Ley Nº 2341de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo), determina que se habrían infringido los derechos de la recurrente, por consiguiente, siendo determinante en la decisión final de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Empero además, se evidencia en el Ente Regulador su inobservancia al principio de Verdad Material previsto por el artículo 4º, inciso d), de la misma Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo), por cuanto en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011, ha señalado que:

> "…*En cuanto al trámite de Pensión de Invalidez correspondiente al Afiliado Gregorio Apaza Callizaya con NUA 34680871, la AFP se limita a indicar que la Boleta de Pago se encontraba en el expediente; sin embargo, no adjunta al descargo presentado, copia de la misma, por lo que se ratifica el cargo imputado*…"

Entonces, habiendo señalado la recurrente la presentación de la Boleta de Pago, la recurrida ha preferido desechar tal planteamiento sin mayor trámite por no existir descargo de ello, cuando conforme a la norma legal señalada, era su deber "*investigar la verdad material*" de lo afirmado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, entonces dar la oportunidad procesal a la recurrida para demostrar lo por ella afirmado, extremo que consta no haberse cumplido; lejos de ello, el Ente Regulador ratificó su consideración inicial en sentido de no haber adjuntado el descargo señalado.

Es pertinente rescatar lo determinado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, que:

> "…*a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación;* ***derecho a la defensa material y técnica****; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem;* ***derecho a la valoración razonable de la prueba****; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras)* (…)
>
> *Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)*…" (Las negrillas son

insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2.2. Cargo Nº 2: Inexistencia de mayores gestiones para la atención oportuna de los requerimientos de la Entidad Encargada de Calificar.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, al advertir que en el trámite de Pensión por Invalidez correspondiente al NUA 11699115, no existen mayores gestiones para que sean atendidos oportunamente los requerimientos de la Entidad Encargada de Calificar, a objeto de la calificación del Dictamen, transcurriendo más de un año desde la primera notificación realizada al Empleador como al Afiliado (10 de julio de 2007).

Por su parte y a tiempo del Recurso Jerárquico, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala que:

> "…*como consta en los antecedentes del presente Proceso Administrativo Sancionatorio nuestra AFP ha demostrado la existencia de gestiones reiteradas ante el Asegurado Braulio Mamani Choque y su Empleador, por lo que rechaza la imputación y sanción impuesta. Además es importante considerar que la normativa vigente no establece cuantas son las gestiones que se deben efectuar para el efecto, y no se puede imputar infracción cuando existen constancias de haberse practicado las notificaciones respectivas en representación del Afiliado*…"

Esta mención tiene relación con las notificaciones realizadas al Asegurado Braulio Mamani Choque y a su Empleador, conforme a la relación siguiente:

- Nota GRLP.SC-2020/07 de 29/06/2007, recepcionada por SOBOCE en fecha 10 de julio de 2007.

- Nota GRLP.SC-2020/07 de 29/06/2007, recepcionada por el señor Braulio Mamani Choque en fecha 10 de julio de 2007.

- Nota GTK-INF-LP 0725/2007 de 12/08/2007, recepcionada por Futuro de Bolivia S.A. AFP en fecha 14/08/2007, donde la Empresa de Courier GTK Gótica comunica que no encontró al Afiliado.

- Nota GRLP.SC-3057/2007 de 03 de septiembre de 2007, recepcionada por el señor Braulio Mamani Choque en la misma fecha.

- Nota GRLP. SC-5139/2008 de 22 de octubre de 2008, recepcionada por el señor Braulio Mamani Choque en la misma fecha.

- Nota GTK-INF-LP 0843/2008 de 19 de noviembre de 2008, recepcionada en Futuro de Bolivia S.A. AFP en la misma fecha, donde la Empresa de Courier comunica que entregó la nota al Afiliado.

No obstante, la Administradora de Fondos de Pensiones, como responsable de la administración y del otorgamiento de las prestaciones en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, se encuentra obligada a realizar cuanta gestión sea necesaria a fin de atender las observaciones realizadas por la Entidad Encargada de Calificar, para de esta manera se den curso a los trámites en beneficio de sus representados, los Afiliados.

En ese entendido, si bien la ahora recurrente realizó determinadas gestiones dentro del trámite del señor Braulio Mamani Choque, comunicando al Empleador y al Afiliado respecto a la documentación adicional solicitada por la Entidad Encargada de Calificar, como se evidenció precedentemente, es evidente que no realizó ninguna gestión durante más de un año, en el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 2007 y el 22 de octubre de 2008, por cuanto se evidencia que su gestión no ha sido cual manda la norma, es decir, con la responsabilidad correspondiente a un buen padre de familia, toda vez que no puede pretenderse que existió una buena gestión, cuando no ha realizado gestión alguna en representación del Afiliado en el transcurso de todo ese tiempo.

Asimismo, pretender justificar tal inejercicio en que "*la normativa vigente no establece cuantas son las gestiones que se deben efectuar para el efecto*", determina una inobservancia intencional del artículo 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, por cuanto la conducta del *buen padre de familia*, debe ser permanente, de ninguna manera discontinua y menos aún dependiente a unas innecesarias (entonces impertinentes) exigencias específicas de la norma.

Por el contrario, la Administradora de Fondos de Pensiones tiene la obligación de representar a los Afiliados y realizar cuanta gestión sea necesaria a fin de dar curso a los trámites presentados, por lo que queda claro que sí existió incumplimiento por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP al artículo 31º, inciso e), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones) y al artículo 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

2.2.3. Cargo Nº 4: Pensión por Invalidez y Pensión por Muerte de la Afiliada Lourdes Mamani Gonzales con NUA 11788148.-

2.2.3.1. De la falta de pago del diez por ciento (10%) de la Cotización Mensual al Estado de Cuenta Individual.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, al advertir la inexistencia del aporte del diez por ciento (10%) mensual del Salario Base de la Afiliada Inválida, en su Cuenta Individual, correspondiente al mes de febrero de 2007.

A este respecto, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su Recurso Jerárquico señala que:

> "*…de manera arbitraria se ha dispuesto el pago del 10% del Salario Base a la Cuenta individual (sic) de la Afilada con recursos propios de nuestra AFP, olvidándose su Autoridad que ese pago esta (sic) financiado exclusivamente por*

la cuenta de siniestralidad que corresponde al Seguro de Riesgo Común (…)

… la consecuencia lógica es el reconocimiento de la rentabilidad que se hubiera generado en la cuenta individual de la Afiliada; y no el pago que le corresponde a la cuenta de siniestralidad más la rentabilidad que hubiera obtenido, excediéndose el regulador en la potestad sancionadora que le compete…"

Conforme se desprende del Informe INF/IP/DPC/045-2008 de 29 de diciembre de 2008, emitido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, el trámite de Pensión de Invalidez presentado en fecha 2 de febrero de 2007 por la señora Lourdes Mamani Gonzales con NUA 11788148, fue calificado como Riesgo Común por Enfermedad con un ochenta por ciento (80%) de incapacidad, cuyo dictamen fue notificado a la Afiliada en fecha 13 de marzo de 2007.

Consiguientemente, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 16° de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones), correspondía que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** realice el pago del diez por ciento (10%) mensual del Salario Base de la Afiliada, con destino a la Cuenta Individual, por el **periodo de pago de la Pensión de Invalidez**, es decir a partir de la fecha de solicitud (2 de febrero de 2007).

Asimismo, el pago del diez por ciento (10%) del Salario Base correspondiente al mes de febrero de 2007, debió ser cancelado y consiguientemente acreditado a la Cuenta Individual de la Afiliada hasta finales del mes de marzo de 2007; sin embargo, el mismo fue regularizado y pagado por la ahora recurrente conforme se evidencia del Estado de Cuenta Individual, recién el 28 de febrero de 2011.

Nótese que el pago de la cotización mensual del diez por ciento (10%) fue realizado en fecha posterior al fallecimiento de la Afiliada, posterior al pago de la Pensión por Muerte a los Derechohabientes e incluso después de la notificación de cargos. Si bien no ocasionó un perjuicio a los Derechohabientes, ya que dichos aportes no se consideran en el cálculo para la Pensión por Muerte, sin embargo, existió daño al Fondo, debido a que tal como lo señala el artículo 39° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el pago de Pensión por Muerte se realiza con recursos del Seguro de Riesgo Común, al que se fusiona el Capital Acumulado en la Cuenta Individual, siendo en el presente caso de autos que la Administradora de Fondos de Pensiones no consideró la cotización mensual del diez por ciento (10%) correspondiente al mes de febrero de 2007, para el traspaso de la Cuenta Individual al Seguro de Riesgo Común. Asimismo, existió un perjuicio a la Afiliada, ya que su saldo en Cuenta Individual se vio disminuido porque no percibió la rentabilidad por el mantenimiento de valor que sufre la cuota diariamente.

La posición de la recurrente -hecha presente a tiempo de su Recurso Jerárquico-, refiere que:

"…*se ha dispuesto el pago del 10% del Salario Base a la Cuenta individual* (sic) *de la Afilada con recursos propios de nuestra AFP, olvidándose su Autoridad que ese pago*

esta (sic) *financiado exclusivamente por la cuenta de siniestralidad que corresponde al Seguro de Riesgo Común, como lo dispone el artículo 16 inciso b) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; pasando por alto así, el principio de sometimiento pleno a ley…*"

No obstante, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** pasa por alto que, ante su demora en el pago, el Capital Acumulado en Cuenta Individual ha sido traspasado (en fecha anterior al pago de la cotización), ocasionando la pérdida del derecho a que sea la Cuenta de Siniestralidad de Riesgo Común la que financie el pago del diez por ciento (10%) con destino a la Cuenta Individual del Afiliado.

En definitiva, ante la responsabilidad de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** por la demora, y no siendo posible la reposición del 10% del Salario Base a la Cuenta Individual de la Afilada con los fondos de la Cuenta de Siniestralidad de Riesgo Común como lo dispone el artículo 16º inciso b) de la Ley Nº 1732, corresponde que tal reposición la realice con sus propios recursos, conforme lo ha determinado la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011 y lo ha señalado la propia recurrente en su nota FUT.AP.BEN 0012/2011 de 5 de enero de 2011:

"*…se está regularizando el pago del 10% a la Cuenta Individual de la Afiliada, acreditando las cuotas correspondientes a febrero/2007 a valor cuota vigente mas* (sic) *el rendimiento que hubiese generado a la fecha, mismo que esta* (sic) *siendo repuesto con recursos propios…*"

2.2.3.2. Del mal pago de la Pensión por Muerte.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, al advertir que en el trámite de Pensión por Muerte de la Afiliada Lourdes Mamani Gonzáles, presentado en fecha 05 de junio de 2007, realizaron la liquidación a partir de la fecha de solicitud y no así la fecha de fallecimiento (28 de marzo de 2007), como correspondía.

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de 30 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, señaló:

"*…corresponde la reposición del pago a los Derechohabientes con recursos propios de la AFP que incluya los intereses generados a la fecha de pago, al haberse evidenciado la existencia de incumplimiento a la normativa vigente…*"

Con relación a la Pensión por Muerte es evidente que la AFP hizo caso omiso a lo establecido en el artículo 25º del Decreto Supremo Nº 28165 de 17 de mayo de 2005, toda vez que realizó el pago de la Pensión por Muerte desde la fecha de solicitud, siendo que correspondía el pago desde la fecha de fallecimiento.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES mediante nota FUT.AP.BEN 0012/2011 de 05 de enero de 2011, comunicó que regularizaría con recursos

propios, el pago de la pensión entre la fecha de fallecimiento y la fecha de solicitud a los Derechohabientes, más los intereses que correspondían, asimismo, tampoco presenta ningún alegato al respecto en el Recurso Jerárquico presentado, por lo que se determina que la recurrente asume su responsabilidad por la falta de pago, evidenciando el incumplimiento a lo establecido en el artículo 31°, inciso n) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

2.2.4 Cargo N° 5: Existencia de certificado de estudios sin consignación del número de carnet de identidad.-

Con referencia al Cargo N° 5, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala a fojas 244 Vta. que "***Nos remitimos a la prescripción invocada***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) en relación a la pretensión que sale en el numeral I ("*DE LA PRESCRIPCIÓN INVOCADA*") de su memorial de Recurso Jerárquico.

Conforme a ello, no consta mayor fundamento contra el Cargo N° 5, por lo que en atención al artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, la presente Resolución Ministerial Jerárquica limita su consideración a la invocada prescripción, conforme consta en el numeral 2.1 supra, sin que por ello deban ampliarse mayores consideraciones de orden jurídico referidas al merituado Cargo N° 5.

Por consiguiente, se reproducen y ratifican los extremos referidos en el numeral 2.1 supra señalado.

2.2.5. Cargo N° 6: Pensión por Muerte correspondiente al Afiliado Jorge Ferrufino Banegas con NUA 7731188.-

2.2.5.1 Inconsistencias en la fecha de nacimiento de la Cónyuge Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, al advertir que en el trámite de Pensión por Muerte correspondiente al Afiliado Jorge Ferrufino Banegas, existe inconsistencia de información en la fecha de nacimiento de la Derechohabiente Cónyuge Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino, sin embargo, pese a la inconsistencia la Administradora de Fondos de Pensiones efectuó la liquidación del pago y los pagos retroactivos desde la fecha de Solicitud, sin evidenciar que la inconsistencia de la información haya sido previamente subsanada.

De acuerdo a lo señalado en el Informe INF/IP/DPC/045-2008 de 29 de diciembre de 2008, emitido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, se tiene que la fecha de nacimiento de la cónyuge Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino consignada en el carnet de identidad, figura como 03 de diciembre de 1970, y la fecha de nacimiento consignada en el Certificado de Nacimiento es del 30 de diciembre de 1970.

Asimismo, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** a tiempo de presentar sus descargos, mediante nota FUT.AP.BEN 0012/2011 de 5 de enero de 2011, señaló que se están realizando gestiones ante la Corte Departamental Electoral para la determinación de la fecha de nacimiento correcta.

Sin embargo, en su Recurso Jerárquico señala:

> "…*Nuestra Administradora cuenta con Fotocopia de la Cédula de Identidad, certificados de Nacimiento y Matrimonio originales correspondientes a la Sra. Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino, observándose en todos estos documentos que la fecha de nacimiento corresponde al 30 de diciembre de 1970 siendo coincidente entre si* (sic) (...)

Resulta entonces que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, a tiempo de la nota de descargos, ha informado la realización de las gestiones ante el Servicio de Registro Civil (dependiente en ese entonces de la Corte Nacional Electoral), para determinar la fecha de nacimiento correcta de la señora Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino, y posteriormente -en su Recurso Jerárquico- argumenta que tal fecha de nacimiento en todos los documentos presentados es coincidente entre sí (evidenciándose en el expediente una copia del cédula de identidad expedida en fecha 28 de agosto de 2008, con posterioridad al pago de la pensión), entonces posiciones contradictorias.

En lo que hace a este extremo en concreto, tales antecedentes permiten concluir en la certeza de lo determinado por el Ente Regulador en la imposición del Cargo N° 6 y su consiguiente sanción, por cuanto resulta que a tiempo de las actuaciones del órgano administrativo, existía la inconsistencia en el dato de la fecha de nacimiento de la Derechohabiente Dalcy Rivero Quintana de Ferrufino, siendo ello lo que va a dar lugar a la manifiesta intención de la recurrente por subsanarla, por tanto, no constituye un alegato que desvirtúe al Cargo sino, por el contrario, un justificativo a su imposición.

Por lo tanto, resulta evidente que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** no actuó con la diligencia necesaria, al haber realizado el pago de pensión por muerte a la cónyuge Derechohabiente, sin que esta se hubiere encontrado correctamente acreditada.

2.2.5.2 Inconsistencias en el nombre de la Derechohabiente de Leiddy Nicol Ferrufino Meneses en el Certificado de Estudios.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, al advertir inconsistencia de información en el nombre que establece el Certificado de Estudios de la Derechohabiente Leiddy Nicol Ferrufino Meneses, emitido por el Instituto Técnico Domingo Savio el 27 de diciembre de 2007, mismo que sólo tiene una "d" Leidy, siendo diferente a su nombre correcto Leiddy.

A este respecto, la recurrente señala en su Recurso Jerárquico lo siguiente:

"…el certificado de estudios contiene todos los datos requeridos que permiten la clara identificación de la derechohabiente y su acreditación como estudiante al contener nombres y apellido, número de C.I., duración de la actividad académica e identificación del funcionario que la emite en papel membretado de la institución educativa, por lo que la diferencia en una letra del primer nombre (LEIDY por LEIDDY) no justifica la imposición de una sanción;…"

Se debe tener presente que el artículo tercero de la Resolución Administrativa SPVS N° 349 de 3 de mayo de 2005, señala:

*"…**TERCERO. (INFORMACIÓN MÍNIMA).-** La documentación presentada a la AFP o EA, según corresponda, debe contener como mínimo la siguiente información:*

a) Nombres y apellidos del estudiante.
b) Número de Documento de Identidad del estudiante.
c) Duración de la actividad académica, especificando el mes de inicio y conclusión de la misma.
d) Identificación de la Institución y funcionario que la emite…"

De los antecedentes que se cuenta en el expediente se evidencia que el carnet de identidad de la Derechohabiente consigna como: **LEIDDY NICOL FERRUFINO MENESES,** asimismo, el Certificado de Estudios emitido por el Instituto Técnico Domingo Savio en fecha 27 de diciembre de 2007, certifica lo siguiente:

*"…Que, revisados los archivos de notas de nuestra institución la estudiante **FERRUFINO MENESES LEIDY**(sic) **NICOL,** con **C.I. 6328534** s.c. (sic), registrada con el número de código: **SE-64079,** concluyó con el plan de estudio del curso de **OPERADOR EN WINDOWS XP,** en el mes de mayo de 2006…"*

Consiguientemente, el mencionado Certificado de Estudios consigna la información mínima establecida por el artículo tercero de la Resolución Administrativa SPVS N° 349 de 03 de mayo de 2005, respecto a los nombres y apellidos de la estudiante, número de documento de identidad, duración de la actividad académica e identificación de la Institución y funcionario que la emite; asimismo, es evidente que al recepcionar dicho Certificado la Administradora no ocasionó daño ni a los Derechohabientes, ni al Fondo, sin embargo, es deber del regulado al momento de recibir la documentación, verificar que la información contenida en la misma sea consistente entre sí y no presente observaciones.

2.2.6. Cargo N° 7: Pagos sin la debida acreditación de un Certificado de Estudios.-

2.2.6.1. Acreditación del Certificado de Estudios.

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, al advertir que en el trámite correspondiente al NUA 6634, la AFP efectúo pagos de pensión a la Derechohabiente

Wendy Libia Mercado Aguilera, correspondientes a los meses de abril, mayo junio, julio, agosto y septiembre de 2008, sin la debida acreditación del Certificado de Estudios.

Por su parte, la entidad recurrente señala que:

> *"Nuestra Administradora de Fondos de pensiones como bien reconoce el regulador, no ha efectuado el pago de la pensión correspondiente al mes de septiembre de 2008.*
>
> *La sanción por el incumplimiento al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005, ya esta* (sic) *definida por el mismo articulo* (sic) *Quinto de la supra citada norma, al establecer el pago con recursos propios más intereses cuando corresponda, por lo que no se puede imponer otra sanción a no ser la señalada por la misma norma, ya que se estaría vulnerando el principio jurídico establecido por el artículo 73, parágrafo II de la ley de Procedimiento Administrativo que prescribe que sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*
>
> *Por lo que al haberse repuesto las pensiones pagadas mas* (sic) *los intereses respectivos, se ha cumplido con la sanción establecida por la normativa vigente; y con la imposición de una sanción adicional de $us 5.001,00 se esta* (sic) *vulnerando el precepto constitucional de non bis in idem establecido en el artículo 117, parágrafo II de la Constitución Política del estado que establece que "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho"…"*

Es importante traer a colación, la siguiente normativa:

- El artículo 5° de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones establece que:

  "Primer Grado: Son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, mientras no contraiga nuevo matrimonio o sostenga relación de convivencia y los hijos del Afiliado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta los dieciocho (18) años de edad, ***los hijos que sean estudiantes hasta los veinticinco (25) años de edad****…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- El artículo 44° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, señala que:

  "***…****Dicho pago debe efectuarse para todos aquellos Derechohabientes acreditados…"*

- La Resolución Administrativa SPVS N° 349 de 3 de mayo de 2005, señala en sus artículos segundo y cuarto, lo siguiente:

"…***SEGUNDO. (DOCUMENTOS REQUERIDOS).-*** *Para demostrar la calidad de estudiantes la AFP o EA cuando corresponda, debe requerir al Derechohabiente los siguientes documentos:*

a) Para estudiantes de colegio que vayan a cumplir o tengan cumplidos dieciocho (18) años de edad durante la gestión escolar, presentarán Certificado original de Estudios de Colegio.

b) Para estudiantes de carreras universitarias, de maestrías o doctorado, presentar Certificado de Estudios original o Matrícula de inscripción en original o fotocopia legalizada.

c) Para estudiantes de Institutos, centros de formación técnica u otros, presentar Certificado original de Estudios o Matrícula de inscripción en original o fotocopia legalizada…"

(…)

"***…CUARTO.- (PENSIONES POR MUERTE – RC Y RP/RL).-*** *En los casos de Pensiones por Muerte cuyo origen es Riesgo Común o Riesgo Profesional/Laboral, la documentación que certifique la calidad de estudiante debe ser presentada hasta el día quince (15) del mes o día hábil posterior, para que el pago de la pensión al estudiante sea considerada en la planilla del mes. Dicha documentación puede ser presentada a la AFP o EA que realice el pago de la pensión*…"

De la normativa transcrita ut supra, se tiene que para dar curso al pago de Pensión por Muerte, los hijos mayores de dieciocho (18) años y menores de veinticinco (25) años, deben acreditar su calidad de estudiantes, a través de la presentación de Certificado de Estudios.

En el caso en particular, de acuerdo al informe INF/IP/DPC 043-2008 de 29 de diciembre de 2008, la Derechohabiente Wendy Libia Mercado Aguilera presentó la siguiente documentación:

1. Certificado de Estudios emitido por el Colegio Don Bosco, por el último año de colegio en la gestión 2007.

2. Certificado de Estudios emitido por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, presentado a la AFP en fecha 15 de octubre de 2008.

Por tanto, con la presentación del primer Certificado de Estudios la Derechohabiente Wendy Libia Mercado Aguilera se encontraba debidamente acreditada durante toda la gestión 2007, incluyendo el periodo de vacación después de concluida la gestión escolar, es decir hasta marzo de 2008.

Asimismo, con la presentación del segundo Certificado de Estudios, se acreditó como

Derechohabiente de Primer Grado, a partir del mes de octubre de 2008.

Por lo que se concluye que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** realizó el pago de Pensión por Muerte a la Derechohabiente Wendy Libia Mercado Aguilera, por los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y duodécimas de aguinaldo de la gestión 2008, sin que la misma se encuentre debidamente acreditada, en infracción a lo establecido en la normativa vigente, incumplimiento que la recurrida no justifica, limitándose a manifestar únicamente que no realizó el pago de la pensión correspondiente al mes de septiembre de 2008.

Finalmente, la recurrente menciona que la sanción por el incumplimiento al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa SPVS N° 349 de 3 de mayo de 2005, ya está definida por el artículo Quinto de la supra citada norma, al establecer el pago con recursos propios más intereses cuando corresponda, por lo que no se puede imponer otra sanción a no ser la señalada por la misma norma y que al haberse repuesto las pensiones pagadas más los intereses respectivos, se ha cumplido con la sanción establecida por la normativa vigente.

El artículo Quinto de la Resolución Administrativa SPVS N° 349 de 03 de mayo de 2005, determina lo siguiente:

> "…***QUINTO.-(INCUMPLIMIENTO A PLAZOS DE ENVIO).-*** *En el evento que la AFP incumpla el plazo establecido en el artículo cuarto de la presente Resolución y por este motivo no se efectivice el pago de la pensión en su oportunidad, la AFP deberá asumir con sus propios recursos la obligación de este pago, mismo que debe realizarse a partir del último día hábil de cada mes hasta el día siete (7) del mes siguiente, de conformidad a lo establecido en los artículos 44 y 80 del Decreto Supremo N° 24469.*
>
> *De no realizar el pago en el plazo establecido, la AFP adicionalmente deberá pagar con sus propios recursos un interés sobre el monto no pagado, aplicando la tasa que resulte mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal establecida por el Banco Central de Bolivia, utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor...*"

Al respecto, se debe aclarar que dicho artículo se refiere a los casos en los cuales **la Administradora de Fondos de Pensiones no realice el pago respectivo a los Derechohabientes que presentaron su documentación en plazo oportuno,** caso contrario al presente, en el que la Derechohabiente no presentó documentación alguna para acreditarse y sin embargo y contrariamente, la Administradora de Fondos de Pensiones sí realizó el pago de la pensión.

Asimismo, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** confunde la sanción impuesta producto de la infracción, con la reposición del daño ocasionado por la infracción, cuando a tiempo de su Recurso Jerárquico señala que "*al haberse repuesto las*

pensiones pagadas mas (sic) *los intereses respectivos, se ha cumplido con la sanción establecida por la normativa vigente; y con la imposición de una sanción adicional de $us 5.001,00 se esta* (sic) *vulnerando el precepto constitucional de non bis in idem*…"

A los fines de esclarecer tal confusión, resulta pertinente recordar que el artículo 289º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento de la Ley de Pensiones), establece el carácter distinto del daño ocasionado -a ser repuesto- y de la sanción impuesta, cuando establece:

> "…***ARTÍCULO 289. (CONTENIDO DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA).*** *Sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil, las sanciones administrativas impuestas por la Superintendencia, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Afiliados al SSO*…"

En definitiva, así como ha existido la infracción determinada por el Ente Regulador, la sanción por la misma al margen de su reposición no importa una doble penalidad ni inobservancia al precepto constitucional del *non bis in idem*.

2.3. Inexistencia de fundamentación en la imposición de la sanción.-

Conforme se tiene relacionado, mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) ha impuesto a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** las siguientes sanciones:

- Al **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a $us500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en artículo 123 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y a la Circular SPVS-IP-DP-146/2000 de 28 diciembre de 2000.

- Al **Cargo N° 2** con una multa en Bolivianos equivalente a $us 1.500, 00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 31 inciso e) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

- Al **Cargo N° 4** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en los artículos 16, 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 y al artículo 25 del Decreto Supremo Nº 28165 de 17 de mayo de 2005.

- Al **Cargo N° 5** con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, al artículo Tercero, inciso b) de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005.

- Al **Cargo N° 6** con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Tercero de la Resolución Administrativa N° 349/05 de 03 de mayo de 2005.

- Al **Cargo N°7** con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al artículo 27 y 31 inciso n) de la Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo Cuarto de la Resolución Administrativa SPVS N° 349/05 de 03 de mayo de 2005.

No obstante y amén de haber ocurrido las conductas sancionadas, llaman la atención la calificación de las infracciones y las cuantías de las sanciones impuestas, por cuanto, la única referencia a su motivación se limitan a hacer mención a las disposiciones normativas infringidas, **sin fundamentar** las razones por las que las infracciones ameritan determinadas calificaciones de gravedad y las cuantías de las multas establecidas.

Resulta entonces que en el caso de autos, **se desconocen los motivos** de la calificación de gravedad de las infracciones, así como **los fundamentos** a las cuantías impuestas.

Ahora bien; conforme al artículo 287 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones), la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción.

La norma no determina montos precisos para cada sanción calificada, sino que concede al regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma.

Si bien las disposiciones de los artículos 287° y 288° del Decreto Supremo N° 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 1464/2004-R, la que establece:

> "…*Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los*

originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…"

Para el caso, es de tener en cuenta lo señalado por el artículo 288º del Decreto Supremo Nº 24469, cuando dice que "*Las sanciones se aplicarán, por la Superintendencia, según la gravedad de la infracción, acción u omisión…*"

Por tanto, **resulta imprescindible justificar la calificación de las infracciones así como fundamentar la cuantía de las sanciones impuestas, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R, extremos que, en definitiva, se extrañan en la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 014-2011 de 19 de enero de 2011**.

Cabe también remitirse a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, que en sus FUNDAMENTOS JURÍDICOS, textualmente señaló en sus partes pertinentes:

> "*…..En la doctrina del Derecho Administrativo se han esbozado numerosas definiciones acerca de lo que implica el acto administrativo. Por ello, siguiendo la mayoría de la doctrina generalmente aceptada en la materia, podemos concluir que el acto administrativo es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria que emana de un sujeto, la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetiva o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público…..*"
>
> "*…..En nuestra legislación, el Artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que: Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo…..*".
>
> "*…..Por otra parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, OBTENER DECISIONES*

FUNDADAS O MOTIVADAS, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN , CUESTIONAR LOS ELEMENTOS PROBATORIOS ANTES DE LA DECISIÓN, TENER LA POSIBILIDAD DE INTENTAR MECANISMOS IMPUGNATORIOS CONTRA LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse…..".

"….. Cabe precisar que uno de los elementos ESENCIALES del acto administrativo se encuentra en SU MOTIVACIÓN O FUNDAMENTACIÓN que implica que al Administración Pública no puede actuar sin bases orientadores (sic) que le Permitan emitir actos administrativos, DEBIENDO OBSERVARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO Y DE DERECHO QUE CORRESPONDAN AL CASO….."

"…..Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda.....".

"…..El Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra ***LA CAUSA, POR MEDIO DE LA CUAL SE DEBERÁ SUSTENTAR EL ACTO EN LOS HECHOS Y ANTECEDENTES EXISTENTES Y EL DERECHO APLICABLE****. Asimismo, el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto. Concordante con la anterior, el Artículo 30, literal a), de la Ley Adjetiva Procedimental, en cuanto a la motivación,* ***indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos****…..".*

CONSIDERANDO:

Que, de lo expuesto se tiene que **la ahora recurrente FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** ha sido sancionada por haber evidentemente incurrido en varias infracciones a la norma, toda vez que en oportunidad de la fiscalización a los expedientes de "Prestaciones de Invalidez y Muerte de Riesgo Común y Riesgo Profesional solicitadas en el Primer Semestre de la gestión 2007" dispuesta por el Ente

Regulador, resultó que:

- En el expediente correspondiente al NUA 34680871 no cursaba copia del primer pago realizado (Cargo N° 1).

- En el expediente del NUA 11699115 no constan en más de un año, gestiones destinadas a atender los requerimientos de la Entidad Encargada de Calificar (Cargo N° 2).

- En el expediente del NUA 11788148 no se realizó el aporte de la Cotización Mensual del diez por ciento (10%) correspondiente al mes de febrero de 2007 (desde la fecha de solicitud de Pensión por Invalidez, 2 de febrero de 2007), con destino a la Cuenta Individual de la Afiliada, ocasionando un perjuicio tanto al Fondo, como a la Afiliada, asimismo, se evidenció que una vez fallecida la Afiliada Lourdes Mamani Gonzáles falleció, Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó el pago de la Pensión por Muerte desde la fecha de solicitud, no así desde la fecha de fallecimiento (Cargo N° 4)

- En el expediente del NUA 30499392 recibió el Certificado de Estudios de la Derechohabiente Carmen Balcas Mogollón sin tener consignado el número de carnet de identidad (Caso N° 5).

- En el trámite con NUA 7731188 dio curso al pago de la Pensión por Muerte a la cónyuge, sin que esta se encuentre correctamente acreditada, ya que existían inconsistencias en la fecha de nacimiento entre el Certificado de Nacimiento presentado y el carnet de identidad, asimismo existiendo inconsistencias en el nombre de la Derechohabiente Leiddy Nicol Ferrufino Meneses en su Certificado de Estudios (Cargo N° 6).

- En el expediente con NUA 6634 efectuó el pago de Pensión por Muerte a la Derechohabiente Wendy Libia Mercado Aguilera, correspondiente a los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y duodécimas de aguinaldo de la gestión 2008, sin la acreditación debida (Cargo N° 7).

No obstante ello, llaman la atención la calificación de las infracciones y las cuantías de las sanciones impuestas, por cuanto, la única referencia a su motivación se limitan a hacer mención a las disposiciones normativas infringidas, **sin fundamentar** las razones por las que las infracciones ameritan determinadas calificaciones de gravedad y las cuantías de las multas establecidas, resultando que en el caso de autos, **se desconocen los motivos** de la calificación de gravedad de las infracciones, así como **los fundamentos** a las cuantías impuestas.

Que, sin perjuicio de ello y bajo el principio de economía procesal, esta Autoridad ha realizado la compulsa necesaria para la correcta aplicación de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 123-2011 de 30 de junio de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI/DSV/R-86436/2011 DE 22 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 064/2011 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011

FALLO

DECLARA NULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 064/2011

La Paz, 09 de diciembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** contra la nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de 22 de agosto de 2011, referida al Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 568/2011 de 22 de julio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 136/2011 de fecha 4 de noviembre de 2011 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 8 de septiembre de 2011, la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** representada legalmente por su Gerente General, señor Javier Reynaldo Aneiva Villegas, conforme lo acredita el Testimonio de Poder N° 933/2010 de fecha 27 de diciembre de 2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 56 del Distrito

Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Eugenia Quiroga de Navarro, presentó Recurso Jerárquico contra la nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de 22 de agosto de 2011, referida al Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 568/2011 de 22 de julio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DSV/R-94953/2011 con fecha de recepción 13 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de 22 de agosto de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 16 de septiembre de 2011, notificado en fecha 22 de septiembre de 2011, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**, contra la nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de 22 de agosto de 2011.

Que, mediante Auto de fecha 16 de septiembre de 2011, notificado en fecha 22 de septiembre de 2011, se dispone la notificación de **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** con el Recurso Jerárquico interpuesto por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**, contra la nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de 22 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; asimismo, se otorga el plazo no mayor a diez (10) días a efectos de que los terceros legítimos interesados puedan apersonarse y presentar alegatos.

Que, en fecha 3 de octubre de 2011 se apersonan los señores Renzo Boris Nuñez Quiroga, Gerente General, y Derry Daniel Morales Ávilés, Subgerente de Operaciones, de **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.**

Que, en fecha 17 de octubre de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos solicitada por **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** a la que asisten sus representantes, señores Renzo Boris Nuñez Quiroga, Gerente General, Derry Daniel Morales Avilés, Subgerente de Operaciones, e Irascema Lucía Vargas Villarroel, Oficial de Cumplimiento; asimismo, en fecha 4 de noviembre de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos solicitada por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** a la que asisten sus representantes, señores Carlos Eduardo Quiroga Plaza, abogado interno, Daniel Mariaca Alvarez, abogado externo, y Ana María Pacheco Quintanilla, Directora de Supervisión y Análisis.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN DEL COMITÉ DE VIGILANCIA DE LA BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A. No.06/2011 DE 29 DE ABRIL DE 2011.-

Mediante Resolución del Comité de Vigilancia No.06/2011 de 29 de abril de 2011, el Comité

de Vigilancia de la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** sanciona a la **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.**, bajo los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el Comité de Vigilancia de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., en reunión de fecha 29 de abril de 2011, ha tratado y considerado el siguiente tema del Orden del Día:

- ***Incumplimiento de la Sociedad Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa.***

Que, se informó al Comité de Vigilancia que durante el desarrollo de la inspección de seguimiento efectuada por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. a Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa, mediante la revisión del extracto bancario que respalda la liquidación de fondos de la operación, se pudo verificar que la liquidación de la operación detallada en el siguiente cuadro fue efectuada recién el 29 de enero de 2010:

Detalle	***Fecha***	***No. Cpbte.***	***Tipo de Op.***	***Instrumento y Serie***
Compra de VUN a ZZC para cartera propia	*21/01/2010*	*CO-01-00033*	*Compra en firme*	*DPFFPRN18462110*

Que, Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa mediante nota VUN/2933/10, de fecha 29 de diciembre, comunica que la mencionada operación corresponde a una operación para darle bursatilidad al título mencionado para un cliente asegurador, donde la Agencia compró el valor para venderlo a un precio superior, siendo la diferencia de recursos a favor de la Agencia de Bolsa, la misma que evidentemente fue depositada con retraso por su cliente, por lo tanto no es una falta de la Agencia de Bolsa sino del cliente en cuestión y adjunta el reporte de las operaciones de la Agencia de Bolsa realizadas ese día con el título mencionado.

Que, mediante informe técnico y legal dirigido al Comité de Vigilancia No.08/2011, de fecha 20 de abril de 2011, la Directora de Supervisión y Análisis y el Jefe de Asuntos Legales de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. efectúan un análisis del incumplimiento de Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa y concluyen que la Agencia de Bolsa incumplió lo dispuesto por el Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. y la Resolución Normativa de Directorio No.03/2007, en lo referente al plazo de liquidación de las operaciones, debiendo el Comité de Vigilancia sancionar el incumplimiento de Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa.

Que, se puso a consideración del Comité de Vigilancia el informe elaborado por la Dirección de Supervisión y Análisis y la Jefatura de Asuntos Legales, así como toda la documentación relacionada al incumplimiento de Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa.

Que, conocidos y analizados el informe técnico y legal emitido por los funcionarios de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. y toda la documentación correspondiente, el Comité de Vigilancia estableció que corresponde determinar la sanción que se impondrá a Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa aplicando lo dispuesto por el artículo II.20. del Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. A este efecto, el Comité considero el plazo del incumplimiento y la relevancia del mismo…"

En mérito a tales fundamentos, la misma resolución resuelve lo siguiente:

"…***RESUELVE:***

ÚNICO.- *Sancionar el incumplimiento de Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa mediante la aplicación de una multa de tercer rango equivalente a US$1,500.- (un mil quinientos 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)…*"

2. RECURSO DE APELACIÓN.-

Mediante memorial (con la suma "*Interpone Denuncia solicitando la Revocatoria de la Resolución…*") presentado ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 18 de mayo de 2011, **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución del Comité de Vigilancia No.06/2011 de 29 de abril de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…***II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE HECHO***

2.1 *En fecha 24 de noviembre de 2010, la Bolsa Boliviana de Valores S.A, en adelante "BBV", comenzó una inspección a nuestra Agencia de Bolsa, misma que se realizó en nuestras oficinas, con fecha de corte al 31 de Octubre de 2010.*

2.2 *Concluida la revisión por parte de los funcionarios de la BBV, en fecha 15 de diciembre de 2010, la BBV remite mediante nota* ***CITE BBV-DSA N° 1554/2010*** *las observaciones resultantes de la inspección, otorgando el plazo de máximo siete (7) días calendario para que Valores Unión presente descargos, aclaraciones y/o comentarios respecto a las observaciones señaladas en la nota anteriormente citada.*

2.3 *En fecha 24 de Diciembre de 2010, Valores Unión S.A* (sic) *mediante nota* ***CITE VUN/2908/10****, solicita prorroga* (sic) *a la BBV, para la presentación de los descargos.*

2.4 *De esta manera, en fecha 28 de diciembre de 2010, Valores Unión S.A* (sic) *presentó los respectivos descargos y/o comentarios a cada una de las observaciones realizadas por la BBV. Esta presentación de descargos se realizó a través de nota* ***CITE VUN/2933/10****.*

2.5 *Posteriormente, en fecha 13 de Mayo de 2011 la BBV remite nota* ***CITE-BBV-DSAN°723/2011,*** *en la cual señala que analizados los descargos presentados por Valores Unión S.A., el análisis técnico y legal respectivos, se determinan sanciones y recomendaciones a la Agencia.*

Estas sanciones a las que hace referencia la nota CITE-BBV-DSAN°723/2011, consisten en amonestaciones escritas y recomendaciones para que las observaciones no se vuelvan a presentar; Excepto, por uno de los puntos observados, que de acuerdo a la BBV, daría origen a sanción de multa pecuniaria.

2.6 *La observación que la BBV señala como pasible de multa es la siguiente:* ***"La liquidación de fondos de la operación de compra registrada en el comprobante contable CO-01-00033 de fecha 21 de enero de 2010, se efectuó con posterioridad a la fecha de realización de la operación"****.*

Esta observación se encuentra descrita en el punto 2 de la nota ***CITE-BBV-DSAN°723/2011****, en el cual se establece además, la multa que debe pagar Valores Unión S.A* (sic)*, misma que es fijada en Sus* (sic) *1.500 (Mil quinientos 00/100 Dólares Americanos, como multa de tercer rango.*

2.7 *La nota anteriormente citada, aclara que la multa fue determinada y establecida por el Comité de Vigilancia de la Bolsa Boliviana de Valores, a través de* ***Resolución N°6/2011,*** *dictada en reunión de fecha 29 de abril de 2011.*

2.8 *Por este motivo, lo correspondiente en términos legales es la impugnación de la* ***Resolución N°6/2011, emitida por el Comité de Vigilancia de la BBV en fecha 29 de abril de 2011****, impugnación que se realiza en virtud a los siguientes argumentos:*

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO (CARGOS, TIPICIDAD Y MULTA)

3.1 *Primeramente, mencionar que el* ***Artículo XII.10.*** *del Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A* (sic)*, reconoce el derecho de apelación contra las sanciones impuestas por la BBV, señalando que en caso de que éstas sean impuestas por el Gerente General, la instancia correspondiente para atender la apelación es el Comité de Vigilancia, y en caso de que la sanción sea impuesta por el Comité de Vigilancia ya no existe recurso o procedimiento ulterior en la BBV, debiendo dirigirse el solicitante directamente ante el Órgano Regulador. Es por este motivo y teniendo en cuenta que la multa impuesta a nuestra Agencia de Bolsa fue determinada por el Comité de vigilancia* (sic) *de la BBV, que nos dirigimos directamente ante su autoridad.*

3.2 *La BBV basa su determinación de multa principalmente en el siguiente artículo:*

**** Artículo 4 de la Resolución Normativa de Directorio de la BBV RND°03/2007 de fecha 09 de noviembre de 2007, que establece que las operaciones concertadas en los***

Mecanismos SDC Renta Fija Seriados, SDC Renta variable, Mesa de Negociación y Ruedo de la bolsa deben liquidarse en el mismo día de concertada la operación.

*Adicionalmente, menciona el **Artículo II.18 inciso a) numeral (xxi)** de su Reglamento Interno, mismo que señala que es obligación de las Agencias de Bolsa "Cumplir con la Liquidación de las Operaciones en las condiciones establecidas en el presente Reglamento", y el **Artículo 21 inciso b)** de la Normativa para Agencias de bolsa que señala que estas entidades tienen la obligación de "Respetar y cumplir lo establecido en los Reglamentos Internos de las Bolsas de Valores con las que operen, así como lo establecido por su propia normativa interna".*

***3.3** Valores Unión S.A en ningún momento incumple las instrucciones establecidas por la BBV en cuanto al plazo de las liquidaciones, todas nuestras liquidaciones se realizaron y se realizan el mismo día de concertadas las operaciones.*

Sustentamos esta posición trayendo a colación el concepto que la propia BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A (sic) *establece para entender lo que implica una "liquidación de Operaciones". La BBV en el **Capítulo 2 artículo I.5** de su Reglamento Interno de Registro y Operaciones, establece una serie de definiciones, mismas que pretenden justamente, aclarar y permitir un mejor entendimiento e interpretación de todas las disposiciones que contiene el reglamento.*

De esta manera, la definición que establece la BBV para "Liquidación de Operaciones" o simplemente "Liquidación" es la siguiente:

*"Pago del precio pactado y entrega o transferencia de instrumentos Financieros **ENTRE AGENCIAS DE BOLSA COMPRADORAS Y VENDEDORAS** en cumplimiento de operaciones concertadas en los Mecanismos de Negociación de la BBV. El precio pactado podrá ser pagado con fondos, Instrumentos Financieros o con compensación de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento". (Mayúsculas y subrayado es nuestro)*

*De la lectura de este artículo se desprende claramente, que el término "LIQUIDACIÓN", es aplicable y tiene alcance única y exclusivamente a lo que se refiere como **pago de precio y entrega de Títulos entre AGENCIAS DE BOLSA**, de ninguna manera se refiere a pagos entre Agencias de Bolsa y sus clientes. Valores Unión S.A* (sic) *no incumplió con ninguna Agencia de Bolsa, por lo tanto no incumplió con ninguna liquidación de operación. La observación de la BBV fue que de una operación realizada el día 21 de enero de 2010 Valores Unión S.A* (sic) *compró un valor para venderlo a un precio superior y la diferencia de recursos a favor de la Agencia fue depositada por parte de nuestro cliente (empresa aseguradora) días después de realizada la operación. Esta situación se genera entre Valores Unión S.A y uno de nuestros clientes, que deposita días después la diferencia de recursos mencionada, lo cual, de acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores de ninguna manera implica incumplimiento de Valores Unión S.A* (sic)*, no existe*

incumplimiento en la liquidación de la operación, ya que de acuerdo a la propia BBV solo hablamos de liquidación en cuanto a obligaciones entre agencias de bolsa. Al no existir incumplimiento al ***Artículo 4 de la RND°03/2007 de fecha 09 de noviembre de 2007****, tampoco existe incumplimiento a los artículos* ***Artículo*** (sic) ***II.18 inciso a) numeral (xxi) del reglamento*** (sic) ***Interno de la BBV,*** *ni al* ***Artículo 21 inciso b) de la Normativa para Agencias de bolsa****, puesto que Valores Unión cumplió el plazo para la liquidación de sus operaciones, respetó las disposiciones de la BBV y la Normativa para Agencias de Bolsa.*

IV. CONCLUSIONES

La ASFI debe reconocer que la BBV ha impuesto una multa arbitraria, ya que está basada en una infracción que Valores Unión S.A no cometió. La supuesta disposición infringida hace referencia a otra situación, hace referencia a un incumplimiento entre Agencias de bolsa (sic)*, no así entre una Agencia de Bolsa y uno de sus clientes, el hecho de que uno de nuestros clientes haya depositado días después de la operación, una diferencia de recursos a nuestra Agencia de Bolsa, es una situación que no está alcanzada por el propia* (sic) *norma de la BBV, misma que claramente está dirigida a velar por el cumplimiento de pagos y entrega de títulos entre Agencias de Bolsa. Así, la BBV al imponer esta sanción que no es aplicable al presente caso, entra en contradicción con su propia normativa.*

V. PETITORIO

Por lo expuesto y en sujeción al ***Capitulo*** (sic) ***2 artículo I.5 (DEFINICIONES – LIQUIDACION*** (sic) ***DE OPERACIONES)*** *del Reglamento Interno de la BBV, y* ***artículo XII.10 (APELACION*** (sic)***)*** *del mismo cuerpo normativo, solicitamos a su autoridad ordene la REVOCATORIA a la Bolsa Boliviana de Valores de su* ***Resolución De Comité de Vigilancia N° 06/2011****, con todas las formalidades establecidas por ley.*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 568/2011 de 22 de julio de 2011.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 568/2011 de fecha 22 de julio de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y dentro del Recurso de Apelación interpuesto por **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.**, se revoca en todos sus extremos la Resolución del Comité de Vigilancia No.06/2011 de 29 de abril de 2011 emitida por el Comité de Vigilancia de la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**, con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 establece entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de ASFI:

- ✓ *Numeral 1) cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y*

objetivos.

- ✓ *Numeral 2) regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado.*

- ✓ *Numeral 4) vigilar la correcta prestación de servicios por parte de las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.*

- ✓ *Numeral 25) emitir resoluciones administrativas necesarias para instrumentar la aplicación y el cumplimiento de la Ley y sus reglamentos.*

- ✓ *Numeral 29) todas aquellas que sean conferidas por la Ley del Mercado de Valores o sus reglamentos.*

Que, el artículo 31 de la Ley del Mercado de Valores prevé que las bolsas de valores tienen la facultad de establecer su propia normativa interna para regular su organización y funcionamiento dentro del marco de la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos. Dicha normativa debe contener entre otros aspectos el régimen de multas y sanciones.

Que, el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 dispone como objeto de la ley entre otros los siguientes:

- ✓ *Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública.*

- ✓ *Regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados.*

- ✓ *Regular procedimientos especiales.*

Que, el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 ordena que la actividad administrativa se regirá por los siguientes principios entre otros:

…c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

...d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

...f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados.

...l) Principio de informalismo: La inobservancia de exigencias formales no

esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.

...p) Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

Que, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que se considera acto administrativo a toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en dicha norma legal que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Que, el artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Los actos serán proporcionales y adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico.

Que, mediante Decreto Supremo N° 27175 se reglamenta la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 27175 dispone que los Órganos de Supervisión en relación a sus funciones y atribuciones de regular, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con Entidades Financieras aplicarán los procedimientos y recursos administrativos establecidos en dicho cuerpo legal.

Que, el artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria serán:

a) Confirmatorias, cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

b) Revocatorias, cuyo alcance podrá ser total, cuando pronunciándose sobre el fondo dejen sin efecto la resolución recurrida o, parcial cuando pronunciándose sobre el fondo, dejan sin efecto parte de la resolución recurrida.

c) Desestimatorias, cuando el recurrente no haya demostrado vulneración a sus derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos, sin cumplir con el artículo 15 del Decreto Supremo N° 27175.

d) Improcedentes, cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado

o el recurrente no cumpliese con los requisitos exigidos.

Que, el artículo 50, parágrafo II del Decreto Supremo N° 27175 dispone que el recurso de revocatoria se resolverá en el plazo señalado en el artículo 49 a partir del vencimiento del plazo para la presentación de de pruebas.

Que, mediante Resolución ASFI N° 043/2011 de 30 de junio de 2009, se aprobó el Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A

Que, el Título XII, Capítulo 1 Dispone de las Sanciones, sus aspectos generales y tipos de sanción.

CONSIDERANDO:

*Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-69764 de 11 de Julio de 2011, ASFI ha concluido de acuerdo al análisis técnico efectuado que basados en los registros contables de **VALORES UNION S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** se evidencia la liquidación de la operación del día 21 de enero de 2010, pero no el reconocimiento contable de la cuenta por cobrar que alcanza la suma de Bs2.375.- a su cliente N°42, por lo que, la multa de $us1.500.-. interpuesta a través de la Resolución del Comité de Vigilancia de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. N° 6/2011, no corresponde, de acuerdo a la siguiente fundamentación:*

- ✓ ***VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.**, para cumplir las órdenes del 21 de enero de 2010, realizó Operaciones de Cruce por lo que actuó en calidad de Agencia de Bolsa vendedora y Agencia de Bolsa compradora.*

- ✓ *El Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**, aprobado por este Órgano de Supervisión mediante Resolución ASFI N° 043/2009 de 30 de junio de 2009, en su artículo 1.5 define como liquidación de Operaciones o Liquidación, al pago del precio pactado y entrega o transferencia de Instrumentos Financieros entre Agencias de Bolsa compradoras y vendedoras en cumplimiento de Operaciones concertadas en los Mecanismos de Negociación de la Bolsa Boliviana de Valores S.A.. El Precio pactado podrá ser pagado con Fondos, Instrumentos Financieros o con compensación de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Interno de Registro y Operaciones.*

- ✓ *El artículo 4 de la Resolución Normativa de Directorio No.03/2007, de 9 de noviembre de 2007, emitida por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** establece que durante la Fase I de implementación de los Mecanismos de Negociación que se realizan a través del MEB, todas las operaciones concertadas en los Mecanismos SDC Renta Fija Seriados, SDC Renta Variable, Mesa de Negociación y Ruedo de Bolsa se liquidarán en el mismo día de*

concertada la Operación (T).

- ✓ *El Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**, no contempla el término "Liquidación entre una Agencia de Bolsa y sus clientes". Dicho reglamento contempla el término Liquidación únicamente entre Agencias de Bolsas.*

- ✓ *Evaluados los registros contables de **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** se evidencia la liquidación de la operación del día 21 de enero de 2010, conforme el siguiente cuadro:*

Comprobante	Fecha	Cuenta	Debe	Haber
CO-01-000333	21-01-10	102.02.01.1.01	866.355.32	
		101.02.01.1.02		866.355.32
VE-01-00041	21-01-10	101.02.01.1.02	868.730.74	
		102.02.01.1.01		866.355.32
		520.01.01.1.02.01		2.375.42

*Es evidente que de las Operaciones de Cruce realizadas por **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.**, originaron una cuenta por cobrar de Bs2.375.42- a su cliente N°42, que no fueron reconocidos contablemente en los registros de Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa y que los recursos fueron depositados en la cuenta corriente del Banco Unión S.A. N°1-0000001982350 de la Agencia de Bolsa el día 29/1/10 conforme el siguiente cuadro:*

Tipo de operación	Instrumento y Serie	Fecha	N° de Papeleta	Monto Bs
Compra en firme	DPFFPRN18462110	21ENE2010	273350	866.355.32
Venta en firme	DPFFPRN18462110	21ENE2010	273352	868.730.74
		Cuenta por cobrar		2.375.42

El artículo 49 de la Normativa para Agencias de Bolsa, aprobada mediante Resolución N° 751 de 8 de diciembre de 2004, establece que las Agencias de Bolsa podrán otorgar préstamos de dinero, a sus clientes, destinados exclusivamente a la compra de Valores en Bolsa, con una garantía mínima del 80% sobre el monto prestado. La sumatoria de los importes no cubiertos por la garantía no podrá, en ningún momento, ser mayor a una vez el patrimonio neto de la Agencia de Bolsa.

Que, mediante Informe ASFI/DSV/R-71861/2011 de 15 de julio de 2011, ASFI de la revisión a la documentación presentada al efecto, ha concluido lo siguiente:

- ✓ *El artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores, dispone de manera expresa que*

los comprobantes emitidos por las agencias de bolsa que acrediten liquidación final de una operación celebrada entre estas o con sus clientes harán fe entre las partes concurrentes y ante terceros.

- ✓ *Al respecto, los comprobantes de Compra CO-01-00033 y de Venta VE-01-0041 ambos de fecha 21 de enero de 2010, determinaron de manera fehaciente que la liquidación de la operación de cruce efectuada por* ***VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.*** *fue realizada en la misma fecha.*

- ✓ *La* ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.****, en su Reglamento Interno de Registro y Operaciones ha definido en el articulo I.5 que "Liquidación de Operaciones o Liquidación es el pago del precio pactado y entrega o transferencia de Instrumentos Financieros entre Agencias de Bolsa compradoras y vendedoras en cumplimiento de Operaciones concertadas en los Mecanismos de Negociación de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. El Precio pactado podrá ser pagado con Fondos, Instrumentos Financieros o con compensación de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Interno de Registro y Operaciones", disposición que no contempla las operaciones de la Agencia de Bolsa y sus Clientes, en consecuencia nuevamente ASFI ha determinado de manera inequívoca que la liquidación de la operación de cruce mencionada en el párrafo precedente, se ha liquidado el mismo día 21 de enero de 2010.*

- ✓ *De acuerdo al Informe Técnico ASFI/DSV/R-69764/2011, los registros contables de* ***VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.*** *evidencian la liquidación de la operación del día 21 de enero de 2010, el monto de la diferencia depositada posteriormente por el cliente de la Agencia de Bolsa y que corresponde a la suma de Bs2.375.- es un monto que no fue registrado en fecha 21 de enero de 2010 como cuentas por cobrar a su Cliente No. 42 y que por tanto será sujeta de análisis de acuerdo al Manual de Cuentas emitido por esta institución.*

- ✓ *ASFI en el área de su competencia, en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo y en cumplimiento del Principio de verdad material que señala que la administración pública debe investigar la verdad material en oposición a la verdad formal, ha comprobado en idóneo procedimiento administrativo que la sanción impuesta por la* ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.*** *debe ser revocada al no cumplir con el Principio de Congruencia de acuerdo a lo siguiente:*

i) El Principio de Congruencia de acuerdo a las Resoluciones Jerárquicas emitidas, determina que las Resoluciones deben observar que se guarde una estrecha relación de concordancia entre los hechos imputados con la decisión final que se adopta, previo cotejo y análisis de los fundamentos, descargos y justificativos que se presenten…".

ii) En el presente caso, se puede observar que la ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.***

ha sancionado por no cumplirse la liquidación en un mismo día, sin embargo la Agencia de Bolsa ha presentado como descargo que la liquidación se realizo el mismo día con una operación de cruce realizada por la misma Agencia de Bolsa el 21 de enero de 2010.

- ✓ *En consecuencia, dentro del plazo señalado por el artículo 50, conforme lo prevé el artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 y en observancia del mandato de que la Administración Publica esta* (sic) *obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación, corresponde que la forma de resolución del presente Recurso de Revocatoria interpuesto por* ***VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.*** *sea de revocatoria total de la Resolución Nº 6 del Comité de Vigilancia de 29 de abril de 2011, emitida por la* ***BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.*** *…"*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 12 de agosto de 2011, la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 568/2011 de fecha 22 de julio de 2011, bajo los siguientes argumentos:

"…***4. RECURSO DE REVOCATORIA.***

El presente Recurso de Revocatoria, se basa en la siguiente exposición de los argumentos de orden normativo y material respecto a la R-ASFI-568 emitida por ASFI.

4.1. *Valores Unión en fecha 21 de enero de 2010 realizó una Operación con el DPFFPRN18462110, basados en la Orden de Operación No.42-01-10, de acuerdo a solicitud del cliente No.42. Para dar cumplimiento a dicha orden, adicionalmente, Valores Unión ejecutó la Orden de Operación No.46-01-10 a través de una Operación de Cruce, por lo que actuó como* ***Agencia de Bolsa Vendedora y Agencia de Bolsa Compradora****.*

En este sentido, en virtud de lo dispuesto por la normativa interna de la BBV, una vez realizada la Operación de Cruce correspondía que la Liquidación se realice en el mismo día de concertada la Operación (T); es decir que la ***Agencia de Bolsa Vendedora*** *entregue el Valor a la* ***Agencia de Bolsa Compradora*** *y ésta, a su vez, efectúe el* ***pago total*** *a la* ***Agencia de Bolsa Vendedora****. Sin embargo, de la revisión efectuada a los documentos de la Operación de Cruce se observa que Valores Unión en su calidad de* ***Agencia de Bolsa Vendedora*** *registro* (sic) *un depósito de fondos por Bs868.730,74 en la "Cuenta Corriente Banco Unión 10000001982350 INV", de los cuales Bs866.355,32 se netearon con un* (sic) *Operación de Cruce anterior, registrada mediante el Comprobante Contable No.CO-01-00033, resultando una diferencia de Bs2.375,42 a su favor. En consecuencia, dicho abono debería estar reflejado en el Extracto de Movimientos de la Cuenta Corriente Banco Unión 10000001982350 INV de la fecha de la operación, situación que no tiene evidencia en la documentación que fue entregada por Valores Unión a la BBV. Todo esto nos*

lleva a evidenciar que Valores Unión en su calidad de ***Agencia de Bolsa Compradora*** *no efectuó el depósito por la diferencia antes señalada (Bs2.375,42), en el día de concertada la Operación. Cabe señalar que el monto faltante (Bs2.375,42) fue depositado por el cliente de Valores Unión días después de realizada la Operación de Cruce.*

En este sentido, se evidencia que Valores Unión, en su calidad de ***Agencia de Bolsa Compradora****, no cumplió lo establecido por el Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la BBV referido a la Liquidación de Operaciones, entendiéndose como tal al "pago del precio pactado y entrega o transferencia de Instrumentos Financieros entre Agencias de Bolsa compradoras y vendedoras en cumplimiento de Operaciones concertadas en los Mecanismos de Negociación de la BBV".*

4.2. *Según el comprobante contable VE-01-00041, se demuestra que la operación habría sido liquidada y que implícitamente supuso la trasferencia de fondos en su totalidad. Cabe mencionar que si bien el registro contable es producto de un proceso automático de generación en función a la operación realizada en ese día y al verificar la documentación proporcionada por la* (sic) *Valores Unión, en el registro contable se demuestra que la operación de venta del Valor cuenta con un reconocimiento de ingreso por Bs2.375,42 registrado en la cuenta contable No.520.01.1.02 "Depósitos a Plazo Fijo MN" y que los fondos se encuentran registrados en la cuenta contable No101.02.01.1.02 "Cuenta Corriente Banco Unión 10000001982350 INV".*

Al considerarse una operación liquidada, al final del día se debería demostrar que se efectuaron los traspasos de fondos correspondientes por dicha operación, razón por la cual se solicitó a Valores Unión el extracto de movimientos de esa cuenta bancaria y de ese día, constatando que no se mostraba el ingreso reconocido anteriormente, ni tampoco otra información que permita identificar este monto en el mencionado reporte o en cualquier otra documentación auxiliar.

Se debe considerar, que a pesar de reiterados requerimientos de documentación efectuados durante la inspección a Valores Unión, la Agencia de Bolsa no presentó otra documentación adicional que demuestre que en fecha 21 de enero de 2010 se efectuó el traspaso de fondos correspondiente a la Operación de Cruce. Valores Unión en ningún momento informó a la BBV que esta operación habría sido liquidada en registros y en efectivo el mismo día, sino más bien proporcionó como parte de la documentación solicitada otro extracto de movimientos de la cuenta bancaria "Cuenta Corriente Banco Unión 1-10000001982350" correspondiente al 29 de enero de 2010, donde se puede constatar el abono de los fondos reconocidos como ingreso. De la misma manera y de acuerdo a la documentación que respalda las solicitudes efectuadas, Valores Unión no comunicó información adicional respecto a la otorgación de un préstamo a su cliente, así tampoco presentó documentación contable que respalde otras apropiaciones contables que justifiquen el retraso en el depósito efectuado por el cliente o algún ajuste que regularice la información proporcionada en el comprobante contable VE-01-00041.

Cabe señalar, que con relación a la observación antes mencionada y como parte de los descargos presentados, mediante nota VUN/2933/10 de 29 de diciembre de 2010, Valores Unión informó lo siguiente:

"Al respecto la mencionada operación corresponde a una operación para darle bursatilidad al título mencionado donde la agencia compró el valor para venderlo a un precio superior, siendo la diferencia de recursos a favor de la agencia, la misma que evidentemente nos fue depositada con retraso por nuestro cliente, por lo tanto no es una falta de la agencia sino del cliente en cuestión…."

Por lo cual, durante y después del trabajo de campo efectuado durante la inspección, mediante la cual se detectó el incumplimiento, Valores Unión no se pronunció sobre la forma como se habría cubierto el monto reconocido como ingreso y más bien reconoció que se produjo un retraso en el desembolso efectuado por el cliente, por lo cual en función a la información proporcionada por Valores Unión, la operación no fue liquidada íntegramente entre las Agencias de Bolsa Vendedora y Compradora.

4.3. *Es evidente y correcto lo señalado por Valores Unión y la ASFI referido a que el Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la BBV no contempla el término Liquidación entre una Agencia de Bolsa y sus clientes. El Reglamento antes indicado contempla el termino Liquidación de Operaciones, las cuales indudablemente se realizan entre Agencias de Bolsa.*

En este sentido, la BBV en ningún momento observó ni consideró el incumplimiento del cliente de Valores Unión, únicamente se analizó y sancionó el incumplimiento de la liquidación de una Operación pactada por Valores Unión en su calidad de ***Agencia de Bolsa Compradora*** *por el incumplimiento del pago total del precio pactado a favor de Valores Unión en su calidad de* ***Agencia de Bolsa Vendedora*** *dentro del plazo establecido al efecto (T).*

4.4. *Valores Unión mediante memorial de 18 de mayo de 2011 dirigido a la ASFI, señaló lo siguiente: "La observación de la BBV fue que de una operación realizada el día 21 de enero de 2010 Valores Unión S.A. compró un valor para venderlo a un precio superior y la diferencia de recursos a favor de la Agencia fue depositada por parte de nuestro cliente (empresa aseguradora) días después de realizada la operación. Esta situación se genera entre Valores Unión S.A. y uno de nuestros clientes, que deposita días después la diferencia de recursos mencionada, lo cual, de acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores de ninguna manera implica incumplimiento de Valores Unión S.A., no existe incumplimiento en la liquidación de la operación, ya que de acuerdo a la propia BBV solo hablamos de liquidación en cuanto a obligaciones entre Agencias de Bolsa. … La supuesta disposición infringida hace referencia a otra situación, hace referencia a un incumplimiento entre Agencias de Bolsa, no así entre una Agencia de Bolsa y uno de sus clientes, el hecho de que uno de nuestros clientes haya depositado días después de la*

operación, una diferencia de recursos a nuestra Agencia de Bolsa, es una situación que no está alcanzada por la propia norma de la BBV, misma que claramente está dirigida a velar por el cumplimiento de pagos y entrega de títulos entre Agencias de Bolsa".

Al respecto es necesario considerar que el artículo I.5. del RIRO establece la siguiente definición "Liquidación de Operaciones o Liquidación". Pago del Precio pactado y entrega o transferencia de Instrumentos Financieros entre Agencias de Bolsa compradoras y vendedoras en cumplimiento de las Operaciones concertadas en los Mecanismos de Negociación de la BBV. El precio pactado podrá ser pagado con Fondos, Instrumentos Financieros o con compensación de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento".

Por otro lado, el RIRO en su artículo VI.24 señala que una Operación se considerará liquidada cuando los Fondos y los Instrumentos Financieros resultantes de la misma hayan sido entregados y recibidos en las condiciones, plazo de Liquidación y forma de liquidación establecidas según el Mecanismo de Negociación que corresponda.

Por lo anterior, el RIRO de la BBV establece que la Liquidación de una operación se produce en el momento del pago del precio total y la entrega del Instrumento Financiero, efectuado entre las Agencias de Bolsa, vendedora y compradora, que hayan intervenido en una Operación, dentro del plazo establecido al efecto (T).

*En este sentido, tal como se señaló anteriormente, Valores Unión, en su calidad de **Agencia de Bolsa Vendedora y Agencia de Bolsa Compradora**, debió como **Agencia Compradora** en la Operación de Cruce, recibir el Valor correspondiente y pagar la totalidad del precio pactado y como contraparte, en su calidad de **Agencia Vendedora**, debió entregar el Valor correspondiente y recibir la totalidad del precio pactado, lo cual debió haber sido realizado en T, es decir en el día de concertada la Operación.*

*Asimismo, es necesario señalar que la Resolución del Comité de Vigilancia No.6 sancionó a Valores Unión porque se consideró que en su calidad de **Agencia de Bolsa Compradora**, no cumplió en su integridad con el pago de la Operación realizada el 21 de enero de 2010 a favor de la **Agencia de Bolsa Vendedora**, que también es Valores Unión. Es importante señalar que en ningún momento se analizó ni observó el incumplimiento del cliente de Valores Unión ni la relación de los mismos.*

4.5. *Por otro lado, es necesario considerar que la R-ASFI-568 en su parte considerativa invoca lo dispuesto por el artículo 49 de la Normativa para Agencias de Bolsa, que establece lo siguiente: "Las Agencias de Bolsa podrán otorgar préstamos de dinero, a sus clientes, destinados exclusivamente para la compra de Valores en Bolsa, con una garantía mínima del 80% sobre el monto prestado. La sumatoria de los importes no cubiertos por la garantía no podrá, en ningún momento, ser mayor a una vez el patrimonio neto de la Agencia de Bolsa".*

Al respecto, es necesario considerar que de la revisión de la documentación que cursa en el expediente de la ASFI, no se pudo verificar la existencia de ningún documento o Contrato que establezca expresamente la existencia de un préstamo entre Valores Unión y su cliente. Asimismo, tampoco se observó ningún documento que establezca la constitución de la garantía mínima del 80%, exigida por la normativa antes señalada.

De la revisión del Contrato de Prestación de Servicios de fecha 16 de octubre de 2004 (fjs. 118 a fjs. 124) suscrito entre Valores Unión "La Delegada" y Nacional Vida Seguros de Personas S.A. "la Delegante" se evidencia la inexistencia de alguna clausula (sic) *que permita realizar la operación de préstamo entre la Agencia de Bolsa y su cliente.*

Cabe señalar que la clausula (sic) *Décima Quinta de dicho Contrato, establece lo siguiente "En ningún caso LA DELEGADA estará obligada a cumplir instrucciones de compra o venta de valores por cuenta del DELEGANTE si éste no lo ha provisto de recursos o valores necesarios para ello, o bien no existan en su cuenta saldos acreedores por la cantidad suficiente para ejecutar las instrucciones relativas".*

Asimismo, la clausula (sic) *Décima Novena de dicho Contrato establece lo siguiente "EL DELEGANTE deberá en todo momento asegurar el pago de todas las prestaciones o contraprestaciones, comisiones y honorarios que deba a LA DELEGADA".*

Finalmente, en uno de los anexos al Contrato se establece que la modalidad de administración es No Discrecional, el cual se encuentra definido en la Normativa para Agencias de Bolsa de la siguiente manera: "Cuando la inversión de los recursos del cliente se encuentra sujeta a las instrucciones del cliente y en cumplimiento a las órdenes específicas emitidas por éste".

En este entendido, se evidencia que el Contrato suscrito por Valores Unión y su cliente no contempla la facultad de la Agencia de Bolsa para realizar préstamos a su cliente, y que su existencia debió haber sido demostrada por un medio fehaciente que no fue entregado a la BBV durante la inspección, que no fue entregado a la ASFI durante el proceso y que no figura en el expediente del caso.

4.6. *En la parte considerativa de la R-ASFI-568, ASFI señala lo siguiente: ASFI en el área de su competencia, en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo y en cumplimiento del Principio de verdad material que señala que la administración pública debe investigar la verdad material en oposición a la verdad formal, ha comprobado en idóneo procedimiento administrativo que la sanción impuesta por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. debe ser revocada al no cumplir con el principio de congruencia de acuerdo a lo siguiente:*

"El Principio de congruencia de acuerdo a las Resoluciones Jerárquicas emitidas,

determina que las Resoluciones deben "...observar que se guarde una estrecha relación de concordancia entre los hechos imputados con la decisión final que se adopta, previo cotejo y análisis de los fundamentos descargos y justificativos que se presenten…

i) En el presente caso, se puede observar que la Bolsa Boliviana de Valores S.A. ha sancionado por no cumplirse la liquidación en un mismo día, sin embargo la Agencia de Bolsa ha presentado como descargo que la liquidación se realizó el mismo día con una operación de cruce realizada por la misma Agencia de Bolsa el día 21 de enero de 2010...

"…En consecuencia, dentro del plazo señalado por el artículo 50, conforme lo prevé el artículo 43 del Decreto Supremo No.27175 y en observancia del mandato de que la Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación corresponde que la forma de resolución del presente Recurso de Revocatoria interpuesto por Valores Unión S.A. Agencia Filial del Banco Unión S.A (sic) *sea de revocatoria total de la resolución No.6 del Comité de Vigilancia de 28 de abril de 2011, emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.".*

Respecto a este punto, es importante considerar que Valores Unión, durante y después de la inspección no presentó documentación que demuestre que la Operación fue Liquidada en su integridad en el plazo establecido al efecto (T); situación que fue sancionada por la BBV por el incumplimiento de Valores Unión, en su calidad de ***Agencia de Bolsa Compradora****, al no pagar en el día de la operación, el monto total pactado en la Operación de Cruce.*

4.7. *Mediante Memorial de 18 de mayo de 2011, Valores Unión interpuso ante ASFI, lo siguiente "Denuncia Interpuesta por Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa a la Resolución del Comité de Vigilancia N°6/2011".*

Ante esta solicitud, correspondía que la ASFI de acuerdo a sus atribuciones, adopte una de las siguientes acciones:

a) Admita la denuncia y sustancie un proceso administrativo general por denuncia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 41 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque sólo así se entendería el tenor de la nota ASFI/DSV/R-54124/2011, pues ésta se limita, en evidente ejercicio de sus facultades, a solicitar la presentación de documentación y explicaciones, sustentado su petición en el artículo 15 de la Ley de Valores y en el artículo 62 de la Regulación para Bolsas de Valores, que regula la facultad de solicitar información de parte del órgano de regulación.

b) Sustancie el procedimiento recursivo de revocatoria, rectificando en el auto de admisión la petición de Valores Unión; es decir, admitiendo su petición como una interposición de recurso de revocatoria y no como una denuncia,

en aplicación de los principios de economía, simplicidad y celeridad e informalismo (incisos k) y l) del artículo 4 de la Ley N° 2341).

c) *Sin embargo, nada de lo mencionado se dio en el presente caso. La ASFI, más allá de la petición del recurrente, actuó de oficio sin mencionar una rectificación, aplicando un procedimiento de revocatoria que no corresponde a este proceso, pues no existe la revocatoria de un acto de un ente privado. Sin embargo, esta situación viola las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo que claramente señala que los recursos administrativos se interponen contra actos administrativos y no actos emitidos por entes privados: El artículo 56 de esa Ley claramente señala que los recursos administrativos se interponen contra "toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos."*

d) *Adicionalmente, habiendo tramitado un recurso de revocatoria, ,* (sic) *debió haber generado la notificación obligatoria a la BBV para que se presente en el procedimiento administrativo esta omisión originó que se incumpla lo previsto por los incisos c) y f) del artículo 4 y el artículo 60 (terceros interesados) de la citada disposición legal (asegurar el debido proceso, actuar imparcialmente y notificar a un tercero interesado para que comparezca y presente alegatos), incurriendo en el causal de anulabilidad previsto en el artículo 36. Numeral I. de la Ley de Procedimiento Administrativo, que dispone que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico.*

e) *Para fundamentar el error procesal en que incurrió la ASFI, se debe considerar que en la parte considerativa de la R-ASFI-568, la ASFI invoca lo establecido por el Decreto Supremo No.27175 que reglamenta la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 43 señalando las Formas de Resolución en* ***Recurso de Revocatoria****. Asimismo, señala que el recurso de revocatoria se resolverá en el plazo señalado en el artículo 49 a partir del vencimiento del plazo para la presentación de pruebas.*

Toda esta situación, provoca la nulidad del acto que impugnamos, al amparo del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, situación que debe evaluarse a tiempo de considerarse nuestro recurso.

5. PETITORIO

En mérito a lo anteriormente expuesto y a lo dispuesto por el inciso b) del Artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, solicitamos respetuosamente a su autoridad resolver el presente Recurso de Revocatoria emitiendo una Resolución Revocatoria con alcance total, que deje sin efecto la Resolución ASFI/No.568/2011 de fecha 22 de julio de 2011…"

5. NOTA ASFI/DSV/R-86436/2011 DE 22 DE AGOSTO DE 2011.-

Por nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de 22 de agosto de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero respondió al memorial de 12 de agosto de 2011 presentado por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** (sobre interposición de Recurso de Revocatoria), en los términos transcritos a continuación:

> "*…En atención al recurso de revocatoria interpuesto por su persona en representación legal de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. contra la Resolución ASFI No. 568/2011 de 22 de julio de 2011, en aplicación a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) determina la inviabilidad procedimental del mismo, en base a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:*
>
> 1. *La Bolsa Boliviana de Valores S.A., ha emitido la Resolución de Sanción No. 6 de fecha 29 de abril de 2011, en ejercicio de una facultad que* (sic) *Ley de Mercado de Valores en el artículo 31 inc. h) le ha otorgado, al disponer de manera expresa que las bolsas de valores deben establecer en su normativa interna, un régimen de sanciones y multas para regular su organización y funcionamiento.*
>
> 2. *El Reglamento Interno de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. en el Título XII De las Sanciones, Artículo XII.10 otorga a ASFI la facultad de revocar una resolución de sanción emitida por la Sociedad.*
>
> 3. *La Bolsa Boliviana de Valores S.A. ha emitido la Resolución de Sanción No. 6 que ha sido objeto de un recurso de revocatoria ante ASFI, instancia jerárquicamente superior -dada la naturaleza de dicho proceso- que ha efectuado un pronunciamiento conforme a derecho y en sometimiento pleno a la Ley.*
>
> 4. *La Bolsa Boliviana de Valores S.A. intervino dentro del proceso sancionatorio como instancia y no como parte para ejercer una facultad prevista en la Ley del Mercado de Valores y que además se encuentra plasmada en su Reglamento Interno.*
>
> 5. *La Resolución ASFI No. 568 de 22 de julio de 2011, ha resuelto revocar en todos sus extremos la Resolución No. 6 emitida por la Bolsa Boliviana de Valores S.A., como medio de impugnación, no existiendo ningún otro recurso o procedimiento en la Sociedad.*
>
> *Por lo expuesto precedentemente, corresponde a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. actuar conforme a Ley y a lo dispuesto en su Reglamento Interno…*"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 8 de septiembre de 2011, la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de fecha 22 de agosto de 2011,

expresando lo siguiente:

"…***4. RECURSO JERÁRQUICO***

4.1. El incumplimiento de Valores Unión a las disposiciones reglamentarias emitidas por la BBV.

Tal como fue expuesto a lo largo del presente memorial, tanto en la RCV-06, como en la Nota BBV-GG No. 910/2011 de 3 de junio de 2011, así como en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la R-ASFI-568, ha quedado claramente demostrado que Valores Unión al liquidar la operación de compra y venta del Título DPFFPRN18462110 realizada en fecha 21 de enero de 2010, recién en fecha 29 de enero de 2010, es decir ***con ocho (8) días de retraso****, ha incumplido con lo dispuesto por el Artículo 4 de la RND-03 que establece que en la Fase I de implementación de los Mecanismos de Negociación que se realizan a través del MEB, todas las operaciones concertadas en los Mecanismos SDC Renta Fija Seriados, SDC Renta Variable, Mesa de Negociación y Ruedo de Bolsa,* ***deben liquidarse en el mismo día*** *de concertada la Operación (T).*

La disposición vulnerada por Valores Unión se basa en el Articulo I.5. del RIRO, que define a la Liquidación de Operaciones como el "Pago del Precio pactado y entrega o transferencia de Instrumentos Financieros entre Agencias de Bolsa compradoras y vendedoras en cumplimiento de las Operaciones concertadas en los Mecanismos de Negociación de la BBV…". Complementariamente, el Inciso a) numeral (xxi) del Artículo II.18. del mismo Reglamento establece que todas las Agencias de Bolsa deben "…cumplir con la Liquidación de las Operaciones en las condiciones establecidas en el mismo Reglamento.", es decir en el RIRO.

No comprendemos la razón por la cual tanto Valores Unión como la ASFI persisten en considerar que únicamente por el hecho de que Valores Unión actuó en la Operación de 21 de enero de 2010 (observada por la BBV) como la Agencia de Bolsa Vendedora y Compradora del Título DPFFPRN18462110, las disposiciones de los Artículos 4 de la RND-03, I.5. y II.18 del RIRO no le serían aplicables.

Consideramos importante que a tiempo de resolver el presente Recurso Jerárquico se tenga en cuenta que las disposiciones reglamentarias antes señaladas, son de aplicación general a todas las Agencias de Bolsa, sin distinción alguna, sin importar que una de ellas actúe en una misma operación como agencia vendedora y como agencia compradora de un Título.

A la fecha, la BBV no ha emitido ninguna disposición que señala que cuando una Agencia de Bolsa actúe como vendedora y compradora en una misma operación, no deberá cumplir con lo dispuesto por el Artículo 4 de la RND-03.

Las razones expuestas por Valores Unión y refrendadas por la ASFI respecto de su incumplimiento al Artículo 4 de la RND-03 y 1.5. del RIRO, no pueden, bajo ningún

punto de vista, ser tomados como descargos válidos para dicho incumplimiento. Es evidente que, como ambas instituciones señalan, no existe en el RIRO un procedimiento de Liquidación entre Agencias de Bolsa y sus clientes. Sin embargo, la operación observada no se refiere de ninguna manera a una liquidación de este tipo, sino a una liquidación entre dos Agencias de Bolsa, una vendedora y una compradora. El hecho de que éstas actúen a nombre y por encargo de clientes, no tiene relación alguna con su obligación de cumplir con lo dispuesto por el Artículo 4 de la RND-03 y 1.5. del RIRO.

Consideramos que el hecho de que Valores Unión trate de trasladar a su cliente la obligación que tiene como Agencia de Bolsa de liquidar en el mismo día la operación de compra del Título DPFFPRN18462110, es por demás reprochable, razón por la cual consideramos totalmente irregular el hecho de que la ASFI en lugar de refrendar la multa impuesta por la BBV, revoque la misma y mantenga a Valores Unión impune de cualquier sanción.

Las actuaciones de Valores Unión y la ASFI, en caso de ser refrendadas, afectarían enorme y negativamente al Mercado de Valores, ya que aquellas Agencias de Bolsa que actúen como Vendedoras y Compradoras en una misma operación, invocando lo dispuesto por la ASFI en la R-ASFI-568, vulnerarán las disposiciones reglamentarias aprobadas por la BBV, sin mayor consecuencia de sus actos.

Pero no solamente es el fondo de la R-ASFI-568 el que es reprochable, sino que además la forma de conducción del procedimiento que derivo en su emisión.

Adicionalmente a estos argumentos, la ASFI intenta generar, sin ninguna documentación de respaldo, un justificativo que la misma Agencia de Bolsa no esgrimió ***en ningún momento*** *y sobre el cual no existe en el expediente del proceso, ninguna prueba que aluda o de pié* (sic) *a utilizar ese argumento: nos referimos a la posición de oficio, sin prueba, asumida por la ASFI de mencionar que la operación observada se habría liquidado por la existencia de un préstamo de dinero otorgado por Valores Unión a su cliente. No existe respaldo contractual ni contable para afirmar esta situación, razón por la cual (en buena fé* (sic)*) Valores Unión nunca esgrimió tal argumento.*

A tiempo de refrendar los argumentos expuestos en nuestro Recurso de Revocatoria, a continuación expresamos algunos aspectos que han llamado de sobremanera nuestra atención respecto del "procedimiento" aplicado por la ASFI a tiempo de resolver tanto la reclamación interpuesta por Valores Unión, como el Recurso de Revocatoria interpuesto por (sic) *la R-ASFI-568.*

4.2. Los "procedimientos" seguidos por la ASFI a tiempo de pronunciarse respecto de la reclamación de Valores Unión y del Recurso de Revocatoria de la BBV interpuesto contra la R-ASFI-568.

Tal como observamos en nuestro Recurso de Revocatoria presentado contra la R-ASFI-

568, el procedimiento seguido por la ASFI respecto del Memorial de 18 de mayo de 2011 presentado por Valores Unión, ha sido en nuestro criterio por demás irregular, ya que como expresamos anteriormente, si bien a tiempo de emitir la R-ASFI-568 se ha pronunciado acerca del escrito presentado por Valores Unión, no ha tomado en cuenta los argumentos expuestos por la BBV a través de la Nota BBV-GG No. 910/2011 de 3 de junio de 2011, a través de la cual se demuestra el claro incumplimiento de Valores Unión a las disposiciones de los Artículos 4 de la RND-03, I.5. y II.18 del RIRO.

Una vez presentada la Denuncia de Valores Unión, la ASFI, en lugar de aplicar el procedimiento señalado por los Artículos 39º y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, encamina el tratamiento de dicha denuncia bajo las estipulaciones del Artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores y 62 de la Regulación para Bolsas de Valores, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 762 de fecha 21 de septiembre de 2005, fallando finalmente con la emisión de la R-ASFI-568, en mérito a los Artículos 43 y 50 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI. Esta confusa e incorrecta manera de aplicar las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, dejan en indefensión a la BBV, ya que no conocemos ni entendemos cuál es el procedimiento que fue aplicado por la ASFI a tiempo de pronunciarse respecto del Memorial de Denuncia presentado por Valores Unión.

Pero una vez presentado nuestro Recurso de Revocatoria contra la R-ASFI-568, la ASFI mas allá de subsanar los graves vicios del procedimiento que precedió (sic) *la emisión de dicho acto administrativo, inexplicablemente lo ratifica, pero no lo hace a través de una Resolución Administrativa, tal como señala el procedimiento, sino que simplemente lo hace a través de la Nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de fecha 22 de agosto de 2011, que si bien constituye un acto administrativo de carácter definitivo, no cuenta la* (sic) *descripción del fundamento en el cual la ASFI baso su decisión de ratificar la R-ASFI-568 y tanto rechazar el Recurso de Revocatoria interpuesto por la BBV contra dicha resolución.*

Como puede observarse, la actuación de la ASFI dentro del presente proceso ha vulnerado las siguientes normas y disposiciones legales en vigencia:

i) ***El inciso c) del Artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo****, referido al Principio de sometimiento pleno a la ley, que señala que la Administración Pública debe regir sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.*

El debido proceso en este caso ha sido vulnerado por la ASFI al no haber ajustado el procedimiento de tratamiento de la Denuncia presentada por Valores Unión a las estipulaciones del Artículo 39º y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo.

ii) ***El inciso f) del Artículo 4º de la Ley de Procedimiento Administrativo****, referido al Principio de Imparcialidad, que señala que las autoridades administrativas deben actuar en defensa del interés general, evitando todo género de*

discriminación o diferencia entre los administrados.

Al no tomar en cuenta las explicaciones y argumentaciones expuesta (sic) *por la BBV en la Nota BBV-GG No. 910/2011 de 3 de junio de 2011 a momento de emitir la R-ASFI-568, la ASFI ha demostrado una actitud de discriminación respecto de la BBV, haciendo una clara diferenciación entre los argumentos presentados por Valores Unión, a los que sí tomó plenamente en cuenta, y los de nuestra sociedad, que no tuvieron ninguna consideración.*

iii) ***El Inciso h) del Artículo 16° de la Ley de Procedimiento Administrativo****, que establece el derecho que tienen las personas a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.*

La Nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de fecha 22 de agosto de 2011, no cuenta con uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo: el Fundamento, que de acuerdo con el Inciso e) del Artículo 28° de la Ley de Procedimiento Administrativo, se refiere a las razones que inducen a emitir el acto. El hecho de únicamente señalar que "La Bolsa Boliviana de Valores S.A. intervino dentro del proceso sancionatorio como instancia y no como parte para ejercer una facultad prevista en la Ley del Mercado de Valores y que además se encuentra plasmada en su Reglamento Interno", consideramos que no puede ser tomado como una razón debidamente fundamentada.

iv) ***El Artículo 39° y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo****, respecto de la tramitación de procedimientos administrativos iniciados a solicitud de una persona interesada.*

El procedimiento seguido por la ASFI para la tramitación de la Denuncia presentada por Valores Unión no se ha sometido a las estipulaciones de los Artículos 392 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que no responde a ningún procedimiento debidamente reglamentado por las normas vigentes en Bolivia, ya que el mismo finaliza con la Revocatoria de una Resolución emitida por el Comité de Vigilancia de una Sociedad Anónima.

v) ***El Artículo 56° de la Ley de Procedimiento Administrativo****, que determina que los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o contra actos administrativos de carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*

La Nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de fecha 22 de agosto de 2011, emitida por la ASFI, al rechazar el Recurso de Revocatoria interpuesto por la BBV contra la R-ASFI-568 bajo el argumento de que "La Resolución ASFI No. 568 de 22 de julio de 2011, ha resuelto revocar en todos sus extremos la Resolución No. 6 emitida por la Bolsa Boliviano de Valores S.A., como medio de impugnación, no

existiendo ningún otro recurso o procedimiento en la Sociedad.", ha coartado el derecho de la BBV reconocido por el Artículo 56° de la Ley de Procedimiento Administrativo. La Nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de fecha 22 de agosto de 2011, constituye claramente un acto definitivo ya que en su último párrafo señala: "Por lo expuesto precedentemente, corresponde a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. actuar conforme a Ley y a lo dispuesto en su Reglamento Interno", como una suerte de sentencia dictada por la ASFI contra la BBV declarando cerrado el tema, sin derecho a reclamación posterior ante su superior jerárquico, situación que en nuestro criterio es bastante delicada ya que pretende coartar los derechos de los administrados a interponer Recursos Jerárquicos contra las decisiones de la ASFI, situación que va en contra de la seguridad jurídica y el debido proceso de las empresa (sic) *reguladas por dicha institución.*

5. PETITORIO

Por las razones y argumentos debidamente probados y expuestos precedentemente, en merito a lo dispuesto por el Artículo 56° de la Ley de Procedimiento Administrativo, respetuosamente solicitamos que en aplicación de lo previsto por el Parágrafo I del Artículo 68° de la señalada norma, el Ministro de Economía y Finanzas Publicas dicte resolución revocatoria con alcance total respecto de la Nota ASFI/DSV/R-86436/2011 de fecha 22 de agosto de 2011, pronunciándose acerca del fondo de la misma, dejándola sin efecto y en consecuencia revoque la Resolución ASFI No. 568/2011 de fecha 22 de julio de 2011…"

7. EXPOSICIONES ORALES DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 17 de octubre de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos solicitada por **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.**

En fecha 4 de noviembre de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos solicitada por la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a

continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 22 de noviembre de 2010, la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** inició la inspección de seguimiento a **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.**, de cuyo efecto se determinaron los siguientes extremos:

- Conforme al número de operación 42-01-10 de fecha 21 de enero de 2010, **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.**, recibió la orden de **venta** del instrumento DPFFPRN18462110 en el monto de Bs 866.355,32.-.

- Luego, conforme al número de operación 46-01-10 de la misma fecha (21 de enero de 2010), **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** registró la **compra** del mismo instrumento DPFFPRN18462110, ahora en el monto de Bs 868.730,74.-, entonces con un diferencia en el precio de Bs 2.375,42.-, diferencia que se consolidó a favor de la Agencia de Bolsa y que **se registró en su cuenta bancaria nueve días después**, en fecha 29 de enero de 2010.

- En la posición de la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**, la segunda operación no fue liquidada conforme a su Resolución Normativa de Directorio N° 03/2007, que establece que:

  "…*Artículo 4. (Plazos de Liquidación de las Operaciones durante Fases de implementación)*

  Durante la Fase I de implementación mencionada en el artículo 1 de la presente Resolución Normativa, ***todas las operaciones concertadas*** *en los Mecanismos SDC Renta Fija Seriados, SDC Renta Variable, Mesa de Negociación y Ruedo de Bolsa* ***se liquidarán en el mismo día de concertada la operación (T)***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Cabe mencionar que tal Resolución Normativa encuentra aplicación al caso en lo señalado por el Reglamento Interno de Registro y Operaciones, que en su artículo XV.3., numeral II, que establece que le corresponde al Directorio de la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.** establecer los procedimientos para la implementación de los mecanismos de negociación.

Mediante el descargo que sale de la nota VUN/2933/10 de 29 de diciembre de 20101, **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** señaló que:

"…*la mencionada operación corresponde a una operación para darle bursatiliad al título mencionado donde la agencia compró el valor para venderlo a un precio superior, siendo la diferencia de recursos a favor de la agencia, la misma que evidentemente nos fue depositada con retraso por nuestro cliente, por lo tanto no es una falta de la agencia sino del cliente en cuestión*…"

Sustanciada la observación, dio lugar a la Resolución del Comité de Vigilancia No.06/2011 de 29 de abril de 2011, la que en su parte resolutiva dispone:

> "…***RESUELVE:***
> ***ÚNICO.-*** *Sancionar el incumplimiento de Valores Unión S.A. Agencia de Bolsa mediante la aplicación de una multa de tercer rango equivalente a US$1.500.- (un mil quinientos 00/100 dólares de los Estados Unidos de América*…"

Contra la Resolución del Comité de Vigilancia No.06/2011 de 29 de abril de 2011, **VALORES UNIÓN S.A. AGENCIA DE BOLSA FILIAL DEL BANCO UNIÓN S.A.** interpuso el Recurso de Apelación que consta en el memorial presentado el 18 de mayo de 2011 y a partir de allí, se han sucedido la generalidad de trámites que hacen a sus subsiguientes impugnaciones, arriba referidas, hasta el estado actual que se conoce dentro del presente Recurso Jerárquico.

2. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO PARA CONOCER LA CONTROVERSIA.-

En primer término corresponde revisar las funciones y atribuciones que el artículo 15º de la Ley Nº 1834 de 31 de marzo de 1998 (del Mercado de Valores) establece para la ex Superintendencia de Valores (ahora para la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero), donde se encuentran:

> "***ARTÍCULO 15.- FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES.*** *Son funciones y atribuciones de la Superintendencia de Valores:*
>
> (…) *2. Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho mercado;*
>
> (…) *4. Vigilar la correcta prestación de servicios por parte de las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción;*
>
> *5. Absolver consultas y reclamos que recaigan bajo su competencia.*
>
> *6. Investigar y sancionar las conductas que generen conflictos de interés, las que impidan, restrinjan o distorsionen la libre competencia o propendan a prácticas colusivas en el Mercado de Valores.*
>
> (…) *15. Aprobar los reglamentos internos de las entidades bajo su jurisdicción*…"

Tales fundamentos sirven para legitimar las actuaciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro del mercado de valores, empero aún debe concretarse cuales los alcances permitidos para tales actuaciones, por cuanto no puede pasarse por alto el principio del inciso c) del artículo 4º, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que establece que:

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

c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;…"

Por ello, corresponde analizar los alcances de las atribuciones conferidas por la norma a la Autoridad recurrida, resultando tal norma la del artículo XII.10 del Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., aprobado por Resolución Administrativa ASFI Nº 043/2009 de 30 de junio de 2009, el que establece que:

"…***Artículo XII.10. (Apelación).***

a) Las sanciones impuestas por la BBV, podrán ser apeladas por el Infractor. En este caso:

i. Las sanciones adoptadas por el Gerente General, podrán ser apeladas por el Infractor ante el Comité de Vigilancia.

ii. Sin perjuicio de los recursos consignados en la Ley o en sus Disposiciones Reglamentarias, ***las sanciones*** *y recursos* ***resueltos por el Comité de Vigilancia no se someterán a ningún recurso o procedimiento ulterior en la BBV****.*

b) Las apelaciones tendrán efecto devolutivo y se interpondrán dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación con la sanción, ante la instancia correspondiente.

c) ***En caso que la resolución apelada fuera revocada*** *por el Comité de Vigilancia o* ***por la ASFI****, según corresponda, la multa pagada será devuelta al Infractor, sin recargo o adición alguna, dentro del primer día hábil siguiente de notificada la resolución…*" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, corresponden las conclusiones siguientes:

- En ejercicio del principio de sometimiento pleno a la Ley, la facultad de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero **para el caso que se analiza**, no se encuentra plasmada **dentro del proceso recursivo de impugnación** conforme se aprecia en el propio Reglamento Interno de Registro y Operaciones de la **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.**, en concreto, en su artículo XII.10, no siéndole aplicable la disposición del artículo 61° (*Formas de la Resolución*) de la Ley Nº 2341, ni la del artículo 43º (*Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria*) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 25175 de 15 de septiembre de 2003.

- La apelación a la que se refiere el Reglamento Interno de Registro y Operaciones en su artículo XII.10., tiene una naturaleza adjetiva, a ser resuelta por la propia **BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A., conforme la facultad de auto regulación otorgada por mandato legal,** y consiguiente carácter privado, que se haya respaldado expresamente en la norma.

- La intervención de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se da propiamente en el proceso de impugnación recursivo, sino en una actuación distinta, en el marco de sus atribuciones de fiscalización posteriores, al proceso entre partes privadas.

Por consiguiente, cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI Nº 568/2011 de fecha 22 de julio de 2011, por la que revoca la Resolución del Comité de Vigilancia No.06/2011 de 29 de abril de 2011, ha excedido sus atribuciones y ha actuado sin competencia. Para ello, entonces se debe considerar lo establecido por el artículo 122º de la Constitución Política del Estado, cuando señala:

> "…*Artículo 122.- Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley*…"

En el mismo sentido, el artículo 35º (*Nulidad del Acto*), incisos a) y d) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

La conclusión anterior determina sea innecesario pasar a considerar los fundamentos sustanciales incluidos en el Recurso Jerárquico, por lo que esta Autoridad se encuentra impedida de emitir pronunciamiento alguno.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 122º de la Constitución Política del Estado, "*son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley*", precepto concordante con el artículo 35º, incisos a) y d) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), extremos que le corresponde observar al Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- DECLARAR NULA por falta de competencia de quien la pronunció, la

Resolución Administrativa ASFI Nº 568/2011 de 22 de julio de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN "SERPREC" LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 566/2011 DE 21 DE JULIO DE 2011
ASFI Nº 567/2011 DE 21 DE JULIO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 065/2011 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 065/2011

La Paz, 09 de diciembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 566/2011 de 21 de julio de 2011.

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 567/2011 de 21 de julio de 2011.

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 137 de 7 de noviembre de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memoriales presentados el 8 de agosto de 2011, **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao, tal como lo acredita el Testimonio Poder N°103/2008 de 31 de enero de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera clase Nª3 del Distrito Judicial de Cochabamba a cargo de la Dr. Ramiro Villarroel, interpone Recursos Jerárquicos contra las

Resoluciones Administrativas ASFI N°566/2011 y ASFI N°566/2011, ambas de 21 de julio de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión y Acumulación de fecha 15 de agosto de 2011, se admitieron los Recursos Jerárquicos presentados por **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA,"** mismo que fue notificado al recurrente el 19 de agosto de 2011.

Que, mediante Auto de fecha 17 de agosto de 2011, se hizo un llamamiento a los terceros interesados **Janeth Jimena Prado Crespo, Felipe Edgar Aliaga Machicado** para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, el 14 de septiembre de 2011, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **Janeth Jimena Prado Crespo, Felipe Edgar Aliaga Machicado.**

CONSIDERANDO:

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

1.- RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011 DE 27 DE MAYO DE 2011.

Que, en fecha 27 de mayo de 2011, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011, misma que determinó en su parte resolutiva lo siguiente:

> ***"ANULAR** el procedimiento administrativo hasta las Resoluciones Administrativas ASFI N°1079/2010 y ASFI N°1082/2010 inclusive, ambas de 24 de diciembre de 2010 que en Recurso de Revocatoria confirmaron las Resoluciones Administrativas ASFI N°931/2010 y ASFI N°932/2010 emitidas el 5 de noviembre de 2010, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica."*

Los fundamentos esgrimidos más importantes en la Resolución Ministerial Jerárquica son:

> ***"(…)"1.3. En cuanto a que la Resolución Administrativa ASFI N°1079/2010 y Resolución Administrativa N°1082/2010 ambas de 24 de diciembre de 2010, lesionan intereses legítimos y derechos subjetivos de SERPREC Ltda., toda vez que el actuar deliberado y mal intencionado de los Auditores Internos derivó en serios perjuicios como el mal pago del cheque.-***
>
> *Dentro del análisis de este punto es importante precisar que el presente proceso recursivo se inició por el incumplimiento al Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, incumplimiento al inciso j) Artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; incumplimiento al inciso b), Artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de*

Normas para Bancos y Entidades Financieras, y no así por otro tipo de infracciones alegadas que no fueron objeto de este proceso.

Entonces, los perjuicios alegados por Serprec Ltda., debieran devenir de las infracciones cometidas por los auditores, por emergencia de los informes de auditoría AIN-083 de 05 de agosto de 2008 y AIN-051/09 de 15 de mayo de 2009, que habrían emitido.

Compulsado el expediente, se observa la inexistencia documental que evidencie que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero haya probado los perjuicios alegados por el tercero interesado, sino simplemente se limita a un proceso sancionatorio por incumplimiento a la normativa del sector por parte de los Auditores Internos del Banco Económico S.A.

Que, no puede dejarse de lado, que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no tiene competencia para determinar posibles daños y/o perjuicios, debiendo en consecuencia el Tercero Interesado, acudir previamente ante autoridad competente para probar y dilucidar los hechos denunciados.

1.4. En cuanto a que se habría vulnerado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción a los auditores internos.-

Los Auditores internos, alegan que la sanción impuesta de un mes de remuneración, fuera excesiva al no haber existido, dolo ni intencionalidad.

Por su parte SERPREC señala que la sanción debió haber sido ***de inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el sistema financiero.***

Sobre dicha argumentaciones, corresponde referirnos al principio de proporcionalidad, por lo que se revisará la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, que se pronunciado de la siguiente manera:

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

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

Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser ***a)*** *Que lo hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable,* ***b)*** *Que el*

hecho sancionado se encuentre plenamente probado, y ***c)*** *Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida*

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador ***a)*** *la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración,* ***b****) naturaleza de los perjuicios causados,* ***c)*** *la reincidencia en la comisión."*

En base a lo transcrito y subsumiendo al caso de autos, tenemos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó ya en sus Resoluciones Administrativas ASFI N°1082/2010 y ASFI N°1079/2010, ambas de fecha 24 de diciembre de 2010, sancionar a: "Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado, por los siguientes incumplimientos: I. Incumplimiento al artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), II. Incumplimiento al inciso j) artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, III. Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

En cuanto a la gravedad del hecho la Autoridad del Sistema Financiero determinó:

…"Haber aplicado todos los criterios de graduación recogidos del texto del Reglamento de Sanciones Administrativas (artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Título XIII Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) que textualmente determina: ***"Artículo 1*** *Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el Superintendente tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años. Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos o infracciones cometidas".*

Que, bajo dichas consideraciones y al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por Janeth Jimena Prado y Felipe Edgar Aliaga Machicado se aplicó la sanción de multa mínima, ***equivalente a una (1) remuneración mensual,*** *de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta,* ***hasta*** ***por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor (...)",*** *con ello la ASFI cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina que: "las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, (...) se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", y cumplió también con la*

exigencia del principio de proporcionalidad, es decir aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad(….)".

De lo transcrito, se tiene que el ente regulador no presenta una debida fundamentación, como establece el procedimiento administrativo, que permita determinar a ciencia cierta el cumplimiento del principio de proporcionalidad, delimitando su accionar a comprobar solamente:

- *El hecho imputado se encuentre previamente calificado como infracción.*
- *El hecho sancionado se encuentra plenamente probado y que pudo evitarse.*
- *Que no hubo reincidencia.*

Sin embargo, no ha compulsado o en su caso fundamentado sus Resoluciones, respecto a los demás elementos fundamentales que hacen la aplicación de cualquier sanción, cual es, la existencia de negligencia en el accionar del infractor, la intencionalidad, el dolo, culpa, imprudencia, el grado de la misma, su repercusión, la naturaleza de los perjuicios causados, debiendo la Autoridad Fiscalizadora realizar una real compulsa de los antecedentes históricos, para que de esta manera se pueda determinar la gravedad de la infracción cometida y establecer la sanción que corresponda, tomando en cuenta todos los hechos suscitados y conductas negligentes que se habrían producido.

La debida fundamentación, es un derecho que tiene tanto el regulado como el propio tercero interesado, que permite conocer a ciencia cierta cuáles son los fundamentos que cuenta la Autoridad, para determinar la cuantía de la sanción.

El realizar una simple enunciación de la norma no permite a los regulados ejercer su irrestricto derecho a la defensa.

Sobre el particular, este Ministerio, ya ha emitido pronunciamiento a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010, cuyo precedente señala:

"…La ASFI, no toma en cuenta que conforme determina el Artículo 28 de la Ley No. 2341 de 23 de Abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, la fundamentación o motivación, es un elemento esencial del acto administrativo, e implica que el mismo debe expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, así como los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y finalmente el derecho aplicable.

Este elemento esencial del acto administrativo, expresado en la parte considerativa o bien denominada expositiva, permite que la Autoridad que emite el acto, establezca de manera clara, precisa y concreta las razones de hecho y derecho en los que funda su determinación. La ausencia de la motivación o la exposición general y no específica, no permite al administrado contar con los elementos mínimos necesarios para ejercer su derecho a la defensa, denotando que la Autoridad Fiscalizadora no de cumplimiento al elemento objetivo a tiempo de la emisión del acto administrativo, cual es la motivación.

Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con la aplicación de dicho elemento esencial del acto administrativo, en cuanto se refiere a la imposición del monto de sanción."

Por lo que, en el presente caso, al no existir debida fundamentación consiguientemente generado indefensión tanto a los recurrentes como al tercero interesado, debe regularizarse el proceso administrativo hasta el vicio más antiguo."

2. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante notas ASFI/DSR I /R-86673/2010 y ASFI/DSR I /R-86675/2010, ambas de fecha de 27 de agosto de 2010 notificó a Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado con los cargos por los supuestos incumplimientos:

- *"Incumplimiento al Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, porque no habría advertido al Directorio del Banco Económico S.A. en su condición de auditor interno, sobre el incumplimiento a los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio, Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por la entidad a tiempo de cobrar el cheque intransferible N°05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico S.A. en fecha 24 de septiembre de 2004.*

- *Incumplimiento al inciso j) Artículo 7 Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque no habría evaluado el incumplimiento a los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio, Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por la entidad a tiempo de cobrar el cheque intransferible N°05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico S.A. en fecha 24 de septiembre de 2004.*

- *Incumplimiento al inciso b), Artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN-083 de 5 de agosto de 2008 y AIN-051 de 15 de mayo de 2009, y no habría observado los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de cobrar el cheque intransferible N°05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal*

de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico en fecha 24 de septiembre de 2004.

Para que en un plazo no mayor a 7 días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de recepción, presente sus correspondientes descargos.

En fecha 6 de septiembre de 2010 Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado presentan memoriales de descargo alegando lo siguiente:

Las infracciones de las cuales se nos acusan estarían prescritas de acuerdo a la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 y su auto complementario vulnerando así el principio de legalidad y razonabilidad.

Que, a su vez el ente regulador hubiera cometido una serie de errores en la emisión de las notas ASFI/DSRI/ R-86675/2010, así como ASFI/DSR I /R-866765/2010, ambas de 27 de agosto de 2010 por lo que las mismas deben ser declaradas nulas por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento administrativo por lo que se interpone Recurso de Revocatoria contra la Notificación de cargos que a su vez la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero previamente se deberá pronunciar en relación al Incidente de Incompetencia debido a que ésta estaría actuando sin competencia.

Que, mediante las Resoluciones Administrativas ASFI N°931/2010 y ASFI N°932/2010 ambas de 5 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve sancionar a Felipe Aliaga Machicado y a Jimena Prado Crespo en su condición de auditores Internos del Banco Económico S.A., por los siguientes incumplimientos:

I. *Incumplimiento al artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), porque no habría advertido al Directorio del Banco Económico S.A. en su condición de auditor interno, sobre el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, incurrido por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda., presentado al Banco Económico S.A. en fecha 24 de septiembre de 2004.*

II. *Incumplimiento al inciso j) artículo 7 Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque no habría evaluado el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 señalado precedentemente.*

III. *Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, referidos a los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N°05079-9 a favor de la empresa SERPREC Ltda(….)"*

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 21 de diciembre de 2010, **Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"** legalmente representada por el Sr. Magno Guillermo Mayori Machicao presentó dos Recursos de Revocatoria contra las Resoluciones Administrativas ASFI N°931/2010 y ASFI N°932/2010, ambas de 5 de noviembre de 2010, argumentando lo siguiente:

Que, en el presente caso la sanción impuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a los auditores es por demás desproporcionada, debiendo el ente regulador imponer una sanción de inhabilitación permanente a los auditores para desempeñar cualquier función en el Sistema Financiero. Esto debido a la omisión deliberada con la que hubieran actuado los auditores respecto al incumplimiento del Banco Económico S.A de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque.

Que, en fecha 4 de enero de 2011 Felipe Edgar Aliaga Machicado y Janeth Jimena Prado Crespo contestan a los Recursos de Revocatoria presentados por Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA." contra las Resoluciones Administrativas ASFI N°931/2010, ASFI N°932/2010 ambas de fecha 5 de noviembre de 2010, argumentando lo siguiente:

En el presente caso al no haber intencionalidad, ni dolo no se debió imponer la sanción de multa de un mes de remuneración debido a que la misma daña el sustento familiar, asimismo refiere que no existiría ningún perjuicio para Serprec Ltda., en cuanto a la emisión del informe de auditoría por tanto no correspondería aplicar la sanción de inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el Sistema Financiero, por lo que, solicitan rechazar y desestimar los argumentos de Servicios de Pretensado y Construcción "SERPREC LTDA"

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°566/2011 DE 21 DE JULIO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° N°566/2011 de 21 de julio de 2011, correspondiente al Sr. Felipe Aliaga Machicado se resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°931/2010 de 5 noviembre de 2010.

Con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011, la presente Resolución debe circunscribirse previamente a emitir pronunciamiento sobre los aspectos anulados, respecto al principio de proporcionalidad en cuanto se refiere a la imposición del monto de sanción establecida en la Resolución ASFI N° 931/2010 de 5 de noviembre de 2010, motivando en derecho y ajustándola conforme a los fundamentos.

Que, el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, establece los Principios Generales de la Actividad Administrativa, que en su inciso p) se refiere al Principio de Proporcionalidad señalando que: "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".

Que, doctrinalmente el autor Alejandro Nieto señala que "El principio de proporcionalidad opera en dos planos en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a estas; y el de aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas".

Que, de acuerdo a lo señalado por (Sarmiento Ramírez, Daniel "El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo", Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 198, Bogotá, 2007): "El principio de proporcionalidad es un principio inherente al estado de Derecho, derivable de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Justamente por razón de su contenido resulta trascendente en el derecho sancionador administrativo, toda vez que lo normal es que éste regule las sanciones de forma flexible, es decir, otorgando cierto margen de apreciación a la administración para la graduación de la sanción. Dicho derecho implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa".

Que, de igual manera respecto al Principio de Proporcionalidad en la aplicación de sanciones, el precedente administrativo Jerárquico RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, establece que: "El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que lo autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicara la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso

la Administración Pública en el ejercicio de su poder sancionador que le ha sido conferido.

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

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

Que, en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase" (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).

Que, aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto al Principio de Proporcionalidad:

- ***Tipificación.*** *Conforme al principio de tipicidad, los preceptos legales (norma) es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presenta caso, de los documentos remitidos en descargo por parte del señor Felipe Aliaga Machicado, se tiene las observaciones siguientes:*

Primer Cargo, *no se ha encontrado documentación o informe en el cual se evidencie que en su condición de Auditor Interno del Banco Económico S.A. haya informado al Directorio sobre los incumplimientos de los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, incumpliendo el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).*

Segundo Cargo, *ninguno de los informes de Auditoría Interna AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, contiene una evaluación referida a que el Banco Económico S.A. al procesar el pago del cheque 05079-9 incumplió los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, vulnerando de esta forma el Lic. Felipe Aliaga Machicado el inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Tercer Cargo, *el Auditor Interno del Banco Económico S.A. emitió criterios contradictorios en los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009, respecto a la racionabilidad de los procesos aplicados por la entidad para el pago del cheque N° 05079-9, incumpliendo lo establecido por el inciso b) del artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

- *Los hechos citados precedentemente, se encuentran plenamente demostrados, habiendo incumplido el señor Felipe Aliaga Machucado los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

- ***Gradación.*** *Por lo expuesto en los puntos anteriores se evidencia que las infracciones cometidas por el señor Felipe Aliaga Machicado, son conductas susceptibles de sanción por parte de la Autoridad Reguladora, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las entidades supervisadas, ponderando el grado de la infracción que en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; por lo tanto, la multa a imponerse debe enmarcarse en el principio de proporcionalidad y legalidad con sometimiento pleno a la Ley, ponderando los elementos configurativos y circunstancias que concurrieron a tiempo de imponer sanción.*

Que, adicionalmente de acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión.

Que, aplicando el razonamiento citado precedentemente en el presente caso, se tiene lo siguiente:

a) *De la evaluación de los antecedentes presentados por el señor Felipe Aliaga Machicado se advierte la conducta negligente a tiempo de elaborar los informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, elemento configurativo dado por la falta de diligencia toda vez que debió advertir al Directorio del Banco Económico S.A. sobre los incumplimientos al Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por otra parte, no evaluó el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, emitió criterios contradictorios en la elaboración de los citados informes y finalmente no observó los incumplimientos infringidos por el Banco Económico S.A. a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda.*

b) *Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, cabe señalar que la labor de un Auditor Interno se expresa a través de la elaboración de informes, dichos informes se caracterizan por tener una sustentación adecuada, es decir, deben basarse en evidencias, las mismas deben estar amparadas en documentos, que permitan demostrar la validez de las observaciones, en este marco, los informes de auditoría interna AIN 083/2008 y AIN 051/2009, no establecen la existencia de incumplimientos a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por el Banco Económico S.A. a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9, consiguientemente las conclusiones y recomendaciones arribadas en los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009, revisten de importancia ya que los mismos deben ser objetivos basados en hechos reales que coadyuven a la eficacia de la administración de la entidad, sin embargo de ello, no se advierte que dichos incumplimientos hubieran ocasionado perjuicio a terceros.*

c) *En relación a la reincidencia, de acuerdo a lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, que cita a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2009 de 17 de diciembre de 2009, "Según el Diccionario de sinónimos y antónimos 2005 Espasa-Calpe reiteración es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: reincidencia, repetición, insistencia, ratificación, redundancia.", asimismo señala que "Tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso", en el presente caso, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado al señor Felipe Aliaga Machicado por incumplimiento a los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Que, respecto a la cuantía para la imposición de la sanción contra el Lic. Felipe Aliaga Machicado, el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) establece una discrecionalidad reglada para la modulación de la sanción, que no debe confundirse con arbitrariedad, sino que la adecuación de la sanción debe ser en función a las circunstancias de la infracción y por los principios sancionadores que ingresan en su función integradora del sistema normativo.

Que, el artículo 1 de la Sección 9, Capítulo II, Título IV Reglamento de Control Interno y Auditores Internos determina: "Sanciones.- El incumplimiento de lo dispuesto en el presente reglamento conlleva a sanciones según lo dispuesto en el Capítulo II, Título VIII de la LBEF y Reglamento de Sanciones Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras".

Los auditores internos que en el cumplimiento de sus funciones, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas con relación a la entidad de intermediación financiera, al BCB, a la SBEF, a la SPVS y a la Superintendencia General del SIREFI serán sancionados conforme se establece en el artículo 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el Reglamento de Sanciones Administrativas de la SBEF, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar.

Que, por su parte el artículo 100 del Capítulo II (Contravenciones, Infracciones y Sanciones) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001, determina que: "Los auditores internos y externos (...) de las entidades de intermediación financiera (...) que en el cumplimiento de sus funciones para las cuales han sido contratados, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas, serán sancionados por la Superintendencia respectiva de acuerdo a la presente ley y sus normas reglamentarias, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar".

Que, en el caso de examen se han aplicado todos los criterios de graduación recogidos del texto del Reglamento de Sanciones Administrativas (artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Título XIII Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) que textualmente determina: "Artículo 1- Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el Superintendente tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres años. Este plazo se extenderá a cinco años, cuando se haya actuado con dolo y este se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos o infracciones cometidas".

Que, bajo dichas consideraciones y al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por el Lic. Felipe Aliaga Machicado en su calidad de Auditor Interno del Banco Económico S.A. se aplicó la acción de multa mínima, equivalente a una (1) remuneración mensual, de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco veces la remuneración mensual del infractor", por lo que la Autoridad de

Supervisión del Sistema Financiero cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) que determina que: "las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", por lo que se aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

CONSIDERANDO:

Que, cumplida con las observaciones de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011, corresponde considerar el Recurso de Revocatoria interpuesto el 26 de noviembre de 2010, por el Lic. Felipe Aliaga Machicado, el cual manifiesta lo siguiente:

Error de Apreciación de los Hechos y en la Valoración de las Pruebas de Descargo

Sobre este punto, alega:

- *"La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al aseverar que se habría actuado en forma notoriamente incorrecta, no valoró las pruebas ni consideró que en cuanto a la opinión, interpretación, evaluación y cumplimiento de las normas legales (artículos 603 y 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento de Cheque) los Auditores Internos (por su profesión) se basaron en la opinión técnico legal del abogado Hugo Romero Espada, por lo que consideran haber realizado el trabajo de evaluación de Normas, Contratos de Asociación Accidental y Poderes en base a opiniones legales de expertos (NIA- 620-USO DEL TRABAJO DE EXPERTO) y por ende con la más absoluta buena fe y en estricta aplicación de lo dispuesto en el Título IV, Capítulo I, Sección 5, artículo 1, inciso b) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que establece que la Unidad de Auditoría Interna deberá mínimamente b) cumplir las funciones y objetivos de modo oportuno, independientemente y eficiente en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el Código de Ética del Auditor internacionalmente aplicadas".*

Inexistencia de Contradicción en los Informes de Auditoría Interna

- *"Con relación al tercer cargo no existe contradicción de criterio entre los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 ya que al tener diferentes ámbitos y alcances los componentes o conclusiones no pueden ser iguales y tampoco contradictorios; asimismo el inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que se menciona como incumplido, no menciona en ninguna de sus partes que la emisión de criterios contradictorios constituya una infracción, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al haber incorporado en la Resolución ASFI N° 931/2010 un elemento no tipificado ha*

vulnerado lo establecido en el artículo 73 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece: I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias; b) sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Principio de Presunción de Inocencia

- *Con relación a los tres cargos se tiene que los mismos no se encuentran plenamente demostrados, máxime si la propia ASFI ha dejado establecido en el informe ASFI/DSR I/R-79617/2010, página 18, que: "Las observaciones efectuadas por SERPREC hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de Auditoría presumiblemente con la finalidad de favorecer al Banco cuya intencionalidad no puede ser probada", por lo que al no existir una racional convicción de culpabilidad y menos dolo debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, porque los Auditores en la emisión de los informes han actuado de buena fe y apoyados en la opinión de profesionales llamados a interpretar las normas, como lo determinan las Normas Generales de Auditoría (NAGAs) y las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs).*

Principio de Proporcionalidad

- *En observancia del principio de proporcionalidad y habiendo ASFI reconocido que no existe reincidencia ni se ha ocasionado perjuicios, no corresponde la drástica sanción de multa pecuniaria de un mes de salario.*

Concluye el memorial solicitando se dicte Resolución Revocando Parcialmente y dejando sin efecto la sanción impuesta en los Resuelve Primero y Segundo de la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-125702/2010 de 2 de diciembre de 2010, se corrió traslado del Recurso de Revocatoria interpuesto por el Lic. Felipe Aliaga Machicado, Auditor Interno del Banco Económico S.A., al representante legal de SERPREC Ltda., Ing. Mago Guillermo Mayori Machicao, que mereció la formulación de criterios y alegatos contenidos en el memorial presentado el 9 de diciembre de 2010, bajo los siguientes fundamentos:

- *"Resultaría inaudito que el Auditor Interno justifique sus informes legales de supuestos expertos "llamados a interpretar la Ley", queda claro que el Auditor Interno desconoce completamente sus funciones y la razón de su cargo y responsabilidades. ¿Cómo es posible que un Auditor Interno, quien supuestamente tiene que cumplir con un trabajo de manera objetiva, independiente e imparcial, se apoye plenamente en el informe de un asesor legal contratado por el Banco Económico S.A.? Entonces ¿qué razón tiene de existir el cargo de Auditor Interno si*

éste va a manifestarse sobre la base de criterios de otros profesionales?, y más aún adoptar tales criterios como propios, puesto que el informe de Auditoría indicó que el reclamo de SERPREC no era correcto ni legal.

- *¿Cómo es posible que un Auditor Interno no conozca los procedimientos de pago de un cheque intransferible?, debiendo para este propósito recurrir a un supuesto "experto", siendo que la normativa que regula dicho pago es clara y que en ningún momento fue cuestionada por el Banco y menos desvirtuado el incumplimiento en el que incurrió el mismo.*

- *El Auditor se pronunció de manera ilegal y contradictoria en sus informes pretendiendo justificar el mal pago del cheque y en su recurso señala que se basó en un informe legal, entonces su trabajo se circunscribió a hacer un informe firmando al pie del mismo con criterio de otros, esta no es la función de un Auditor Interno y por tanto tal extremo no hace más que confirmar el incumplimiento de sus funciones y las infracciones en las que incurrió".*

Concluye el memorial solicitando se aplique la mayor de las sanciones por haber incurrido en infracciones que han generado perjuicios a la empresa SERPREC Ltda.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente y el tercer interesado, los antecedentes y las normas legales sectoriales se establece:

1) Respecto al error de Apreciación de los Hechos y en la Valoración de las Pruebas de Descargo, el recurrente alega que: "ASFI no valoró las pruebas ni consideró que en cuanto a la opinión, interpretación, evaluación y cumplimiento de las normas legales los Auditores Internos (por su profesión) se basaron en la opinión técnico-legal del abogado Hugo Romero Espada, por lo que se considera que se habría realizado el trabajo de evaluación de Normas, Contratos de Asociación Accidental y Poderes en base a opiniones legales de expertos (NIA-620-Uso del Trabajo de Experto)".

Que, el artículo 2, Sección 5, Capítulo II: Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece la siguiente definición "a) Auditoría Interna: La auditoría interna es una actividad independiente y objetiva de control eficiente y consulta, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una entidad de intermediación financiera o de una empresa de servicios auxiliares financieros, aportando un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno, para cumplir sus objetivos."

Que, el artículo 4, Sección 6, Capítulo II de la norma citada (Requisitos para ser auditor interno) determina que: "El auditor interno deberá tener solvencia moral, conocimientos y experiencia apropiados para la función que desarrolla dicha unidad, debiendo reunir los siguientes requisitos mínimos: (...) c) acreditar conocimiento de leyes, reglamentos, reglamentos emitidos por la SBEF, normas tributarias, Normas

Internacionales de Contabilidad NICs), Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs) y Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) (...)".

Que, el inciso j) del artículo 7 de la Sección 6, Capítulo II, Título IV de la Norma señalada establece que: "Los auditores de las entidades de intermediación financiera deben avaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera, que incluye el cumplimiento de: La Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Normativa y disposiciones vigentes, Disposiciones emitidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Regulación emitida por otros organismos de Regulación, supervisión y control y políticas, manuales, procedimientos y demás normas internas".

Que, el Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que: Los auditores internos advertirán al directorio u Órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales".

Que, concordante con la norma precedentemente citada, el artículo 6, Sección 6, Capítulo II del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras menciona que, es responsabilidad del Auditor Interno: "informar inmediata y directamente al Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia y al Directorio, según corresponda, de manera simultánea, los resultados de su trabajo, en los cuales se hayan encontrado hechos importantes que impliquen o requieran una acción inmediata para su corrección o prevención".

Que, el artículo 2, Sección 8, Capítulo II de la citada norma determina que los informes de auditoría deberán contener, por lo menos, la siguiente información:

a) "Motivo de la realización del informe, indicando según corresponda la referencia a las actividades programadas o no programadas al órgano que lo solicitó, o de ser el caso, referirse a la información de hechos significativos".

d) Evaluación de la situación de la actividad u operación a la fecha del informe, identificando los riesgos detectados y su impacto en la entidad de intermediación financiera, así como la evaluación de los procedimientos y los controles utilizados.

e) Medidas correctivas recomendadas y/o adoptadas para subsanar los problemas o deficiencias identificadas, según corresponda.

Que, el punto 2 (introducción) de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA 620-Trabajo de un experto) prevén que: "Cuando use el trabajo desempeñado por un experto, el Auditor deberé obtener suficiente evidencia apropiada de auditoría de que dicho trabajo es adecuado para los fines de la auditoría".

Que, el numeral 12 de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA 620) determinan que: "Si los resultados del trabajo del experto no proporcionan suficiente evidencia

apropiada de auditoría o si los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor debería resolver el asunto".

Que, de la interpretación lógica y sistemática de la normativa transcrita se infiere que si bien las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) prevén la utilización excepcional del trabajo de un experto, cuando el Auditor no tenga pericia en un tema determinado, no debe olvidarse que también esta misma norma obliga al Auditor Interno a obtener suficiente evidencia de que el trabajo del experto es adecuado al fin solicitado y, más aún cuando encuentre que los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor debe resolver el asunto inclusive apartándose de la opinión del experto.

Que, por la razón anotada el Auditor Interno, Felipe Aliaga Machicado, no puede pretender exonerarse de responsabilidad arguyendo haber apoyado la emisión de los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 en la opinión legal del abogado Hugo Romero Espada, cuando el propio Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, artículo 2, Sección 5, Capítulo II (Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) establece que para ser auditor interno además de la solvencia moral, conocimientos y experiencia se debe acreditar conocimiento de leyes, reglamentos emitidos por ASFI, NICs, NAGAs y NIAs.

Que, en consecuencia ningún Auditor Interno puede eludir el desconocimiento de la normativa y menos aún cuando parte de sus funciones radica precisamente en advertir al Directorio u Órgano equivalente de la entidad financiera sobre el cumplimiento de las normas y disposiciones legales.

Que, en este sentido ASFI, a contrario sensu lo aseverado por los recurrentes, ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada por el Auditor Interno, como se desprende del análisis de descargos contendido en la página 11 a 15 de la Resolución ASFI N° 931/2010 de 5 de noviembre de 2010, que arribó a las siguientes conclusiones:

i. El informe de Auditoría Interna AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008, emitido a requerimiento de la Gerencia General del Banco Económico S.A., describe más no evalúa, ni concluye si dicho procedimiento fue correcto o incumplió la normativa contenida en el Código de Comercio, Ley de Bancos y Reglamento del Cheque, limitándose a mencionar que fue cobrado por el Representante Legal y asociado accidental, Jaime Enrique Quiroga; que la pretensión de Guillermo Mayori no es correcta ni legal por cuanto SERPREC cobró el cheque a través de su apoderado, y finalmente que la cobranza de un cheque intransferible puede realizarse a través de Cámara Electrónica de Compensación. Sin embargo, recomienda que a futuro se elabore una normativa interna específica debido a que el cheque enviado en cobranza a Cámara de Compensación vía cajas no es usual.

ii. El Informe de Auditoría Interna AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, emitido a requerimiento de ASFI para verificar el cumplimiento de la Normativa y Reglamentación así como el cumplimiento de los procedimientos internos aplicados

para el pago del cheque intransferible N° 05079-9, no se pronuncia sobre las notorias infracciones a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, contravenidos por el Banco en el procesamiento del cheque, situación que no fue advertida al Directorio del Banco, evidenciándose más bien que sus conclusiones están dirigidas a establecer que el cheque fue correctamente cancelado al haberse aplicado razonablemente procedimientos rutinarios internos.

Lo expuesto demuestra que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero valoró en su integridad con racionalidad y sana crítica las pruebas de descargo presentadas por los recurrentes.

2) Con respecto a la inexistencia de contradicción en los informes de auditoría, se alega que: "no existe contradicción de criterio entre los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 ya que al tener diferentes ámbitos y alcances, los componentes o conclusiones no pueden ser iguales y tampoco contradictorios".

Que, respecto a este punto el informe ASFI/DSR 1/130041/2010 de 9 de diciembre de 2010, en función a los descargos y argumentos presentados por los Auditores Internos, ha llegado a las siguientes conclusiones:

a) Los informes de auditoría interna del Banco Económico S.A. AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, no observaron el incumplimiento a lo dispuesto por los artículos 603 y 626 del Código de Comercio y por los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N° 081/2001 y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, originado en un error operativo del Banco y por lo tanto, no se advirtieron al directorio que al insertar en el cheque intransferible N° 05079-9 un número de cuenta erróneo (3054-091223), para que sea abonado en ésta, se invalidó el título valor por lo que no correspondía su posterior cobranza en Cámara de Compensación.

b) La evaluación efectuada en los informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, no reportan los incumplimientos de los artículos 603 y 626 del Código de Comercio ni de los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en el proceso de pago del cheque N° 05079-9.

c) Los funcionarios de la Unidad de Auditoría Interna del Banco Económico S.A. Jimena Prado y Felipe Aliaga Machicado, emitieron dos informes sobre un mismo hecho con conclusiones y recomendaciones contradictorias, el informe AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008, en la parte de recomendaciones señala que el proceso de cobranza del cheuque N° 05079-9 (cheque fiscal e intransferible) "no es usual y por tanto se recomienda que a futuro se elabore una normativa interna específica para dicho proceso" en tanto que el informe AIN 051/2009 de 75 de mayo de 2009, concluye que: "El banco económico aplicó razonablemente procedimientos

rutinarios internos que a esa fecha se encontraban establecidos por la organización".

Por lo tanto, los auditores opinaron contradictoriamente respecto a la razonabilidad de los procesos aplicados por el Banco para el pago del cheque N° 05079-9 (cheque fiscal e intransferible), incumpliendo con lo establecido por el inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en lo relativo a que los auditores de las entidades de intermediación financiera deben evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera.

3) Con respecto al Principio de Presunción de Inocencia, el recurrente arguye que: "el inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que se menciona como incumplido, no determina en ninguna de sus partes que la emisión de criterios contradictorios constituya una infracción por lo que ASFI al haber incorporado en la Resolución ASFI N° 931/2010 un elemento no tipificado ha vulnerado lo establecido en el artículo 73 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo".

Que, respecto a este argumento, efectivamente y como el recurrente lo menciona, en ninguna de las partes del inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Titulo IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se determina que la emisión de informes contradictorios constituyan una infracción, porque definitivamente ASFI no aplicó dicha disposición para sancionar la emisión de criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, como puede apreciarse en el numeral III) (página 17} de la Resolución ASFI N° 931 de 5 de noviembre de 2010, que textualmente expresa: "Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, referidos a los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9 a favor de la empresa SERPREC LTDA".

Que, el inciso b), artículo 1, sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por cuyo incumplimiento se impuso la sanción, describe la obligación de los Auditores Internos de: "cumplir con sus funciones y objetivos, de modo oportuno, independiente y eficiente, en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el Código de Ética del Auditor, internacionalmente aplicables", situación que el caso de examen no se dio por cuanto se verificó que los informes de auditoría, tantas veces mencionados, fueron emitidos alejados de los criterios rectores.

4) Con respecto al Principio de Presunción de Inocencia alega asimismo que; "Con relación a los tres cargos se tiene que los mismos no se encuentran plenamente demostrados, máxime si la propia ASFI ha dejado establecido en el informe ASFI/DSR I/R-79617/2010", página 18, que: "Las observaciones efectuados por SERPREC hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de Auditoria presumiblemente con la finalidad de favorecer al Banco cuya intencionalidad no puede ser probada", por lo que al no existir una racional convicción de culpabilidad y menos dolo debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, porque los auditores en la emisión de los informes han actuado de buena fe y apoyados en la opinión de profesionales llamados a interpretar las normas, como lo determinan las Normas Generales de Auditoría (NAGAs) y las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs).

Que, evidentemente el informe ASFI/DSR I/R-79617/2010 de 10 de agosto de 2010, en la página 20 y no en la 18 citada por el recurrente, concluye que: Tas observaciones efectuadas por parte de SERPREC hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de auditoría presumiblemente con la finalidad de favorecerá! banco, cuya intencionalidad no puede ser probada".

Que, a este respecto debe considerarse que se trata de dos situaciones diferentes:

- *Una, la denuncia de SERPREC LTDA. referida a la intencionalidad, concebida como la actuación dolosa de los auditores para favorecer al Banco, la que de haberse verificado hubiere dado lugar a la aplicación del artículo 99 in fine de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), que impone a ASFI el deber de remitir antecedentes al Ministerio Público cuando los actos puedan tipificar la comisión de un delito, situación que no aconteció por cuanto no se aprobó la intencionalidad.*

- *La otra, referida al incumplimiento de la normativa regulatoria del sector denunciada por SERPREC LTDA. por incumplimiento a la imparcialidad y objetividad de Auditoría Interna del Banco Económico S.A., hechos de los que ASFI si formó plena convicción dando lugar a que se emitan las resoluciones sancionatorias, ahora impugnadas.*

Que, lo expuesto lleva a concluir que al no haber existido duda razonable en sede administrativa en cuanto a infracción de las normas regulatorias, ASFI no podría haber aplicado el principio de presunción de inocencia.

5) Finalmente y respecto al Principio de Proporcionalidad se argumenta que: "En observancia del principio de proporcionalidad y habiendo ASFI reconocido que no existe reincidencia ni se ha ocasionado perjuicios, no corresponde la drástica sanción de multa pecuniaria de un mes de salario".

Que, respecto a este argumento la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con carácter previo, se refiero al principio de proporcionalidad en cumplimiento de lo

dispuesto por fa Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento a los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), inciso j), artículo 7, Sección 6 e inciso b) artículo 1, Sección 5 del Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contendido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, según Informe Legal ASFI/DSR I/R-71325/2011 de 14 de julio de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 931/2011 de 5 de noviembre de 2010.

"(…) CONSIDERANDO:

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales.

Que, el artículo 603 del Código de Comercio establece que el girador o cualquier tenedor pueden limitar la negociabilidad del cheque estampando en el mismo la expresión "no negociable" o "intransferible", en cuyo caso estos cheques y los no negociables por disposición de la ley, sólo pueden ser endosados para su cobro a un Banco.

Que, el artículo 626 del Código de Comercio, regula que el girador o el tenedor pueden impedir el pago del cheque en efectivo insertando en el texto la expresión "para abono en cuenta" u otra equivalente. En este caso, el Banco sólo abonará el importe del cheque en la cuenta que lleve o abra el tenedor. La expresión no puede ser

suprimida ni borrada. Si el tenedor no tuviera cuenta y el Banco rehusara abrirla, negará el pago del cheque.

Que, el artículo 29 del Reglamento del Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia, determina que el girador, el beneficiario o el tenedor de un cheque podrá evitar que se pague en efectivo insertando la mención "para abono en cuenta" o "solo para depósito" u otra equivalente. La entidad girada solo podrá liquidar el cheque mediante asiento contable. La liquidación así efectuada equivaldrá al pago.

Que, el artículo 36 del citado Reglamento de Cheque, señala que el cheque de cuenta corriente fiscal es aquel girado por entidades del sector público contra las cuentas corrientes fiscales que éstas mantienen en los Bancos corresponsales. Será nominativo y llevará la inscripción preimpresa del "cheque de cuenta corriente fiscal - intransferible". Estos cheques podrán ser endosados para abono en la cuenta del beneficiario abierta en cualquier entidad financiera, y ser procesados a través de las Cámaras Electrónicas de Compensación. El cheque de cuenta corriente fiscal tendrá caracteres magnéticos para su procesamiento electrónico que permitan su diferenciación en las Cámaras Electrónicas de Compensación, además de otras características que los diferencien de otro tipo de cheques.

Que, el inciso b) del artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala que las entidades de intermediación financieras y las empresas de servicios auxiliares financieros que operen en el país deben contar con una Unidad de Auditoría Interna, la cual debe cumplir sus funciones y objetivos, de modo oportuno, independiente y eficiente, en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el Código de Ética del Auditor, internacionalmente aplicables.

Que, el inciso j) del artículo 7 de la Sección 6, Capítulo II, Título IV del citado Reglamento establece que los auditores de las entidades de intermediación financiera deben evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera, que incluye el cumplimiento de: Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Normativa y disposiciones vigentes, Disposiciones emitidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Regulación emitida por otros organismos de regulación, supervisión y control y Políticas, manuales, procedimientos y demás normas internas."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N°567/2011 DE 21 DE JULIO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N°567/2011 de 21 de julio de 2011 correspondiente a Janeth Jimena Prado Crespo se resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°932/2010 de 5 noviembre de 2010.

Con los siguientes argumentos:

"…CONSIDERANDO:

Que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011, la presente Resolución debe circunscribirse previamente a emitir pronunciamiento sobre los aspectos anulados, respecto al principio de proporcionalidad en cuanto se refiere a la imposición del monto de sanción establecida en la Resolución ASFI N° 931/2010 de 5 de noviembre de 2010, motivando en derecho y ajustándola conforme a los fundamentos.

Que, el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, establece los Principios Generales de la Actividad Administrativa, que en su inciso p) se refiere al Principio de Proporcionalidad señalando que: "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".

Que, doctrinalmente el autor Alejandro Nieto señala que "El principio de proporcionalidad opera en dos planos en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a estas; y el de aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas".

Que, de acuerdo a lo señalado por (Sarmiento Ramírez, Daniel "El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo", Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 198, Bogotá, 2007): "El principio de proporcionalidad es un principio inherente al estado de Derecho, derivable de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Justamente por razón de su contenido resulta trascendente en el derecho sancionador administrativo, toda vez que lo normal es que éste regule las sanciones de forma flexible, es decir, otorgando cierto margen de apreciación a la administración para la graduación de la sanción. Dicho derecho implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa".

Que, de igual manera respecto al Principio de Proporcionalidad en la aplicación de sanciones, el precedente administrativo Jerárquico RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, establece que: "El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que lo autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material.

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

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

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

Que, en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase" (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).

Que, aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto al Principio de Proporcionalidad:

- ***Tipificación.*** *Conforme al principio de tipicidad, los preceptos legales (norma) es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presenta caso, de los documentos remitidos en descargo por parte de la señora Janeth Jimena Prado Crespo, se tiene las observaciones siguientes:*

Primer Cargo, *no se ha encontrado documentación o informe en el cual se evidencie que en su condición de Auditor Interno del Banco Económico S.A. haya informado al Directorio sobre los incumplimientos de los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al*

Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, incumpliendo el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Segundo Cargo, *ninguno de los informes de Auditoría Interna AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, contiene una evaluación referida a que el Banco Económico S.A. al procesar el pago del cheque 05079-9 incumplió los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, vulnerando de esta forma la Lic. Janeth Jimena Prado Crespo el inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Tercer Cargo*, la Auditoría Interna del Banco Económico S.A. emitió criterios contradictorios en los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009, respecto a la racionabilidad de los procesos aplicados por la entidad para el pago del cheque N° 05079-9, incumpliendo lo establecido por el inciso b) del artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contendido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Los hechos citados precedentemente, se encuentran plenamente demostrados, habiendo incumplido la señora Janeth Jimena Prado Crespo los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

- ***Gradación.*** *Por lo expuesto en los puntos anteriores se evidencia que las infracciones cometidas por la señora Janeth Jimena Prado Crespo, son conductas susceptibles de sanción por parte de la Autoridad Reguladora, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las entidades supervisadas, ponderando el grado de la infracción que en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; por lo tanto, la multa a imponerse debe enmarcarse en el principio de proporcionalidad y legalidad con sometimiento pleno a la Ley, ponderando los elementos configurativos y circunstancias que concurrieron a tiempo de imponer sanción.*

Que, adicionalmente de acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión.

Que, aplicando el razonamiento citado precedentemente en el presente caso, se tiene lo siguiente:

a) *De la evaluación de los antecedentes presentados por la Sra. Janeth Jimena Prado Crespo se advierte la conducta negligente[1] a tiempo de elaborar los informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, elemento configurativo dado por la falta de diligencia toda vez que debió advertir al Directorio del Banco Económico S.A. sobre los incumplimientos al Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por otra parte, no evaluó el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, emitió criterios contradictorios en la elaboración de los citados informes y finalmente no observó los incumplimientos infringidos por el Banco Económico S.A. a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda.*

b) *Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, cabe señalar que la labor de un Auditor Interno se expresa a través de la elaboración de informes, dichos informes se caracterizan por tener una sustentación adecuada, es decir, deben basarse en evidencias, las mismas deben estar amparadas en documentos, que permitan demostrar la validez de las observaciones, en este marco, los informes de auditoría interna AIN 083/2008 y AIN 051/2009, no establecen la existencia de incumplimientos a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por el Banco Económico S.A. a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9, consiguientemente las conclusiones y recomendaciones arribadas en los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009, revisten de importancia ya que los mismos deben ser objetivos basados en hechos reales que coadyuven a la eficacia de la administración de la entidad, sin embargo de ello, no se advierte que dichos incumplimientos hubieran ocasionado perjuicio a terceros.*

c) *En relación a la reincidencia, de acuerdo a lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, que cita a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2009 de 17 de diciembre de 2009, "Según el Diccionario de sinónimos y antónimos 2005 Espasa-Calpe reiteración es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: reincidencia, repetición, insistencia, ratificación, redundancia.", asimismo señala que "Tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso", en el presente caso, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado a la Señora Jimena Prado Crespo por incumplimiento a los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

Que, respecto a la cuantía para la imposición de la sanción contra la Lic. Jimena Prado Crespo, el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) establece una discrecionalidad reglada para la modulación de la sanción, que no debe confundirse con arbitrariedad, sino que la adecuación de la sanción debe ser en función a las circunstancias de la infracción y por los principios sancionadores que ingresan en su función integradora del sistema normativo.

Que, el artículo 1 de la Sección 9, Capítulo II, Título IV Reglamento de Control Interno y Auditores Internos determina: "Sanciones.- El incumplimiento de lo dispuesto en el presente reglamento conlleva a sanciones según lo dispuesto en el Capítulo II, Título VIII de la LBEF y Reglamento de Sanciones Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras".

Los auditores internos que en el cumplimiento de sus funciones, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas con relación a la entidad de intermediación financiera, al BCB, a la SBEF, a la SPVS y a la Superintendencia General del SIREFI serán sancionados conforme se establece en el artículo 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el Reglamento de Sanciones Administrativas de la SBEF, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar.

Que, por su parte el artículo 100 del Capítulo II (Contravenciones, Infracciones y Sanciones) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001, determina que: "Los auditores internos y externos (...) de las entidades de intermediación financiera (...) que en el cumplimiento de sus funciones para las cuales han sido contratados, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas, serán sancionados por la Superintendencia respectiva de acuerdo a la presente ley y sus normas reglamentarias, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar".

Que, en el caso de examen se han aplicado todos los criterios de graduación recogidos del texto del Reglamento de Sanciones Administrativas (artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Título XIII Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) que textualmente determina: "Artículo 1- Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el Superintendente tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres años. Este plazo se extenderá a cinco años, cuando se haya actuado con dolo y este se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos o infracciones cometidas".

Que, bajo dichas consideraciones y al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por la Lic. Janeth Jimena Prado Crespo en su calidad de Auditora Interna del Banco Económico S.A. se aplicó la acción de multa mínima, equivalente a una (1) remuneración mensual, de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras 1488 (Texto Ordenado) que determina "Multas personales a directores síndicos , miembros del consejo de la administración gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por

cinco veces la remuneración mensual del infractor", por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras NT 1488 (Texto Ordenado) que determina que: "las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", por lo que se aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

CONSIDERANDO:

Que, cumplida con las observaciones de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011, corresponde considerar el Recurso de Revocatoria interpuesto el 26 de noviembre de 2010, por la Lic. Janeth Jimena Prado Crespo, el cual manifiesta lo siguiente:

Error de Apreciación de los Hechos y en la Valoración de las Pruebas de Descargo

Sobre este punto, alega:

- *"La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al aseverar que se habría actuado en forma notoriamente incorrecta, no valoró las pruebas ni consideró que en cuanto a la opinión, interpretación, evaluación y cumplimiento de las normas legales (artículos 603 y 626 del Código de Comercio y artículos 29 y 36 del Reglamento de Cheque) los Auditores Internos (por su profesión) se basaron en la opinión técnico legal del abogado Hugo Romero Espada, por lo que consideran haber realizado el trabajo de evaluación de Normas, Contratos de Asociación Accidental y Poderes en base a opiniones legales de expertos (NIA-620-USO DEL TRABAJO DE EXPERTO) y por ende con la más absoluta buena fe y en estricta aplicación de lo dispuesto en el Título IV, Capítulo I, Sección 5, artículo 1, inciso b) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que establece que la Unidad de Auditoría Interna deberá mínimamente b) cumplir las funciones y objetivos de modo oportuno, independientemente y eficiente en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el Código de Ética del Auditor internacionalmente aplicadas".*

Inexistencia de Contradicción en los Informes de Auditoría Interna

- *"Con relación al tercer cargo no existe contradicción de criterio entre los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 ya que al tener diferentes ámbitos y alcances los componentes o conclusiones no pueden ser iguales y tampoco contradictorios; asimismo el inciso j) del articulo 7), Sección 6, Capitulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que se menciona como incumplido, no menciona en ninguna de sus partes que la emisión de criterios contradictorios constituya una infracción, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al haber incorporado en la Resolución ASFI N° 931/2010 un elemento no tipificado ha vulnerado lo establecido en*

el artículo 73 de la Ley N' 2341 de Procedimiento Administrativo que establece: I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias; b) sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

Principio de Presunción de Inocencia

- *Con relación a los tres cargos se tiene que los mismos no se encuentran plenamente demostrados, máxime si la propia ASFI ha dejado establecido en el informe ASFI/DSR I/R-79617/2010, página 18, que: "Las observaciones efectuadas por SERPREC hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de Auditoría presumiblemente con la finalidad de favorecer al Banco cuya intencionalidad no puede ser probada", **por** lo que al no existir una racional convicción de culpabilidad y menos dolo debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, porque los Auditores en la emisión de los informes han actuado de buena fe y apoyados en la opinión de profesionales llamados a interpretar las normas, como lo determinan las Normas Generales de Auditoría (NAGAs) y las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs).*

Principio de Proporcionalidad

- *En observancia del principio de proporcionalidad y habiendo ASFI reconocido que no existe reincidencia ni se ha ocasionado perjuicios, no corresponde la drástica sanción de multa pecuniaria de un mes de salario.*

Concluye el memorial solicitando se dicte Resolución Revocando Parcialmente y dejando sin efecto la sanción impuesta en los Resuelve Primero y Segundo de la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-125702/2010 de 2 de diciembre de 2010, se corrió traslado del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Lic. Janeth Jimena Prado Crespo, Auditora Interna del Banco Económico S.A., al representante legal de SERPREC Ltda., Ing. Mago Guillermo Mayori Machicao, que mereció la formulación de criterios y alegatos contenidos en el memorial presentado el 9 de diciembre de 2010, bajo los siguientes fundamentos:

- *"Resultaría inaudito que el Auditor Interno justifique sus informes legales de supuestos expertos "llamados a interpretar la Ley", queda claro que el Auditor Interno desconoce completamente sus funciones y la razón de su cargo y responsabilidades. ¿Cómo es posible que un Auditor Interno, quien supuestamente tiene que cumplir con un trabajo de manera objetiva, independiente e imparcial, se apoye plenamente en el informe de un asesor legal contratado por el Banco Económico S.A.? Entonces ¿qué razón tiene de existir el cargo de Auditor Interno si éste va a manifestarse sobre la base de*

criterios de otros profesionales?, y más aún adoptar tales criterios como propios, puesto que el informe de Auditoría indicó que el reclamo de SERPREC no era correcto ni legal.

- *¿Cómo es posible que un Auditor Interno no conozca los procedimientos de pago de un cheque intransferible?, debiendo para este propósito recurrir a un supuesto "experto", siendo que la normativa que regula dicho pago es clara y que en ningún momento fue cuestionada por el Banco y menos desvirtuado el incumplimiento en el que incurrió el mismo.*

- *El Auditor se pronunció de manera ilegal y contradictoria en sus informes pretendiendo justificar el mal pago del cheque y en su recurso señala que se basó en un informe legal, entonces su trabajo se circunscribió a hacer un informe firmando al pie del mismo con criterio de otros, esta no es la función de un Auditor Interno y por tanto tal extremo no hace más que confirmar el incumplimiento de sus funciones y las infracciones en las que incurrió".*

Concluye el memorial solicitando se aplique la mayor de las sanciones por haber incurrido en infracciones que han generado perjuicios a la empresa SERPREC Ltda. y a la persona de su Gerente General.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente y el tercer interesado, los antecedentes y las normas legales sectoriales se establece:

1) Respecto al error de Apreciación de los Hechos y en la Valoración de las Pruebas de Descargo, el recurrente alega que: "ASFI no valoró las pruebas ni consideró que en cuanto a la opinión, interpretación, evaluación y cumplimiento de las normas legales los Auditores Internos (por su profesión) se basaron en la opinión técnico-legal del abogado Hugo Romero Espada, por lo que se considera que se habría realizado el trabajo de evaluación de Normas, Contratos de Asociación Accidental y Poderes en base a opiniones legales de expertos (NIA-620-Uso del Trabajo de Experto)".

Que, el artículo 2, Sección 5, Capítulo II: Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece la siguiente definición "a) Auditoría Interna: La auditoría interna es una actividad independiente y objetiva de control eficiente y consulta, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una entidad de intermediación financiera o de una empresa de servicios auxiliares financieros, aportando un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno, para cumplir sus objetivos."

Que, el artículo 4, Sección 6, Capítulo II de la norma citada (Requisitos para ser auditor interno) determina que: "El auditor interno deberá tener solvencia moral, conocimientos y experiencia apropiados para la función que desarrolla dicha unidad, debiendo reunir los siguientes requisitos mínimos: (...) c) acreditar conocimiento de leyes, reglamentos,

reglamentos emitidos por la SBEF, normas tributarias, Normas Internacionales de Contabilidad NICs), Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs) y Normas Internacionales de Auditoría (NIAs)

Que, el inciso j) del artículo 7 de la Sección 6, Capitule II, Título IV de la Norma señalada establece que: "Los auditores de las entidades de intermediación financiera deben avaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera, que incluye el cumplimiento de: La Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), Normativa y disposiciones vigentes, Disposiciones emitidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, Regulación emitida por otros organismos de Regulación, supervisión y control y políticas, manuales, procedimientos y demás normas internas".

Que, el Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que: "Los auditores internos advertirán al directorio u Órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales".

Que, concordante con la norma precedentemente citada, el artículo 6, Sección 6, Capitulo II del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras menciona que, es responsabilidad del Auditor Interno: "informar inmediata y directamente al Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia y al Directorio, según corresponda, de manera simultánea, los resultados de su trabajo, en los cuales se hayan encontrado hechos importantes que impliquen o requieran una acción inmediata para su corrección o prevención".

Que, el artículo 2, Sección 8, Capitulo II de la citada norma determina que los informes de auditoría deberán contener, por lo menos, la siguiente información:

a) "Motivo de la realización del informe, indicando según corresponda la referencia a las actividades programadas o no programadas al órgano que lo solicitó, o de ser el caso, referirse a la información de hechos significativos".

b) Evaluación de la situación de la actividad u operación a la fecha del informe, identificando los riesgos detectados y su impacto en la entidad de intermediación financiera, así como la evaluación de los procedimientos y los controles utilizados.

c) Medidas correctivas recomendadas y/o adoptadas para subsanar los problemas o deficiencias identificadas, según corresponda.

Que, el punto 2 (introducción) de las Normas Internacionales de Auditoría (NÍA 620-Trabajo de un experto) prevén que: "Cuando use el trabajo desempeñado por un experto, el Auditor deberá obtener suficiente evidencia apropiada de auditoría de que dicho trabajo es adecuado para los fines de la auditoría".

Que, el numeral 12 de las Normas Internacionales de Auditoría (NÍA 620) determinan que: "Si los resultados del trabajo del experto no proporcionan suficiente evidencia apropiada de auditoría o si los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor debería resolver el asunto".

Que, de la interpretación lógica y sistemática de la normativa transcrita se infiere que si bien las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) prevén la utilización excepcional del trabajo de un experto, cuando el Auditor no tenga pericia en un tema determinado, no debe olvidarse que también esta misma norma obliga al Auditor Interno a obtener suficiente evidencia de que el trabajo del experto es adecuado al fin solicitado y, más aún cuando encuentre que los resultados no son consistentes con otra evidencia de auditoría, el auditor debe resolver el asunto inclusive apartándose de la opinión del experto.

Que, por la razón anotada la Auditora Interna, Janeth Jimena Prado Crespo, no puede pretender exonerarse de responsabilidad arguyendo haber apoyado la emisión de los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 en la opinión legal del abogado Hugo Romero Espada, cuando el propio Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, artículo 2, Sección 5, Capítulo II (Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) establece que para ser auditor interno además de la solvencia moral, conocimientos y experiencia se debe acreditar conocimiento de leyes, reglamentos emitidos por ASFI, NICs, NAGAs y NIAs.

Que, en consecuencia ningún Auditor interno puede eludir el desconocimiento de la normativa y menos aún cuando parte de sus funciones radica precisamente en advertir al Directorio u Órgano equivalente de la entidad financiera sobre el cumplimiento de las normas y disposiciones legales.

Que, en este sentido ASFI, a contrario sensu lo aseverado por los recurrentes, ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada por la Auditora Interna, como se desprende del análisis de descargos contendido en la página 11 a 15 de la Resolución ASFI N° 932/2010 de 5 de noviembre de 2010, que arribó a las siguientes conclusiones:

i. El informe de Auditoría Interna AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008, emitido a requerimiento de la Gerencia General del Banco Económico S.A., describe más no evalúa, ni concluye si dicho procedimiento fue correcto o incumplió la normativa contenida en el Código de Comercio, Ley de Bancos y Reglamento del Cheque, limitándose a mencionar que fue cobrado por el Representante Legal y asociado accidental, Jaime Enrique Quiroga; que la pretensión de Guillermo Mayori no es correcta ni legal por cuanto SERPREC cobró el cheque a través de su apoderado; y finalmente que la cobranza de un cheque intransferible puede realizarse a través de Cámara Electrónica de Compensación. Sin embargo, recomienda que a futuro se elabore una normativa interna específica debido a que el cheque enviado en cobranza a Cámara de Compensación vía cajas no es usual.

ii. *El Informe de Auditoría Interna AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, emitido a requerimiento de ASFI para verificar el cumplimiento de la Normativa y Reglamentación así como el cumplimiento de los procedimientos internos aplicados para el pago del cheque intransferible N° 05079-9, no se pronuncia sobre las notorias infracciones a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, contravenidos por el Banco en el procesamiento del cheque, situación que no fue advertida al Directorio del Banco, evidenciándose más bien que sus conclusiones están dirigidas a establecer que el cheque fue correctamente cancelado al haberse aplicado razonablemente procedimientos rutinarios internos.*

Lo expuesto demuestra que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero valoró en su integridad con racionalidad y sana crítica las pruebas de descargo presentadas por los recurrentes.

2) Con respecto a la inexistencia de contradicción en los informes de auditoría, se alega que: "no existe contradicción de criterio entre los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009 ya que al tener diferentes ámbitos y alcances, los componentes o conclusiones no pueden ser iguales y tampoco contradictorios".

Que, respecto a este punto el informe ASFI/DSR 1/130041/2010 de 9 de diciembre de 2010, en función a los descargos y argumentos presentados por los Auditores Internos, ha llegado a las siguientes conclusiones:

a) Los informes de auditoría interna del Banco Económico S.A. AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, no observaron el incumplimiento a lo dispuesto por los artículos 603 y 626 del Código de Comercio y por los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N° 081/2001 y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, originado en un error operativo del Banco y por lo tanto, no se advirtieron al directorio que al insertar en el cheque intransferible N° 05079-9 un número de cuenta erróneo (3054-091223), para que sea abonado en ésta, se invalidó el título valor por lo que no correspondía su posterior cobranza en Cámara de Compensación.

b) La evaluación efectuada en los informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, no reportan los incumplimientos de los artículos 603 y 626 del Código de Comercio ni de los artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en el proceso de pago del cheque N° 05079-9.

c) Los funcionarios de la Unidad de Auditoría Interna del Banco Económico S.A. Jimena Prado y Felipe Aliaga Machicado, emitieron dos informes sobre un mismo hecho con conclusiones y recomendaciones contradictorias, el informe AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008, en la parte de recomendaciones señala que el proceso de cobranza

del cheuque N° 05079-9 (cheque fiscal e intransferible) "no es usual y por tanto se recomienda que a futuro se elabore una normativa interna específica para dicho proceso" en tanto que el informe AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, concluye que: "El banco económico aplicó razonablemente procedimientos rutinarios internos que a esa fecha se encontraban establecidos por la organización".

Por lo tanto, los auditores opinaron contradictoriamente respecto a la razonabilidad de los procesos aplicados por el Banco para el pago del cheque N° 05079-9 (cheque fiscal e intransferible), incumpliendo con lo establecido por el inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en lo relativo a que los auditores de las entidades de intermediación financiera deben evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera.

3) Con respecto al Principio de Presunción de Inocencia, el recurrente arguye que: "el inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que se menciona como incumplido, no determina en ninguna de sus partes que la emisión de criterios contradictorios constituya una infracción por lo que ASFI al haber incorporado en la Resolución ASFI N° 931/2010 un elemento no tipificado ha vulnerado lo establecido en el artículo 73 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo".

Que, respecto a este argumento, efectivamente y como el recurrente lo menciona, en ninguna de las partes del inciso j) del artículo 7), Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno de Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se determina que la emisión de informes contradictorios constituyan una infracción, porque definitivamente ASFI no aplicó dicha disposición para sancionar la emisión de criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, como puede apreciarse en el numeral III) (página 17) de la Resolución ASFI N° 931 de 5 de noviembre de 2010, que textualmente expresa: "Incumplimiento al inciso b), artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque habría emitido criterios contradictorios en los informes de auditoría interna AIN 083 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051 de 15 de mayo de 2009, referidos a los incumplimientos incurridos por la entidad a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9 a favor de la empresa SERPREC LTDA".

Que, el inciso b), artículo 1, sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por cuyo incumplimiento se impuso la sanción, describe la obligación de los Auditores Internos de: "cumplir con sus funciones y objetivos, de modo oportuno, independiente y eficiente, en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el

Código de Ética del Auditor, internacionalmente aplicables", situación que el caso de examen no se dio por cuanto se verificó que los informes de auditoría, tantas veces mencionados, fueron emitidos alejados de los criterios rectores.

4) Con respecto al Principio de Presunción de Inocencia alega asimismo que: "Con relación a los tres cargos se tiene que los mismos no se encuentran plenamente demostrados, máxime si la propia ASFI ha dejado establecido en el informe ASFI/DSR I/R-79617/2010", página 18, que: Las observaciones efectuados por SERPREC hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de Auditoria presumiblemente con la finalidad de favorecer al Banco cuya intencionalidad no puede ser probada", por lo que al no existir una racional convicción de culpabilidad y menos dolo debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, porque los auditores en la emisión de los informes han actuado de buena fe y apoyados en la opinión de profesionales llamados a interpretar las normas, como lo determinan las Normas Generales de Auditoría (NAGAs) y las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs).

Que, evidentemente el informe ASFI/DSR I/R-79617/2010 de 10 de agosto de 2010, en la página 20 y no en la 18 citada por el recurrente, concluye que: "Las observaciones efectuadas por parte de SERPREC hacen referencia a omisiones y errores cometidos por parte de la Unidad de auditoría presumiblemente con la finalidad de favorecer al banco, cuya intencionalidad no puede ser probada".

Que, a este respecto debe considerarse que se trata de dos situaciones diferentes:

- *Una, la denuncia de SERPREC LTDA. referida a la intencionalidad, concebida como la actuación dolosa de los auditores para favorecer al Banco, la que de haberse verificado hubiere dado lugar a la aplicación del artículo 99 in fine de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), que impone a ASFI el deber de remitir antecedentes al Ministerio Público cuando los actos puedan tipificar la comisión de un delito, situación que no aconteció por cuanto no se aprobó la intencionalidad.*

- *La otra, referida al incumplimiento de la normativa regulatoria del sector denunciada por SERPREC LTDA. por incumplimiento a la imparcialidad y objetividad de Auditoría Interna del Banco Económico S.A., hechos de los que ASFI si formó plena convicción dando lugar a que se emitan las resoluciones sancionatorias, ahora impugnadas.*

Que, lo expuesto lleva a concluir que al no haber existido duda razonable en sede administrativa en cuanto a infracción de las normas regulatorias, ASFI no podría haber aplicado el principio de presunción de inocencia.

5) Finalmente y respecto al Principio de Proporcionalidad se argumenta que: "En observancia del principio de proporcionalidad y habiendo ASFI reconocido que no existe reincidencia ni se ha ocasionado perjuicios, no corresponde la drástica sanción de multa pecuniaria de un mes de salario".

Que, respecto a este argumento la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con carácter previo, se refiero al principio de proporcionalidad en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 028/2011 de 27 de mayo de 2011.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos del recurso de revocatoria no desvirtúan el incumplimiento a los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), inciso j), artículo 7, Sección 6 e inciso b) artículo 1, Sección 5 del Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contendido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, según Informe Legal ASFI/DSR I/R-71793/2011 de 15 de julio de 2011, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el recurrente, concluyendo que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 932/2011 de 5 de noviembre de 2010.

"(…)CONSIDERANDO:

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo, el artículo 43 del nombrado Decreto Supremo establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) señala que los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales.

Que, el artículo 603 del Código de Comercio establece que el girador o cualquier tenedor pueden limitar la negociabilidad del cheque estampando en el mismo la expresión "no negociable" o "intransferible", en cuyo caso estos cheques y los no negociables por disposición de la ley, sólo pueden ser endosados para su cobro a un Banco.

Que, el artículo 626 del Código de Comercio, regula que el girador o el tenedor pueden impedir el pago del cheque en efectivo insertando en el texto la expresión "para abono en cuenta" u otra equivalente. En este caso, el Banco sólo abonará el importe del cheque en la cuenta que lleve o abra el tenedor. La expresión no puede ser suprimida ni

borrada. Si el tenedor no tuviera cuenta y el Banco rehusara abrirla, negará el pago del cheque.

Que, el artículo 29 del Reglamento del Cheque aprobado por el Banco Central de Bolivia, determina que el girador, el beneficiario o el tenedor de un cheque podrá evitar que se pague en efectivo insertando la mención "para abono en cuenta" o "solo para depósito" u otra equivalente. La entidad girada solo podrá liquidar el cheque mediante asiento contable. La liquidación así efectuada equivaldrá al pago.

Que, el artículo 36 del citado Reglamento de Cheque, señala que el cheque de cuenta corriente fiscal es aquel girado por entidades del sector público contra las cuentas corrientes fiscales que éstas mantienen en los Bancos corresponsales. Será nominativo y llevará la inscripción preimpresa del "cheque de cuenta corriente fiscal - intransferible". Estos cheques podrán ser endosados para abono en la cuenta del beneficiario abierta en cualquier entidad financiera, y ser procesados a través de las Cámaras Electrónicas de Compensación. El cheque de cuenta corriente fiscal tendrá caracteres magnéticos para su procesamiento electrónico que permitan su diferenciación en las Cámaras Electrónicas de Compensación, además de otras características que los diferencien de otro tipo de cheques.

Que, el inciso b) del artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala que las entidades de intermediación financieras y las empresas de servicios auxiliares financieros que operen en el país deben contar con una Unidad de Auditoría Interna, la cual debe cumplir sus funciones y objetivos, de modo oportuno, independiente y eficiente, en concordancia con Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs), Normas Internacionales de Auditoría (NIAs) y el Código de Ética del Auditor, internacionalmente aplicables…."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memoriales presentados el 8 de agosto de 2011 Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA" interpuso Recursos Jerárquicos contra las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 566/2011 y ASFI Nº 567 /2011, ambas de fecha 21 de julio de 2011 siendo que los dos Recursos Jerárquicos presentan el mismo tenor y texto se transcribe uno de ellos:

"II. LESIÓN DE DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS

***II.1** La Resolución ASFI Nº 566/2011 y la Resolución ASFI Nº 567/2011, ambas de de 21 de julio de 2011 hace una relación del principio de proporcionalidad y luego señala que de acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) la reincidencia en la comisión. Respecto al primer criterio, la ASFI señala que de los antecedentes presentados por el señores Felipe*

Aliaga Machicado, Janeth Jimena Prado Crespo se advierte la conducta negligente a tiempo de elaborar los Informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, elemento configurativo dado por la falta de diligencia, toda vez que debió advertir al Directorio del Banco Económico S.A. sobre los incumplimientos al Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y que por otra parte no evaluó el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, emitió criterios contradictorios en la elaboración de los citados informes y finalmente no observó los incumplimientos infringidos por el Banco Económico S.A. a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9 girado por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba en favor de la empresa SERPREC Ltda.

Como podrá observarse la ASFI de ninguna manera hace consideraciones serias de los criterios de graduación de la sanción en relación al caso concreto de los incumplimientos del Auditor, pues simplemente se limita a señalar que hubo negligencia al no haber comunicado al Directorio del Banco o no haberle advertido sobre los incumplimientos al Código de Comercio, Reglamento del Cheque y al Manual de Cuentas, cayendo en la misma falta de fundamento que tenía la Resolución anulada dejando de lado una serie de hechos que son de conocimiento de la ASFI, que sirven como parámetros muy claros para determinar la intencionalidad de parte del Auditor, la ASFI no desarrolla ningún fundamento para determinar la negligencia, puesto que simplemente señala que el Auditor no advirtió ni observó incumplimientos del Banco en sus informes. Tal determinación resulta ser por demás simplona y adolece de argumentos válidos, pues una vez más la ASFI se parcializa con los Auditores y hace caso omiso a muchas circunstancias que son las que pasamos a señalar: La ASFI no consideró el objeto de los Informes de Auditoría, el primer Informe de Auditoría AIN 083 establece en su estructura lo siguiente:

Objetivos: *"Atender el requerimiento de la Gerencia General, que ha solicitado revisar y analizar los reclamos mediante cartas enviadas por la empresa de Servicios y Pretensados SERPREC Ltda. con relación al proceso de constitución de 3 DPF's con fondos provenientes del cobro del cheque Nro. 05079-9 del Banco de Crédito.*

Asimismo, se ha solicitado revisar los poderes otorgados al Sr. Jaime Enrique Quiroga Ángulo por parte de la empresa SERPREC LTDA., y finalmente la documentación de sustento que autoriza el desembolso del préstamo 1009302 en la cuenta de la empresa Importadora Campero (3042-023157)"

Alcance:

A. REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO OPERATIVO

- ✓ *Características del cheque Nro. 05079-9*
- ✓ *Relevamiento sobre el procedimiento de recepción y cobro del cheque Nro. 05079-9*

- ✓ *Identificación de la aplicación del efectivo cobrado (Cheque Nro. 05079-9-**)***

B. REVISIÓN DE RESPALDOS LEGALES

- ✓ *Poderes presentados al Banco*
- ✓ *Contrato de Asociación Accidental*
- ✓ *Recabar opinión Legal del análisis de estos documentos*

C. NORMATIVAS Y REGLAMENTACIONES APROBADAS

- ✓ *Revisión del alcance de la Resolución Ministerial Nro. 654 del Banco Central de Bolivia en relación a los cheques (Requisitos para el pago, cheques no negociables, cheque de cuenta corriente fiscal).*
- ✓ *Revisión de los artículos descritos en el Código de Comercio en relación a la **Limitación de negociabilidad, Cheques para abono en cuenta, Responsabilidad del banco.***
- ✓ *Revisión del Reglamento de la Cámara de Compensación, aprobado Resolución de Directorio del Banco Central de Bolivia N° 046/95 de 18 de mayo de 1995."*

Además de lo señalado, en nuestra denuncia hicimos notar una serie de observaciones al citado Informe AIN 083/2008 que son las siguientes:

Parte denominada Antecedentes

1.** El informe menciona que SERPREC Ltda., mediante carta Cite: "SERPREC 087/08 solicitó información para sus auditores internos **por cambio en la Dirección de la Empresa, lo cual es falso.

2** .El informe menciona el contenido de la Certificación G.R.062/2008 de fecha 05-05-08 del BECO, solo donde se menciona que SERPREC Ltda. era titular de cuatro DPF's pero no informa intencionalmente que también se había certificado que SERPREC Ltda. **"no ha realizado ninguna otra transacción en nuestra institución".

***3.** El informe no observó que existió incumplimiento a normas de la ASFI respecto al trámite de reclamo y consultas de SERPREC Ltda. como ser:*

- ➢ *Entrega de documentación incompleta*
- ➢ *Demoras en la atención del trámite de reclamo o consulta*
- ➢ *Denuncia de intimidación a la Secretaria de SERPREC Ltda.*
- ➢ *Incongruencias en algunas respuestas.*
- ➢ *Posición asumida referida al secreto bancario*

***4.** El informe no observó que la respuesta del BECO a través del Cite SARC-236/2008*

(recibido el 2/6/08) omitió proporcionar copias legalizadas de la documentación recibida para la apertura y cancelación de los DPFs a nombre de SERPREC Ltda.

5. *El informe no menciona que el BECO a través del Cite: SARC-236/2008 (recibido el 27/6/08) entregó como única documentación de respaldo para la apertura y cancelación de los DPFs las notas JEQA 970/04 y JEQA 1071/04 de fecha 28 de septiembre y 29 de octubre de 2004 respectivamente.*

Luego el Banco a través del Cite: GR.CB 1430/08 entregada en fecha 25 de julio de 2008, incorporó como documentación de respaldo para la apertura y cancelación de los DPFs los Poderes No 369/03, 146/04, 616/04 y Contrato de Sociedad Accidental SERPREC-Quiroga. ***(Tómese en cuenta que el poder 616/04 es posterior al pago del cheque y no existe constancia alguna de la entrega de dichos poderes al Banco) Parte denominada "Procedimientos Operativos"***

1. *El auditor menciona que el Supervisor que se percató que el abono en la cuenta personal de Jaime Enrique Quiroga (JEQA) no correspondía, lo comunico a través de un e-mail en fecha 29/7/08* ***tres años y 10 meses luego de la cancelación del cheque.***
2. *El informe menciona que los poderes 369/2003, 146/2004 y Contrato de Asociación Accidental han sido presentados al Banco por el mismo Ing. Quiroga, vía Cajas, sin embargo, la cronología de transacciones de su informe* ***no se menciona la recepción de los poderes.***
3. *El auditor menciona que el cheque cuenta con la rúbrica del Sub Gerente de Créditos, quien autorizó el envío del cheque en cámara de Compensación.* ***Sin embargo, no identifica el nombre del funcionario responsable de autorizar esta transacción.***
4. ***No mencionan si existe un informe legal que haya autorizado el pago de este cheque o si el cajero que recibió es el encargado de ese trabajo.***
5. *No menciona que los créditos que se habrían cancelado por JEQA con el pago recibido en efectivo a través de cajas a horas 19:34* ***ya se encontraban cancelados a esa hora.***
6. *El informe de auditoría no menciona que no existe autorización escrita y específica para:*

   - *Cancelar los créditos de terceros con recursos del cheque*
   - *Cambio a moneda extranjera*
   - *Mantener en cuentas contables del Banco saldos remanentes por cinco días.*

7. *El auditor menciona que se realizó un ajuste contable el 24/09/04 con el saldo del cheque para constituir DPFs.* ***Sin embargo, la solicitud de apertura de DPFs de JEQA es de fecha 28/09/04, cuatro días después del denominado ajuste contable.***
10. *El informe no observa que la transacción fue revertida porque no podía ser abonado el cheque en la cuenta personal de JEQA.* ***Sin embargo, en fecha 29/09/04 se abonan US$. 146.496.46 en la cuenta personal de JEQA.***

Parte denominada "Revisión de los aspectos legales"

1. *No se menciona la fecha ni la nota a través de la cual JEQA habría presentado los poderes y Contrato de Sociedad Accidental*
2. *El informe no menciona que el informe legal denominado "informe de poderes N° 216/08" remitida a la autoridad judicial,* ***no tiene firma de quien lo haya elaborado.***
3. ***El informe de auditoría no observa que el Poder 616/04 no podía ser utilizado para el pago del Cheque No 05079-9 y apertura de los DPFs en fechas 24 y 28 de septiembre de 2004 respectivamente,*** *tal cual certificó el Dr. Pablo Argandoña a través del Cite: ALN 003/2008,* ***debido a que dicho Poder fue otorgado recién en fecha 5 de octubre de 2004.***

Parte "Normativa, resoluciones reglamentarias"

1. *El informe de auditoría cita los Artículos 17°, 23°, 36° de la RM No 654 del BCB. Sin embargo esa Resolución únicamente tiene 19 artículos, y el artículo 17° no guarda relación con el verdadero contenido del citado artículo, el cual es tergiversado por el Informe de Auditoría Interna.*

2. *El informe realiza la siguiente interpretación: El Artículo 36° de la RM señala que estos cheques podrán ser abonados, es decir no obliga a que necesariamente por CEC se envíen los cheques para abono en cuenta del beneficiario. Sin embargo, en cumplimiento al Artículo 626 del Código de Comercio, si el cheque No 05079-9 registra el endoso "para abono en cuenta", se restringió legalmente el pago en efectivo, lo que contradice la interpretación del informe de auditoría interna y evidencia que* ***los auditores se manifestaron contra de Código de Comercio.***

Parte "Autorización de desembolso al préstamo"

1. *El informe no menciona que no se cumplió con la documentación mínima para la apertura de los DPFs a nombre de SERPREC Ltda.*
2. *No menciona si el Banco cuenta con documentos legales de constitución y otras donde hayan verificado que la garantía de los DPFs hayan sido legalmente constituidas.*

Parte denominada "Conclusiones y recomendaciones"

1. *El auditor menciona nuevamente que el cheque fue pagado con el poder 616/2004 cuando ese documento fue emitido el 5 de octubre de 2004, es decir,* ***once días después*** *del pago del cheque.*
2. *El auditor menciona que la exigencia y reclamo de pago de Bs 10,000,000 por el Ing. Guillermo Mayori no es correcto ni legal, contradictorio con las Resoluciones de la ASFI y el MEFP.* ***Esta conclusión no guarda relación con el objetivo del Informe y tampoco existe un respaldo jurídico y legal que sustente esta conclusión,*** *más bien por el contrario, la normativa vigente respalda contundentemente el reclamo de SERPREC Ltda.*

3. *La gestión de cobranza del cheque No 05079-9 se efectuó al amparo del Artículo 1453 del Código de Comercio y Artículo 36° de la RM No 654, cuando este artículo del Código de Comercio* ***no sustenta de manera alguna el pago del cheque y el Articulo 36° de la RM N° 654 no existe.***

Parte denominada "Recomendaciones"

1. *El informe menciona que el cheque enviado en cobranza a cámara de compensación vía cajas efectuando la gestión de cobranza que señala el artículo 1453 de Código de Comercio no es usual por tanto recomienda elaborar una normativa interna específica. Por una parte, el citado artículo no se refiere para nada a la gestión de cobranza y por otro lado el Informe pone en evidencia que el Banco no cumple la normativa para pago de cheques intransferibles, como si el pago de un cheque intransferible fuera una operación extraña o inusual, lo cual carece desde todo punto de vista de sustento legal y jurídico.*

Como puede observarse, resulta desde todo punto de vista evidente que existieron muchas omisiones y en algún caso tergiversaciones de la norma en el Informe de Auditoría y ello es una prueba de una conducta intencional. Asimismo es inaudito que un informe que tiene como finalidad y tarea específica la de revisar la característica del cheque Nro. 05079-9 y el procedimiento de su recepción y su cobro y además la normativa concerniente a la limitación de su negociabilidad, y la responsabilidad del Banco, pueda omitir por simple negligencia señalar que el Banco incumplió las únicas normas de nuestra legislación que se ocupan de los cheques intransferibles es decir los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque.

A esto no se le puede llamar negligencia, más aún cuando el Informe en sus conclusiones establece:

"Que la exigencia y reclamo de pago de Bs.-10.000.000 por el Ing. Guillermo Mayori Machicao en la reunión del 25 de julio en la Sucursal del Banco Económico S.A en la ciudad de Cochabamba no es correcta ni legal" Es decir que los Auditores son diligentes para establecer una conclusión, que no forma parte del objeto del informe y además hacerla en contradicción a lo que dicta la normativa, y sin embargo son simplemente negligentes para obviar señalar los incumplimientos en los que incurrió el propio Banco. La ASFI pretende desconocer y deja de lado el hecho de que este informe fue presentado al Directorio y fue en base del cual el Directorio dispuso se inicien acciones legales en mi contra como persona natural. Esto se evidencia de la parte pertinente del Acta de la reunión de Directorio N° 027/2008 de 7 de agosto del 2008 cuyo texto se transcribe a continuación, donde además se observa que en el Acta se utiliza el mismo lenguaje utilizado en el informe de los Auditores en el sentido de señalar que la exigencia del pago de Bs. 10.000.000 se la rechace por ***no ser correcta ni legal***

"Posteriormente la Lic. Jimena Prado y el Dr. Hugo Romero expusieron el informe técnico legal del Dpto. de Auditoria y concluida dicha exposición, los miembros del Directorio del

Banco Económico presentes, ***en virtud a dichos informes instruyeron se rechace la referida exigencia del pago de Bs. 10.000.000 por no ser correcta ni legal,*** *dado que la empresa SERPREC a través de su apoderado y Asociado Accidental (Ing. Jaime Enrique Quiroga Ángulo) ha cobrado el importe del cheque N° 05079-9* ***y dada la manifiesta ilicitud y el grave atentado contra el patrimonio del Banco, instruyeron se formule la denuncia por tentativa de estafa y extorsión contra el Ing. Mayori."*** *¿No es acaso premeditado el destino del Informe de Auditoría siendo que éste concluye que la exigencia de pago del Ing. Mayori no es correcta ni legal?, más aún si se toma en cuenta que el objeto del informe no es determinar la ilegalidad o no del reclamo de SERPREC Ltda., además como lo mencionamos, los Auditores fueron tan diligentes que se pronunciaron sobre la legalidad del reclamo de SERPREC Ltda que ellos le denominan "exigencia de pago" sin que inclusive el informe legal (sin firma) se haya pronunciado en esos términos, pero cuando tocó referirse al incumplimiento de las normas por parte del Banco, ellos simplemente fueron negligentes a criterio de la ASFI.*

Semejante determinación de negligencia de los Auditores por parte de la ASFI, cae además en una contradicción aún mayor cuando se refiere a que los Auditores fueron negligentes en el Informe AIN 051/2009, el mismo que fue emitido a requerimiento expreso de la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras hecha al Banco Económico S.A., mediante nota SB/IDC / D-23522 /2009 de fecha 28 de abril de 2009, ***para que se remita un Informe de Auditoría Interna Especial con opinión sobre el cumplimiento de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque,*** *sin embargo los Auditores de manera deliberada eluden referirse al incumplimiento de tales disposiciones e inclusive concluyen dicho informe indicando:*

"Por lo expuesto líneas arriba y de acuerdo a lo sustentado, a juicio de Auditoría Interna el Banco Económico aplico razonablemente procedimientos rutinarios internos que a esa fecha se encontraban establecidos por la organización, así como la normativa y reglamentación aplicable a la fecha en cuestión."

¿No es acaso este un hecho deliberado que además supone inclusive el incumplimiento de una instrucción expresa del ente Regulador y que el mismo ente califica como una simple omisión y por ello constituye una negligencia?, Se debe tomar en cuenta que la misma Autoridad Reguladora instruyó expresamente a los Auditores del Banco Económico S.A. por medio de la citada nota que se pronuncie sobre el incumplimiento de los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y de los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque, y los Auditores no lo hicieron.

¿Que pretende la ASFI?, ¿encubrir los actos mal intencionados de los auditores para no imponerles una sanción mayor?, ¿acaso tiene la ASFI la intención de sobreproteger a los Auditores que infringieron las disposiciones que regulan su actividad con la finalidad de favorecer al Banco?. Todo lo señalado no son temas nuevos, todo esto fue expuesto desde nuestra denuncia presentada a la Ex Superintendencia de Bancos en fecha 20 de abril de 2009 por el mal pago del cheque intransferible N° 5079-9 y que sin embargo la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, (actual ASFI) omitió iniciar un proceso sancionatorio contra los auditores.

Es evidente que la ASFI una vez más no obró conforme a derecho como se lo pidió el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ¿por qué la ASFI no cumple con su función de imponer sanciones bajo los principios de proporcionalidad sobre la base de elementos objetivos que son de su pleno conocimiento? ¿Cómo tercero interesado, además tengo que lidiar con la clara parcialización de la ASFI? y ¿seguir ad perpetum interponiendo recursos administrativos y quejándome al Ministerio de Transparencia por cada Director Ejecutivo a.i. que pasa por la ASFI y que mantiene la constancia de la parcialización y protección al Banco Económico S.A. y sus funcionarios?, ¿Es que la ASFI incurrió también en negligencia por segunda vez consecutiva?, ¿podría considerarse negligencia hacer caso omiso de los extremos que señala el recurrente y que son por demás de conocimiento de la ASFI? ¿Quién pone fin a este tipo de actuaciones que van en desmedro de los usuarios del sistema financiero que solamente reclama que la ASFI se pronuncie conforme a derecho y sancione debidamente a Auditores que actuaron en forma intencional y que me ocasionaron perjuicios plenamente probados?¿ Dónde está la seguridad jurídica?, ¿además de los Auditores tengo que demandar a la entidad reguladora del sistema financiero porque no cumple con sus deberes (al parecer intencionalmente) y que por ello me causa serios perjuicios económicos y morales?) ¿Cuántos años más debo seguir peregrinando para que la ASFI ajuste sus resoluciones a derecho y deje de favorecer al Banco Económico y a sus funcionarios? Tómese en cuenta que el círculo vicioso podría ser interminable, puesto que la ASFI emite resoluciones que no se ajustan a derecho, y luego hay que impugnarlas hasta llegar al jerárquico, para que luego el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas anule obrados para que la ASFI vuelva a emitir nuevas resoluciones con las mismas omisiones, y se tengan que presentar nuevamente recursos para que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas vuelva a pronunciarse, y lo más probable anulando obrados hasta que la ASFI le haga caso, ¿es esto seguridad jurídica?, ¿así cumple su función la ASFI de velar por un mercado sano, seguro y transparente prevista por ley?, ¿protegiendo entidades que pisotean los derechos de los usuarios del sistema financiero y Auditores que elaboran informes y emiten criterios serviles a los intereses de los Bancos sin la objetividad de verdaderos profesionales?

Es muy importante tomar en cuenta que la determinación de la existencia de intencionalidad implica que deba imponerse una sanción administrativa mayor y no implica un calificación de daños y perjuicios y menos de determinar la existencia o no de delitos porque queda claro que ello está fuera de la competencia de la ASFI, sin embargo la ASFI no podría utilizar como argumentos para no considerar los actos intencionales que han sido por demás demostrados sobre elementos objetivos y que forman parte del análisis de las circunstancias de la infracción en materia administrativa para la determinación de la sanción correspondiente, tal como lo dispuso la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 028/2011.

***II.2** En lo concerniente al perjuicio, la ASFI vuelve a hacer caso omiso de lo expuesto por SERPREC Ltda., ni siquiera desarrolla un argumento que desvirtúe nuestra petición de que la sanción sea incrementada por haber causado perjuicio el Informe de los Auditores, ¿cómo puede considerarse que la Resolución que emite la ASFI se encuentra*

debidamente motivada, si es que no considera para nada los argumentos del tercero interesado?

Desde un principio hemos señalado que el Informe de Auditoría AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 me ha generado perjuicio no solo económico sino moral, puesto que sobre la base de ese informe el Directorio dispuso que se me inicie una acción penal en contra de mi persona según se tiene como prueba el siguiente texto pertinente del Acta de la Reunión de Directorio N° 027/2008 de 7 de agosto del 2008:

"Posteriormente la Lic. Jimena Prado y el Dr. Hugo Romero expusieron el informe técnico legal del Dpto. de Auditoria y concluida dicha exposición, los miembros del Directorio del Banco Económico presentes, ***en virtud a dichos informes instruyeron se rechace la referida exigencia del pago de Bs. 10.000.000 por no ser correcta ni legal,*** *dado que la empresa SERPREC a través de su apoderado y Asociado Accidental (Ing. Jaime Enrique Quiroga Ángulo) ha cobrado el importe del cheque N° 05079-9* ***y dada la manifiesta ilicitud y el grave atentado contra el patrimonio del Banco, instruyeron se formule la denuncia por tentativa de estafa y extorsión contra el Ing. Mayori."***

Esto tuvo como consecuencia directa el inicio de acciones legales en la vía penal contra mi persona en fecha 11 de agosto de 2008, no obstante que en mi condición de Representante Legal de SERPREC Ltda. simplemente había reclamado por el mal pago del cheque intransferible 05079-9 actuando desde todo punto de vista dentro de la legalidad, puesto que como fue corroborado por la misma ASFI y el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Banco Económico S.A. incumplió los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio y los Artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque en el pago del citado cheque intransferible, y de acuerdo al Art. 628 del Código de Comercio el Banco es responsable por el mal pago de un cheque. Sin embargo, por la omisión deliberada e intencional del informe de los auditores (que para la ASFI fue simplemente negligencia) y la conclusión de que mi reclamo era ilegal, no solo no atendieron debidamente mi reclamo, sino me iniciaron acciones legales. La ASFI nunca se pronunció respecto de este elemento que prueba de manera contundente que el Informe de los Auditores me generó un perjuicio económico y moral, puesto que me vi obligado a contratar abogados para defenderme de un proceso sin argumento alguno y desde todo punto de vista ilegal, tal como está acreditado por la Resolución Fiscal 03/2010 y el Informe Conclusivo No. 01 de fecha 21 de enero de 2010, que señalan que el proceso penal que inició ilegalmente el Banco contra el Ing. Mayori ha desencadenado en un proceso disciplinario ante la Insectoría General del Ministerio Público contra el Fiscal Irving Avendaño, por haber emitido una imputación formal ilegal incurriendo en violación a la Ley Orgánica del Ministerio Público, proceso que concluyó con la DESTITUCIÓN DEFINITIVA del cargo del Fiscal de Materia, ratificada por el Fiscal General de la Nación.

El Informe Conclusivo No. 01 de fecha 21 de enero de 2010 determinó que la conducta del Fiscal Irving Avendaño está tipificada con delitos penales de:

- *Incumplimiento de deberes*
- *Resoluciones contrarias a la Constitución y a las Leyes*

- *Prevaricato*
- *Falsedad material*
- *Falsedad ideológica*
- *Uso de instrumento falsificado*

Adicionalmente la Resolución Fiscal concluye que:

- *Percy Mier Rivas, no estaba legalmente facultado para iniciar acciones penales.*
- *Que en solo un plazo de 9 días se imputo al Ing. Mayori*
- *Convocó a declaraciones de JEQA sin que este haya sido propuesto por ninguna de las partes, ni convocado por el representante del Ministerio Público*
- *Realizó una valoración sesgada y no integral de los elementos de convicción colectada*
- *Irving Avendaño consignó datos falsos en la imputación formal*
- *El Fiscal Irving Avendaño subordinó la labor de Fiscal* ***para favorecer a terceros en específico a personeros del Banco Económico insertando textos falsos para su imputación.***
- *No se pronunció sobre el delito de tentativa de estafa, sin adoptar ninguna resolución por este delito, más aún cuando nunca debió aperturarse.*
- *Incurrió en una* ***falta muy grave*** *según lo dispuesto en el Artículo 107 Num. 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público al haber subordinado los deberes de su cargo, aspecto que se refleja claramente entre las contradicciones existentes entre la documentación del cuaderno de investigación penal y el contenido de la imputación formal, que denota una manipulación de las pruebas.*
- *Incurrió en una* ***falta grave*** *según lo dispuesto en el Artículo 108 de la misma ley, debido a que la imputación formal revela que el fiscal no cumplió con el espíritu y la inteligencia de las disposiciones aludidas, por no hallarse debidamente fundamentada ni razonada, haciendo simplemente una relación superficial de los antecedentes, para concluir que Mayori intimidó al Banco pretendiendo obtener una doble ventaja económica, sin prever los alcances de la correspondencia cursada entre el Banco y Mayori,* ***tergiversando de esa manera la verdad jurídica del caso.***
- *El problema entre el Banco Económico y el Sr. Mayori corresponde a un hecho suscitado por un supuesto mal pago de un cheque, el cual es de naturaleza Bancaria, Mercantil o Comercial,* ***cuyas reclamaciones por el mal o buen pago tendrían que atenderse en la vía administrativa y/o civil*** *en cuyas jurisdicciones determinaran la existencia o no de transgresiones a las normas del BCB y el Código de Comercio y su consiguiente procedencia o no de daños y perjuicios.*
- *Que Irving Avendaño en la imputación formal hizo una valoración tergiversada de las declaraciones testificales.*
- *Que Mayori supuestamente haya exigido el pago que se menciona bajo conminatoria de iniciar "acciones legales" no es parte de una actividad extorsiva, puesto que todo ciudadano que cree que se le ha violentado un derecho subjetivo,* ***tiene plena facultad y legitimación procesal para acudir ante las autoridades correspondientes para pedir la reparación o restitución de sus derechos; esto bajo la premisa de quien infundamentadamente inicia una acción legal se hace pasible a***

las consecuencias que derivan de ese acto.

Como puede observarse, tuve que llegar al extremo de denunciar al fiscal Irving Avendaño a quien lo suspendieron definitivamente como fiscal, para frenar una serie de ilegalidades que empezaron con el Informe de Auditoría y luego siguió con una imputación formal ilegal que significó para mi persona erogación de dinero por la contratación de abogados y consultores, y un lucro cesante para SERPREC Ltda., puesto que me vi impedido de trabajar no solo por mi ocupación en estos temas sino por el daño a mi imagen y a la imagen de SERPREC Ltda. Toda vez que se difundió en instituciones públicas y privadas que yo tenía una imputación formal en la justicia ordinaria penal.

La ASFI en ningún momento se ocupó del perjuicio que me causó el Informe de Auditoría, simplemente omite hacerlo, parece que no quisiera darse cuenta que de no haber tenido las omisiones e incongruencias mal intencionadas el Informe de Auditoría y de no haber concluido que el reclamo de SERPREC Ltda., era ilegal, sino más bien, si dicho informe hubiera contemplado fielmente los hechos en función a la normativa vigente, y hubiera concluido que el Banco incumplió las disposiciones del Código de Comercio y que en consecuencia correspondía al Banco hacerse responsable por dicho incumplimiento tal como lo señala el Art. 628 del Código de Comercio, entonces todo el atropello contra mi persona y contra SERPREC Ltda., no hubiera existido. Es muy importante tomar en cuenta que ha quedado por demás demostrado el perjuicio que me ha ocasionado el Informe AIN 083/2008 de los Auditores, puesto que ha existido una relación directa entre el Informe de los Auditores y el proceso penal que se me inició y que luego de haber ejercido una serie de acciones se comprobó que la imputación formal en mi contra por dicho proceso era ilegal. Es tan evidente la parcialización de la ASFI que ni siquiera cumple lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica, puesto que dicha resolución señala en uno de sus considerandos lo siguiente:

"Sin embargo no ha compulsado o en su caso fundamentado sus Resoluciones, respecto a los demás elementos fundamentales que hacen la aplicación de cualquier sanción, cual es, la existencia de negligencia en el accionar del infractor, la intencionalidad, el dolo, la culpa, imprudencia, el grado de la misma, su repercusión, la naturaleza de los perjuicios causados, debiendo la Autoridad Fiscalizadora realizar una real compulsa de los antecedentes históricos, para que de esta manera se pueda determinar la gravedad de la infracción cometida y establecer la sanción que corresponda, tomando en cuenta todos los hechos suscitados y conductas negligentes que se habrían producido.

La debida fundamentación es un derecho que tiene tanto el regulado como el propio tercero interesado, que permite conocer a ciencia cierta cuáles son los fundamentos que cuenta la Autoridad, para determinar la cuantía de la sanción."

Es fácil advertir que la ASFI nuevamente cae en la omisión de no fundamentar su resolución, puesto que para nada fundamenta por qué el actuar del Auditor es negligente y no es intencionada y para nada desvirtúa nuestros argumentos que demuestran

fehacientemente que el accionar del infractor fue deliberado, intencional y que además tenía un propósito, la de sustentar la decisión del Directorio para que éste disponga el inicio de acciones legales en mi contra. La ASFI cae en el simplismo (consideramos que lo hace deliberadamente) de decir que el accionar del Auditor fue negligente porque omitió advertir al Directorio sobre el incumplimiento por parte del Banco de disposiciones legales vigentes que regulan el pago de un cheque intransferible, pues no analiza de ninguna manera los elementos objetivos que son de su pleno conocimiento por los cuales es fácil concluir que hubo una conducta intencional por parte de los Auditores y premeditada, puesto que el Informe y el contenido sesgado del mismo tenía una finalidad preestablecida que era que sobre la base de dicho informe se disponga el inicio de acciones legales en mi contra.

Como dice la doctrina, a la cual es necesario acudir para obtener cierto soporte concerniente a la prueba del dolo o intencionalidad. El dolo ***requiere el conocimiento de los componentes que integran el tipo objetivo y presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado prohibido.*** *Para arribar a esta afirmación debe existir - a través de elementos de prueba, serios, atendibles y concluyentes, válidamente incorporados al proceso -la plena certeza de la culpabilidad del individuo.* ***Por lo tanto, la prueba del dolo, como lo repiten los buenos autores, se encuentra en los hechos desplegados por el sujeto, en las circunstancias mismas del delito.*** *Como puede observarse, los auditores omitieron en todo momento pronunciarse sobre el incumplimiento del Banco a la normativa que regula el pago de un cheque intransferible, inclusive cuando la propia Autoridad Reguladora se lo requirió en forma expresa, claro no pudieron haberlo dicho en sus informes puesto que con ello se hubiera desvirtuado completamente que el reclamo hecho por el Ing. Mayori era ilegal. Si los Auditores hubieran advertido al Directorio que hubo un incumplimiento a la normativa del pago de cheques intransferibles, no pudo haber concluido que el reclamo del Ing. Mayori era ilegal y por lo tanto no se hubiera logrado que el Directorio disponga el inicio de acciones legales en mi contra y el Banco hubiera al menos considerado el pago en favor de SERPREC Ltda, en pleno cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 628 del Código de Comercio que establece que el Banco es responsable por el pago de un cheque en infracción de lo dispuesto por el Código de Comercio.*

Como podrá observarse, la intencionalidad de omitir los incumplimientos del Banco en el informe de Auditoría Interna no es para nada una simple negligencia, sino más bien una intencionalidad que buscaba un efecto específico y que logra obtener un resultado previsto, lo cual configura plenamente la intencionalidad de los Auditores, tal como lo dice la doctrina, la intencionalidad de los Auditores se encuentra por demás comprobada por existir elementos objetivos que presupone que el Autor haya previsto el curso causal y la producción de un resultado, lo cual se ve reflejado en el caso que nos ocupa en el Informe de Auditoría AIN 083/2008, toda vez que entre una serie de omisiones e interpretaciones antojadizas de las normas concluye que la exigencia de pago por parte del Ing., Mayori era ilegal, y sobre este informe el Directorio dispone se me inicien acciones legales. Tampoco la ASFI se pronunció de manera alguna respecto de la naturaleza de los perjuicios causados como lo dispone el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, directamente omite de manera

deliberada pronunciarse sobre ello, no obstante que es un elemento necesario e imprescindible para determinar la gravedad de la infracción cometida y que no puede dejar de estar en la compulsa o en el fundamento de su resolución, pero simplemente no está, aunque fue expuesto en el recurso tanto de revocatoria como en el jerárquico. Está claro que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas advirtió sobre los extremos señalados en nuestros recursos que la ASFI no había contemplado una serie de factores y elementos indispensables para determinar la gravedad de la infracción, y por ende para aplicar conforme a derecho los principios sancionadores y lo que es más aún importante, para que la resolución de la ASFI se encuentre debidamente motivada y fundamentada, pero lamentablemente, no obstante de haber anulado las resoluciones por la falta de fundamentos, la ASFI vuelve a caer en la misma omisión y es ya difícil creer que la ASFI incurrió nuevamente en una omisión y lo hizo de manera negligente, más aún si hay una disposición expresa del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas para que ajuste a derecho sus Resoluciones.

Como ha podido observarse de todo lo mencionado, la Resolución ASFI N° 567/2011 de 21 de julio de 2011 lesiona los intereses legítimos y derechos subjetivos de SERPREC Ltda. toda vez que el actuar deliberado y mal intencionado del Auditor Interno tal como se tiene evidenciado de sus informes e inclusive de los descargos presentados por este, me han generado serios perjuicios y la ASFI no ha aplicado el principio de proporcionalidad y tampoco ha considerado los elementos de gradación de la sanción tal como lo dispuso la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 028/2011, y por lo tanto nuevamente ha omitido ajustarse a derecho en su Resolución 567/2011. En virtud de lo mencionado corresponde la aplicación del numeral 7 del Art. 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras en el sentido de imponer como sanción contra el Auditor Interno la Inhabilitación permanente para desempeñar cualquier función en el sistema financiero, puesto que su actuar fue doloso y la ASFI tiene la obligación de mantener un mercado financiero sano, seguro y transparente. La omisión de una sanción ejemplarizadora (sic)a los Auditores Internos vulnera derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC Ltda., toda vez que al aplicar sanciones desproporcionadas con las circunstancias agravantes y los efectos causados se estaría procediendo en contra de los objetivos que la ASFI debe cumplir de mantener un mercado financiero sano, seguro y transparente y de hacer cumplir las disposiciones que rigen a las entidades financieras y los funcionarios del sistema financiero y por consiguiente a sancionar a sus infractores conforme lo manda la Ley y la Constitución Política del Estado.

IV PETITORIO

En mérito a todo lo expuesto, siendo por demás evidente la violación y vulneración de los derechos subjetivos e intereses legítimos de SERPREC Ltda, por las disposiciones y omisiones de las Resoluciones ASFI N° 566/2011 y ASFI N° 567/2011 ambas de de 21 de julio de 2011, en virtud a todos los fundamentos jurídicos y legales expuestos, dentro el plazo previsto por el Artículo 53 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, interpongo Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 567/2011 de 21 de julio de 2011 emitida por la Dra. Leny T. Valdivia Bautista, Directora Ejecutiva a.i. de la

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pidiendo se anule la Resolución N° 566/2011 y la Resolución 567 ambas de de 21 de julio de 2011 por no haberse ajustado a derecho conforme lo ha dispuesto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 028/2011."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por los Sres. **Janeth Jimena Prado Crespo y Felipe Edgar Aliaga Machicado,** corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación:

1. ANALISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Sobre el Principio de Proporcionalidad.-

El recurrente alega que nuevamente la ASFI hubiera vulnerado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción a los auditores, ya que no se hubieran considerado los elementos -que a decir del recurrente,- hacen al principio de proporcionalidad, como ser la existencia de negligencia, el accionar del infractor, la intencionalidad, el dolo, la culpa, imprudencia el grado de la misma su repercusión y la naturaleza de los perjuicios ocasionados a Serprec LTDA.

En este entendido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó ya en sus Resoluciones Administrativas ASFI N°566/2011 y ASFI N° 567/2011, ambas de 21 de julio de 2011, el siguiente pronunciamiento:

- *"… Los **hechos citados precedentemente, se encuentran plenamente demostrados, habiendo incumplido los Sres. Felipe Aliaga Machicado y Janeth Jimena Prado Crespo** los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

- ***Gradación.** Por lo expuesto en los puntos anteriores se evidencia que las infracciones cometidas por el señor Felipe Aliaga Machicado y Janeth Jimena Prado Crespo, son **conductas susceptibles de sanción por parte de la Autoridad Reguladora,** cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las entidades supervisadas, ponderando el grado de la infracción que en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en los artículos 98 de la Ley de*

Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; por lo tanto, la multa a imponerse debe enmarcarse en el principio de proporcionalidad y legalidad con sometimiento pleno a la Ley, ponderando los elementos configurativos y circunstancias que concurrieron a tiempo de imponer sanción.

Que, adicionalmente de acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión.

Que, aplicando el razonamiento citado precedentemente en el presente caso, se tiene lo siguiente:

a) *De la evaluación de los antecedentes presentados por el señor Felipe Aliaga Machicado y Janeth Jimena Prado Crespo, se advierte la* **conducta negligente a tiempo de elaborar los informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, elemento configurativo dado por la falta de diligencia toda vez que debió advertir al Directorio del Banco Económico S.A. sobre los incumplimientos al Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por otra parte, no evaluó el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, emitió criterios contradictorios en la elaboración de los citados informes y finalmente no observó los incumplimientos infringidos por el Banco Económico S.A. a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda.**

b) *Respecto a la* ***naturaleza de los perjuicios ocasionados****, cabe señalar que la labor de un Auditor Interno se expresa a través de la elaboración de informes, dichos informes se caracterizan por tener una sustentación adecuada, es decir, deben basarse en evidencias, las mismas deben estar amparadas en documentos, que permitan demostrar la validez de las observaciones, en este marco, los informes de auditoría interna AIN 083/2008 y AIN 051/2009, no establecen la existencia de incumplimientos a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras incurrido por el Banco Económico S.A. a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9, consiguientemente las conclusiones y recomendaciones arribadas en los informes AIN 083/2008 y AIN 051/2009, revisten de importancia ya que los mismos deben ser objetivos basados en hechos reales que coadyuven a la eficacia de la administración de la entidad,* **sin embargo de ello, no se advierte que dichos incumplimientos hubieran ocasionado perjuicio a terceros.**

c) *En relación a la reincidencia, de acuerdo a lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/PSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, que cita a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2009 de 17 de diciembre de 2009, "Según el Diccionario de sinónimos y antónimos 2005 Espasa-Calpe reiteración es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: reincidencia, repetición, insistencia, ratificación, redundancia.", asimismo señala que "Tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso",* ***en el presente caso, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado al señor Felipe Aliaga Machicado por incumplimiento a los artículos 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado); inciso b) artículo 1, Sección 5, e inciso j), artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.***

Que, respecto a la cuantía para la imposición de la sanción contra el Lic. Felipe Aliaga Machicado y Janeth Jimena Prado Crespo, el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado) establece una discrecionalidad reglada para la modulación de la sanción, que no debe confundirse con arbitrariedad, sino que la adecuación de la sanción debe ser en función a las circunstancias de la infracción y por los principios sancionadores que ingresan en su función integradora del sistema normativo.

Que, el artículo 1 de la Sección 9, Capítulo II, Título IV Reglamento de Control Interno y Auditores Internos determina: "Sanciones.- El incumplimiento de lo dispuesto en el presente reglamento conlleva a sanciones según lo dispuesto en el Capítulo II, Título VIII de la LBEF y Reglamento de Sanciones Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras".

Los auditores internos que en el cumplimiento de sus funciones, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas con relación a la entidad de intermediación financiera, al BCB, a la SBEF, a la SPVS y a la Superintendencia General del SIREFI serán sancionados conforme se establece en el artículo 100 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el Reglamento de Sanciones Administrativas de la SBEF, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar.

Que, por su parte el artículo 100 del Capítulo II (Contravenciones, Infracciones y Sanciones) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, Texto Ordenado al 20 de diciembre de 2001, determina que: "Los auditores internos y externos (...) de las entidades de intermediación financiera (...) que en el cumplimiento de sus funciones para las cuales han sido contratados, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas, serán sancionados por la Superintendencia respectiva de acuerdo a la presente ley y sus normas reglamentarias, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas por ley y la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar".

Que, en el caso de examen se han aplicado todos los criterios de graduación recogidos del texto del Reglamento de Sanciones Administrativas (artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Título XIII Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) que textualmente determina: "Artículo 1- Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el Superintendente tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres años. Este plazo se extenderá a cinco años, cuando se haya actuado con dolo y este se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos o infracciones cometidas".

Que, bajo dichas consideraciones y ***al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones*** *cometidas por el Lic. Felipe Aliaga Machicado en su calidad de Auditor Interno del Banco Económico S.A. se aplicó la acción de multa mínima, equivalente a una (1) remuneración mensual, de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco veces la remuneración mensual del infractor", por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) que determina que: "las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", por lo que se aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.*

"Haber aplicado todos los criterios de graduación recogidos del texto del Reglamento de Sanciones Administrativas (artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Título XIII Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) que textualmente determina: ***"Artículo 1*** *Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el Superintendente tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años. Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos o infracciones cometidas".*

Que, bajo dichas consideraciones y ***al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por las infracciones cometidas por Janeth Jimena Prado*** **y Felipe Edgar Aliaga Machicado** ***se aplicó la sanción de multa mínima, equivalente a una (1) remuneración mensual,*** *de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta,* ***hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor (...)",*** *con ello la ASFI cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina que: "las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, (...) se aplicará por actos y hechos cometidos por*

negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", y cumplió también con la exigencia del principio de proporcionalidad, es decir aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad(….)".

De lo transcrito, se evidencia que el Ente Regulador apoyado en las anteriores consideraciones, ha considerado el principio de proporcionalidad al determinar lo siguiente: a) el hecho imputado se encuentre previamente calificado como infracción, b) que el hecho sancionado se encuentra plenamente probado, en cuanto a la gravedad del hecho, así como determinó 1)que no hubo reiteración por parte de los auditores internos, 2) que sí hubo conducta negligente a tiempo de elaborar los informes AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, 3) que no ha existido perjuicio, 4) y que la infracción pudo ser evitada.

De lo expuesto se evidencia que en contrario sensu a lo aseverado por el recurrente, el Ente Regulador se ha pronunciado sobre los hechos constitutivos que implican la imposición de una sanción, habiendo realizado un análisis pormenorizado para la determinación de la misma.

Es así que las sanciones se han dado atendiendo a las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor etc., determinando de esta manera una multa equivalente a un mes de remuneración todo ello en sujeción a lo que manda el artículo 99, inciso 5) de la Ley N°1488, Ley de Bancos y Entidades Financiera.

Por lo que se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido con el principio de proporcionalidad.

1.2.- Respecto al elemento "Dolo".-

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define el dolo como: " *En acepción genérica engaño fraude, simulación "…En el Derecho Penal constituye dolo la resolución* ***libre consiente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por ley…****"*

Francisco Carrara a su vez define al dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Carrara entiende por culpa " la voluntad, **omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho**.""…, así la culpa consiste en la **violación de la obligación de diligencia y prudencia** que nos imponen determinadas normas, concebida la culpa de esta manera, implica un reproche al sujeto por el comportamiento contrario a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico.

Así la doctrina en general señala que la culpa consiste en no realizar los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones, esto en cuanto, omisión de actos relacionados directamente con la obligación infringida que el infractor, (que sabe que tiene el deber de realizar por razón de su cargo), en cuanto al dolo la doctrina señala que se puede definir como la conciencia de querer y la conciencia de obrar, traducidas estas en una conducta externa, es decir la voluntad consiente encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prohíbe.

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

Basados en estos dos conceptos tenemos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó en cuanto a la elaboración de informes de auditoría AIN 083/2008 de 5 de agosto de 2008 y AIN 051/2009 de 15 de mayo de 2009, que los mismos fueron desarrollados **con negligencia,** "*…dado por **la falta de diligencia** toda vez que debió advertir al Directorio del Banco Económico S.A. sobre los incumplimientos al Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, por otra parte, no evaluó el incumplimiento a los artículos 603 y 626 del Código de Comercio, artículos 29 y 36 del Reglamento del Cheque y al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, emitió criterios contradictorios en la elaboración de los citados informes y finalmente no observó los incumplimientos infringidos por el Banco Económico S.A. a tiempo de pagar el cheque intransferible N° 05079-9 emitido por la H. Alcaldía Municipal de Cochabamba a favor de la empresa SERPREC Ltda.…*"

Que en el caso que nos ocupa al haber determinado el ente regulador una conducta negligente, haciendo referencia a la falta de cuidado, impericia por falta de los auditores a momento de realizar sus informes, hace justamente referencia a que la conducta de los agentes infractores no pueda ya recaer en una conducta dolosa, debido a que la infracción omisiva, se debió a la negligencia de los infractores con todos los elementos que ello compone. Por lo tanto al haber determinado ya una conducta culposa ésta de manera sistemática excluye al dolo.

1.3. En cuanto a la Sanción Ejemplarizadora solicitada por SERPREC.-

El recurrente señala que la ASFI en el presente caso debió aplicar una sanción ejemplarizadora a los auditores, al haberse determinado ya existencia de negligencia en la emisión de los informes

Que, antes de entrar al análisis del tema, importa realizar ciertas disgregaciones de carácter conceptual, referente al tema de la discrecionalidad y la potestad reglada así el Dr. Jaime Pozo Chamorro, refiere:

*"**La potestad reglada** es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto "La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo".*

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

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

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

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

Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos. Lo arbitrario está en contra del principio

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

Asimismo y revisando la normativa de la materia, tenemos que el artículo 99 cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones

- *1 Amonestación (…)*

5 Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor.

Del análisis conceptual y de la propia norma transcrita precedentemente, tenemos que el artículo 99 inc. 5) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras faculta al órgano regulador a sancionar con multa a la entidad financiera de hasta cinco veces la remuneración, este hecho justamente evidencia una facultad discrecional por parte del órgano fiscalizador para graduar y determinar el importe de la multa dentro del límite establecido en la norma.

Por lo que, tenemos que el ente regulador apoyado en su facultad discrecional así como en el principio de proporcionalidad, ha determinado una multa correspondiente a las circunstancias del caso, detectándose que la misma se encuentra fundamentada y no ha respondido al capricho o a la arbitrariedad de la Autoridad como sugiere el recurrente, sino que las sanciones se han dado atendiendo, las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, conforme se evidenció previamente.

En este contexto se tiene que esta instancia jerárquica solo tiene competencia para revisar los criterios que se habrían dado para la sanción así como el cumplimiento de los preceptos administrativos y doctrinales fundamentados para la imposición de una multa y no así determinar el porcentaje de la misma, ni poder pronunciarse si esta debería ser mayor o menor ya que esta es una facultad discrecional, del ente regulador.

Asimismo Serprec señala que se debió imponer la sanción destitución del sistema financiero a los auditores

Sobre el particular el recurrente no puede pasar por alto y debe considerar el principio "***non reformatio in peius",*** *también* conocida como "no reformar en peor" o "reformar en perjuicio" al ser una garantía que se aplica al administrado, cuando tras un recurso, el encargado de

dictar una nueva sentencia, resuelve la causa empeorando los términos en los que fue dictada en primera instancia.

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

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

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

De lo expuesto tenemos que el ente regulador en Recurso de Revocatoria no puede aplicar una sanción mayor a los auditores internos del Banco Económico S.A. y empeorar la sanción impuesta por las Resoluciones Administrativas Sancionadoras ASFI N° 931/2010 y ASFI N° 932/2010, ambas de 5 de noviembre de 2010 esto en razón a lo ya pronunciado en la primera parte de este numeral.

1.4. De los perjuicios ocasionados a SERPREC LTDA .-

Que si bien el recurrente en instancia jerárquica hace referencia a que el representante legal de Serprec Ltda., hubiera sufrido varios perjuicios a consecuencia de la emisión de los informes de auditoría AIN-083 de 05 de agosto de 2008 y AIN-051/09 de 15 de mayo de 2009, mismos que según el recurrente dieron lugar a que el Banco Económico S.A., inicie una acción penal contra el mismo. Que este hecho a su vez le generó perjuicio económico y moral puesto que fue obligado a contratar abogados para defenderse de un proceso sin argumento e ilegal como lo acredita la Resolución Fiscal 03/2010 y el Informe Conclusivo N° 01 de fecha 21 de enero de 2010.

Al respecto y de la documentación presentada se tiene que los perjuicios económicos, morales, legales que habría sufrido el recurrente, corresponden al ámbito penal y no así al

ámbito administrativo por lo que si bien el recurrente considera la existencia de daños o perjuicios económicos, este deberá acudir a la vía llamada por ley para probarlos y satisfacer su pretensión no siendo la vía idónea la administrativa la de determinar supuestos perjuicios a consecuencia de un proceso penal iniciado al representante legal de Serprec LTDA.

Que en este mismo sentido ya se ha pronunciado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 028/2011, misma que determino de que ni el ente regulador ni esta instancia jerárquica tiene competencia para determinar posibles daños y/o perjuicios debiendo en consecuencia este acudir previamente ante autoridad competente para probar y dilucidar estos hechos denunciados.

Por último y habiendo hecho el análisis respectivo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determinó que si bien en el presente caso existe un incumplimiento a la normativa del sector por parte de los auditores internos del Banco Económico S.A., al haber emitido informes de auditoría con impericia y negligencia mismos que a su vez se alejan de la realidad y son contradictorios, este hecho a su vez no generó ningún perjuicio en materia administrativa, conforme se tiene del análisis de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

1.5. De la falta de consideración in extenso todas las violaciones e incongruencias que hubieran existido en los Informes de Auditoría.-

Dentro del análisis de este punto es importante aclarar a Serprec Ltda., que el presente proceso recursivo se inició por el incumplimiento al Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, incumplimiento al inciso j) Artículo 7, Sección 6, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; incumplimiento al inciso b), Artículo 1, Sección 5, Capítulo II, Título IV del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y no así por otro tipo de infracciones alegadas que no fueron objeto de notificación de cargos a los infractores y por lo mismo no hacen al presente proceso.

Por lo que esta autoridad, se encuentra impedida de analizar lo requerido por el recuente en resguardo al debido proceso y derecho a la defensa esta instancia sólo tiene competencia para analizar los cargos o infracciones que fueron objeto de notificación a través de las notas de cargo ASFI/DSR I /R-86673/2010 y ASFI/DSR I /R-86675/2010, ambas de fecha de 27 de agosto de 2010 y no así de otras conductas o infracciones que si bien fueron alegadas no fueron objeto de procedimiento sancionador como ser el cambio de dirección de Serprec Ltda., que el informe no observo que existió incumplimiento a normas regulatorias respecto al trámite de la ASFI como ser la entrega de documentación extemporánea, demoras en la atención del trámite del reclamo de Serprec. Ltda., denuncia e intimidación a la secretaria de Serprec Ltda, incongruencias en algunas respuestas, u otros adicionales.

1.6. La falta de fundamentación en las Resoluciones.-

De la lectura de las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 566/2011 y ASFI Nº 667/2011 de 21 de julio de 2011, se tiene que las Resoluciones objeto de impugnación se encuentran debidamente fundamentadas conforme se apreció precedentemente del análisis hecho por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, por lo que y en base a criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha hecho un correcto análisis de la norma y ha cumplido con la aplicación de dicho elemento esencial del acto administrativo, en cuanto se refiere a la motivación y la fundamentación.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo Nº27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº566/2011 de 21 de julio de 2011 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº931/2010 del 5 de noviembre de 2010.

ARTÍCULO SEGUNDO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº567/2011, de 21 de julio de 2011 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº932/2010 del 5 de noviembre de 2010.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DF/Nº 262-2011 DE 25 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 066/2011 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 066/2011

La Paz, 09 de diciembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 262-2011 de 25 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 9 de junio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 036/2011 de fecha 20 de septiembre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 138/2011 de fecha 7 de noviembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 15 de septiembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente de

Inversiones, señor José Antonio Gil Sensano, tal como acredita el Testimonio Poder Nº 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 262-2011 de 25 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 9 de junio de 2011.

Que, mediante nota APS/DJ/3444/2011 con fecha de recepción de 20 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 262-2011 de 25 de agosto de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 22 de septiembre de 2011 y notificado a la recurrente el día 26 de septiembre de 2011.

Que, en fecha 11 de noviembre de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS AP/DJ/0673/2011 DE 2 DE MARZO DE 2011.-

Los antecedentes y fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se restringen a los extremos que constan impugnados en el Recurso Jerárquico.

Mediante nota AP/DJ/0673/2011 de fecha 2 de marzo de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, notificada en fecha 12 de mayo de 2011, se notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

> "…***II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS***.
>
> ***Cargo N° 1. Improcedencia de Afiliaciones desde Rezagos.***
>
> *Existen indicios de incumplimiento al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, que señala: "Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro en rezago.*
>
> - *Número de documento de identidad.*
> - *Apellido paterno.*
> - *Apellido materno o de casada.*
> - *Al menos un nombre".*
>
> *El punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero*

de 2008, establece que: "Las AFP podrán acreditar Cotizaciones en Rezagos... previo cumplimiento de los incisos a) y b) ó c) y d) según corresponda:

(...)

> *C. Para Afiliados con registro en la AFP cuyo primer aporte por acreditarse en la Cuenta Individual se encuentre en Cotizaciones en Rezagos,* ***siempre que coincida exactamente el número de documento de identidad, alguno de los nombres y alguno de los apellidos*** *sin importar el orden" (las negrillas son nuestras).*

Los Estados de Cuenta correspondientes a los NUA 35811183 y 35876062 no registran "aportes debido a que de acuerdo a la Base de Datos de Rezagos, el Empleador no reportó en el caso del NUA 35811183: el número de carnet de identidad y en el caso del NUA 35876062: se consignó el número de carnet de identidad de manera incorrecta.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, asignó NUA a estos dos Afiliados, omitiendo el número del documento de identidad en un caso y en el otro la verificación correcta del número, habiendo procedido por lo tanto, a asignar un NUA utilizando un procedimiento incorrecto.

Por tanto, no se acreditaron las cotizaciones en rezago a los Estados de Cuenta Individual correspondientes, debido al hecho de no contar con la información mínima que debe consignar el registro en rezago, que en este caso se refiere al ***"Número de Documento de Identidad"****, por lo que se puede concluir que la Administradora de Fondos de Pensiones, incumplió lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.*

(…)

Cargo N° 3. Asignaciones de NUA a Afiliados sin rezagos y con anterioridad al pago de Contribuciones.

Existen indicios de incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, que establece: "Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos...".

Se identificaron veinticinco (25) Afiliaciones desde rezagos por periodos que fueron cotizados con posterioridad a la fecha de registro en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo o asignación de NUA, los casos se describen a continuación:

N°	***NUA***	***Asignación NUA - Fecha***	***Fecha de Pago de Cotizaciones***
1	*035873292*	*26-feb-10*	*26-feb-10*

2	035874867	03-mar-10	15-mar-10
3	035874879	03-mar-10	15-mar-10
4	035874880	03-mar-10	15-mar-10
5	035874892	03-mar-10	15-mar-10
6	035877200	04-mar-10	05-mar-10
7	035877248	04-mar-10	05-mar-10
8	035885521	11-mar-10	26-mar-10
9	035885531	11-mar-10	31-mar-10
10	035893035	15-mar-10	27-ene-10
11	035892742	15-mar-10	30-mar-10
12	035892781	15-mar-10	30-mar-10
13	035894301	15-mar-10	30-abr-10
14	033028771	22-mar-10	31-mar-10
15	034946007	08-abr-10	26-abr-10
16	035324651	08-abr-10	30-abr-10
17	035330341	08-abr-10	30-abr-10
18	035337321	08-abr-10	30-abr-10
19	035947834	09-abr-10	30-abr-10
20	035947895	09-abr-10	30-abr-10
21	035947901	09-abr-10	30-abr-10
22	039008101	13-abr-10	25-feb-10
23	039016511	15-abr-10	26-abr-10
24	039031226	28-abr-10	29-abr-10
25	039031241	28-abr-10	29-abr-10

Habiéndose evidenciado que la Administradora de Fondos de Pensiones, procedió a realizar las Afiliaciones anteriormente descritas a solicitud del Empleador, con el objeto de registrar a sus dependientes, completar los datos de su planilla y pagar las cotizaciones correspondientes, lo cual evitaría que las mismas deriven en Rezago por la falta de registro, Futuro de Bolivia S.A. AFP, demuestra incumplimiento a la referida normativa, pues ella establece claramente el requisito fundamental para que dicha entidad registre a Afiliados dependientes nuevos, el cual es "contar con una o más cotizaciones en rezagos".

Sin embargo, este procedimiento que fue establecido a través del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008 fue incumplido, debido al hecho de que Futuro de Bolivia S.A. AFP aun considerando que los NUA citados anteriormente no registraban aportes en rezagos, procedió a su Afiliación a solicitud del Empleador.

Cargo N° 4. Incumplimiento a los procedimientos establecidos para el levantamiento de Rezagos.

Existen indicios de incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, que establece lo siguiente: "Las AFP podrán

registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos...".

De acuerdo a la verificación de la Base de Datos de Rezagos proporcionada por la Administradora de Fondos de Pensiones con información al 18 de junio de 2010, se observó que existen treinta y cinco (35) casos que no registran aportes en rezagos. Los casos son los siguientes:

No.	NUA	No.	NUA	No.	NUA	No.	NUA
1	35874879	11	35894301	21	35947901	31	39028859
2	35874880	12	33028771	22	35949107	32	39028884
3	35874892	13	33036597	23	35949247	33	39028896
4	35877200	14	34573896	24	35950171	34	39031226
5	35877248	15	34946007	25	39003401	35	39031241
6	35885521	16	35324651	26	39008101		
7	35885531	17	35330341	27	39016511		
8	35892742	18	35337321	28	39021993		
9	35892781	19	35947834	29	39022043		
10	35894118	20	35947895	30	39022501		

Para estos casos, Futuro de Bolivia S.A. AFP, incumplió con el procedimiento establecido para la Afiliación de los NUA citados anteriormente, debido a que pese a que éstos no registraban aportes en rezagos, la Administradora de Fondos de Pensiones, procedió a su Afiliación mediante esta modalidad.

Cargo N° 5. Discrepancias en la información correspondiente al NUA 35893035.

Existen indicios de incumplimiento al punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008, que establece: "Las AFP podrán acreditar Cotizaciones en Rezagos... previo cumplimiento de los incisos a) y b) ó c) y d) según corresponda":

(...)

> *C. Para Afiliados con registro en la AFP cuyo primer aporte por acreditarse en la Cuenta Individual se encuentre en Cotizaciones en Rezagos,* ***siempre que coincida exactamente el número de documento de identidad, alguno de los nombres y alguno de los apellidos*** *sin importar el orden" (las negrillas son nuestras).*

El numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008 establece que: "Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro en rezago.

- *Número de Documento de Identidad.*

- *Apellido Paterno.*
- *Apellido Materno o de casada.*
- *Al menos un nombre".*

De acuerdo a los datos registrados en la Base de Datos de Rezagos, ***el número de documento de identidad no coincide con el número registrado en la fotocopia del Carnet de Identidad del Afiliado****; sin embargo, la Administradora de Fondos de Pensiones procedió a levantar los rezagos de los periodos de diciembre de 2009 a marzo de 2010 y acreditarlos en la Cuenta Individual del Afiliado…*"

2. NOTA DE DESCARGOS FUT.APS.SGS.851/2011 DE 26 DE MAYO DE 2011.-

Los antecedentes y fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se restringen a los extremos que constan impugnados en el Recurso Jerárquico.

Mediante nota FUT.APS.SGS.851/2011 recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 26 de mayo de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** presenta los siguientes descargos:

*"…****Descargos***

Cargo N° 1. Improcedencia de Afiliaciones desde Rezagos

Se nos imputa por indicios de incumplimiento al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008; y, el literal C. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008, por el registro de los NUA 35811183 y 35876062 sin considerar que:

La Resolución Administrativa SPVS/IP/N0 013 de 02 de Enero de 2008, establece que sic. "Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:

3.1. Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago.

- *Número de documento de identidad.*
- *Apellido Paterno.*
- *Apellido Materno o de casada.*
- *Al menos un nombre."*

La información referida por el artículo 3 en su numeral 3.1. fue proporcionada por los empleadores MABET en el caso del NUA 35811183 correspondiente al Afiliado Daniel Justiniano Molina; y, por la Universidad Autónoma del Beni "José Ballivián" en el caso del NUA 35876062 correspondiente a la Afiliada Romina Pedriel Vaca, como se puede evidenciar en la notas del empleador, la información guarda consistencia con la que se consignó en el Formulario de Registro.

Por lo que el Registro como Dependiente en Rezago de los Afiliados con NUA 35811183 y 35876062, fue efectuado por nuestra AFP atendiendo los requerimientos efectuados por los empleadores mediante notas escritas, en la que se nos informa las personas que no se encuentran registradas al SSO y por las que se solicita la regularización de los aportes en rezago con el correspondiente registro y/o levantamiento de rezagos en base a la documentación presentada. Dichos registros se concretaron con el respaldo documental establecido por el artículo 3, numeral 3.2. de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de Enero de 2008.

- *Formulario de Registro suscrito, firmado y sellado por el empleador*
- *Fotocopia del documento de identidad del Afiliado*

Documentación que junto al detalle de aportes en rezago fue considerado por nuestra AFP como un respaldo satisfactorio y suficiente, para proceder a efectuar el registro como trabajador "Dependiente en Rezago", toda vez que estos proporcionan información a nuestra Administradora que permite evidenciar e identificar la existencia de aportes en rezago por estas personas, quienes además dejaron de mantener un vínculo laboral con el empleador mucho antes del registro. Debemos mencionar que no existe otro procedimiento definido de forma específica que permita atender el requerimiento realizado por el empleador, por lo que nuestra Administradora actuando con la diligencia de un buen padre de familia, realizando una gestión oportuna y eficaz de acuerdo al artículo 142 del decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, sin restringir el derecho de concretar el registro al SSO a trabajadores dependientes que presentan contribuciones en rezago mal declaradas por el empleador, procedió a efectuar el correspondiente registro y asignación de NUA. Considerando además que la norma imputada, no especifica en ningún lugar que la información mínima con que debe contar la AFP, tiene que ser la misma o plenamente coincidente con la que debe consignar el registro en rezago.

Asimismo, debemos informar que una vez concretado el Registro, con la constancia documental de la existencia de aportes en rezago, nuestra Administradora aplicó los criterios de validación de acuerdo a lo establecido por el literal C. del Artículo 3° (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN) de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008, al existir, un error de declaración del empleador que no permitió identificar los aportes en rezago de acuerdo a los criterios establecidos; en aplicación al literal E. de la citada Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y contando nuestra Administradora con la documentación de respaldo necesaria (FOSACRE), se procedió a efectuar el levantamiento de las contribuciones en rezago y la acreditación a las correspondientes Cuentas Individuales como se puede evidenciar de los ahora Estados de Ahorro Previsionales adjuntos.

(…)

Cargo N° 3. Asignaciones de NUA a Afiliados sin rezagos y con anterioridad al pago de Contribuciones

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido por el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, por lo que es necesario expresar los siguientes argumentos:

Nuestra Administradora debe hacer necesaria referencia a lo expresado por la Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP N° 814, que en su Artículo Cuarto (ASIGNACIÓN DE NUA SIN APORTES) señala: "Para todos aquellos Formularios de registro que ***no cuenten con al menos un aporte al SSO****, las AFP podrán asignar NUA siempre y cuando obtengan nota escrita del empleador en la que este reconozca que tiene una obligación pendiente por concepto de pago de contribuciones al SSO y que por lo tanto amerita la afiliación y registro". (las negrillas son nuestras)*

Asimismo en el Artículo 111 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece un plazo de 10 días hábiles a partir de iniciada la relación laboral para que el Afiliado efectué su registro; y en caso de no haberlo hecho, su Empleador lo registrará en un plazo que no podrá exceder de veinte (20) días, contados a partir de la fecha de iniciada la relación de dependencia laboral. Situación que origina una obligación para que el empleador pueda efectuar el registro de sus dependientes que aún no lo hubieran hecho, sin que sea requisito para ello la existencia de aportes, según también se señala en el inciso b) del Artículo 5° (Obligaciones de los Empleadores) de la Resolución Administrativa SPVS N° 11/98

Sobre este particular se ha sentado jurisprudencia a través de lo expresado por el punto 5 del numeral III.2 (Conclusiones sobre las disposiciones normativas) de la Resolución Jerárquica del sistema de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2006, que señala literalmente sic. "En ninguna de las normas revisadas se establece que el NUA sea asignado a los Afiliados bajo dependencia laboral, una vez que se haya pagado la primera cotización, como en el caso de los afiliados independientes".

Como su Autoridad podrá colegir por todo lo arriba señalado, nuestra Administradora realizó el registro de Afiliados Dependientes, tomando en cuenta lo siguiente:

- *Los Afiliados no efectuaron su registro en una Administradora en el plazo existente para ello.*

- *El empleador tenía la obligación de registrarlos para lo cual también contaba con un plazo para ello.*

- *El empleador contaba con toda la documentación necesaria para efectuar el registro de estos dependientes.*

- *El empleador presento una nota en la que solicitaba a nuestra AFP el registro y por consiguiente asignación de NUA con los cuales poder efectuar el pago de sus aportes, evitando que estos deriven en rezago por*

la falta de registro.

Nuestra Administradora habiendo constatado que existía una obligación de pago de contribuciones al SSO por parte del empleador, quién reconoció la misma mediante nota remitida, no podía rechazar la solicitud de registro, al requerir que primero realice el pago de los aportes para proceder recién a la asignación de NUA, lo que a nuestro parecer distorsiona y contradice los preceptos constitucionales de oportunidad y eficacia establecidos, ya que en esta situación retrasaría innecesariamente la asignación de NUA incluso hasta el último día del mes siguiente del pago de aportes, donde se acreditarían estos en rezago.

Asimismo se debe señalar que a la fecha todos estos NUA presentan saldo en la cuenta individual correspondiente, por lo que consideramos no existió daño o perjuicio económico al Afiliado sino mas bien se evito que los aportes fueron acreditados innecesariamente en la cuenta de rezagos.

Cargo N° 4. Incumplimiento a los procedimientos establecidos para el levantamiento de Rezagos.

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido por el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, por lo que solicitamos a su Autoridad considerar los siguientes descargos:

De los 35 NUA observados debemos señalar que 3 de ellos presentaban como fecha del primer pago de aportes, una anterior a la fecha de asignación de NUA, de lo que se puede establecer que estos Afiliados, ya contaban con contribuciones en rezago antes de efectuar el registro según se detalla a continuación:

NUA	***FECHA ASIGNACIÓN NUA***	***FECHA DE PAGO DEL PRIMER APORTE***
35949107	*09/04/2010*	*28/09/2007*
35949247	*09/04/2010*	*03/11/2009*
39003401	*12/04/2010*	*26/02/2010* (sic)

Asimismo se debe señalar que a la fecha todos estos NUA presentan saldo en la cuenta individual correspondiente, por lo que consideramos no existió daño o perjuicio económico al Afiliado.

Con relación a los otros 32 casos, los mismos corresponden a la misma casuística detallada y explicada par (sic) *el Cargo N° 3, pues se tratan de registros efectuados por nuestra Administradora en el marco de lo establecido por el decreto* (sic) *Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la Resolución Administrativa 11/98* (sic) *Resolución Administrativa SPVS N° 11/98; y, la Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP N° 814.*

Cargo N° 5. Discrepancias en la información correspondiente al NUA 35893035

Se nos imputa con indicios de incumplimiento a lo establecido por el artículo 3 de la Resolución Administrativa STVS/IP/N0 012 de 02 de enero de 2008, y el Numeral 3.1. del artículo 3 de la resolución (sic) *Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008; por lo que solicitamos a su Autoridad considerar los siguientes descargos:*

Al igual que en el Cargo N° 1, debemos señalar que se procedió al Registro como Dependiente en Rezago del Afiliado registrado con el NUA 35893035, en atención a un requerimiento efectuado por el empleador mediante nota escrita, en la que se nos solicita se proceda al registro del Afiliado adjuntando para ello:

- *Formulario de Registro suscrito, firmado y sellado por el Empleador*
- *Fotocopia del documento de identidad del Afiliado*

La información referida por el artículo 3 en su numeral 3.1. fue proporcionada por el empleador del Afiliado; y es la misma que se consignó en el Formulario de Registro.

Por lo que el Registro como Dependiente en Rezago del Afiliado con NUA 35893035, fue efectuado por nuestra AFP atendiendo el requerimiento expreso efectuado por el Empleador mediante nota escrita, en la que se nos informa las personas que no se encuentran registradas al SSO y por las que se solicita la regularización de los aportes en rezago con el correspondiente registro y/o levantamiento de rezagos en base a la documentación presentada. Dichos registros se concretaron con el respaldo documental establecido por el artículo 3, numeral 3.2. de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de Enero de 2008.

- *Formulario de Registro suscrito, firmado y sellado por el empleador*
- *Fotocopia del documento de identidad del Afiliado*
- *Carta de solicitud de registro*

Documentación que junto al detalle de aportes en rezago fue considerado por nuestra AFP como un respaldo satisfactorio y suficiente, para proceder a efectuar el registro como trabajador "Dependiente en Rezago", toda vez que estos proporcionan información a nuestra Administradora que permite evidenciar e identificar la existencia de aportes en rezago por estas personas; actuando con la diligencia de un buen padre de familia, realizando una gestión oportuna y eficaz de acuerdo al artículo 142 del decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, sin restringir el derecho de concretar el registro al SSO a trabajadores dependientes que presentan contribuciones en rezago mal declaradas por el empleador, se procedió a efectuar el correspondiente registro y asignación de NUA. Considerando además que la norma imputada, no especifica en ningún lugar que la información mínima con que debe contar la AFP, tiene que ser la misma o plenamente coincidente con la que debe consignar el registro en rezago.

Asimismo, debemos informar que una vez concretado el Registro, nuestra

Administradora aplicó los criterios de validación de acuerdo a lo establecido por el literal C. del Artículo 3º (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN) de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008, al existir en (sic) *error en la declaración del Empleador que no permitió identificar los aportes en rezago de acuerdo a criterios establecidos; en aplicación al literal E. de la citada Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008 y contando nuestra Administradora con la documentación de respaldo necesaria (FOSACRE), se procedió a efectuar el levantamiento de las contribuciones en rezago y la acreditación correspondiente a la Cuenta Individual como se puede evidenciar en el Estado de Ahorro Previsional adjunto*

Por todos los argumentos esgrimidos por nuestra Administradora, solicitamos a su Autoridad que en el marco de lo establecido por el artículo 68 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se sirva concluir el presente proceso administrativo, desestimando todos los cargos imputados…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 9 de junio de 2011.-

Los antecedentes y fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se restringen a los extremos que constan impugnados en el Recurso Jerárquico.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 9 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis del presente caso:

Cargo Nº 1.-

La observación identificada para este Cargo se refiere al hecho de que Futuro de Bolivia S.A. AFP, procedió incorrectamente en la Afiliación desde Rezagos de los NUA 35811183 y 35876062, sin considerar que existían inconsistencias entre los datos registrados en el Formulario de Registro al Seguro Social Obligatorio (SSO) y la Solicitud de Registro presentada por los Empleadores de estos Afiliados con la Base de Datos de Rezagos, conforme el siguiente detalle:

NUA	***DATO***	***FORMULARIO DE REGISTRO SSO/CARTA EMPLEADOR***	***BASE DE DATOS REZAGOS***	***TIPO TRABAJADOR s/g BD AFILIACIONES***
35811183	*Nº Doc. ID*	*9273836*	*NO FIGURA*	*7*
35876062	*Nº Doc. ID*	*5619299*	*5612299*	*7*

El registro de rezago se encuentra en la Base de Datos de Rezagos, por tanto, como se puede verificar en el cuadro detallado anteriormente, la información proporcionada por "MABET" quien se constituye en Empleador del primer caso, la cual se encuentra consignada en el Formulario de Registro al SSO N° 1562271 y por la Universidad Autónoma del Beni "José Ballivián" mediante nota DEPTO.REC.HUMANOS OF. No. 065/10 de 16 de enero de 2010 en el segundo caso, mantiene inconsistencias con los documentos de identidad consignados en la Base de Datos de Rezagos, para ambos casos.

Futuro de Bolivia S.A AFP presentó los descargos correspondientes para este Cargo, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- *"Por lo que el registro como Dependiente en Rezago de los Afiliados con NUA 35811183 y 35876062, fue efectuado por nuestra AFP atendiendo los requerimientos efectuados por los empleadores mediante notas escritas, en la que se nos informa las personas que no se encuentran registradas al SSO y por las que se solicita la regularización de los aportes en rezago con el correspondiente registro y/o levantamiento de rezagos en base a la documentación presentada. Dichos registros se concretaron con el respaldo documental establecido por el artículo 3, numeral 3.2. de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de Enero de 2008.*

    - ❖ *Formulario de registro suscrito, firmado y sellado por el Empleador.*
    - ❖ *Fotocopia del documento de identidad del Afiliado".*

El artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, establece: "Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:

> *3.1 Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro en rezago.*
>
> - *Número de documento de identidad.*
> - *Apellido paterno.*
> - *Apellido materno o de casada.*
> - *Al menos un nombre".*

*La norma referida anteriormente establece **"la información mínima que también debe consignar el registro en rezago"**, para que en su momento Futuro de Bolivia S.A. AFP, proceda a registrar Afiliados dependientes nuevos. Sin embargo, la referida Administradora realizó los registros como "dependiente en rezago" de los Afiliados con NUA 35811183 y 35876062 aplicando únicamente lo establecido en el artículo 3, numeral 3.2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, al haber realizado dicho registro con los siguientes documentos: **Formulario de Registro suscrito, firmado y sellado por el Empleador y Fotocopia del documento de identidad***

del Afiliado *y no así con la información mínima requerida por norma; lo que demuestra que no dio cumplimiento estricto al procedimiento para registro de Afiliados con cotizaciones en rezago, soslayando el numeral precedente.*

Conforme lo referido anteriormente, se puede evidenciar que Futuro de Bolivia S.A. AFP, incumplió con el punto 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, al haber efectuado el registro de los NUA 35811183 y 35876062, sin haber observado la diferencia de datos existentes entre la Solicitud de Registro y la Base de Datos de Rezagos y haber aplicado el punto 3.2 del artículo 3 de la referida Resolución Administrativa.

- *"Documentación que junto al detalle de aportes en rezago fue considerado por nuestra AFP como un respaldo respaldo* (sic) ***satisfactorio y suficiente****, para proceder a efectuar el registro como trabajador "Dependiente en Rezago" (las negrillas son nuestras).*

El argumento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, de acuerdo al punto anteriormente expuesto, se refiere a atender la solicitud de los Empleadores dirigida a regularizar los aportes en rezagos con el correspondiente registro y/o levantamiento de rezagos en base a un ***Formulario de registro suscrito, firmado y sellado por el empleador y a una Fotocopia del documento de identidad del Afiliado****, omitiendo de esta manera el primer paso del procedimiento establecido en el punto 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, que se refiere claramente al registro de Afiliados dependientes nuevos, que registren una o más cotizaciones* ***en rezagos****, a diferencia del punto 3.2 del mismo artículo, referido a que una vez cumplido el punto 3.1, la Administradora deberá contar con documentación adicional a objeto de* ***concretar*** *el registro ya realizado, por lo que dicha documentación si bien puede ser considerada por la Administradora como respaldo para efectuar el registro, debido a que éstos proporcionan información que permite evidenciar e identificar la existencia de aportes en rezago, no se encuentra establecido conforme lo prevé la norma referida anteriormente para el registro del Afiliado en el SSO a través de rezagos.*

- *"Debemos mencionar que no existe otro procedimiento definido de forma específica que permita atender el requerimiento realizado por el empleador, por lo que nuestra Administradora actuando con la diligencia de un buen padre de familia, realizando una gestión oportuna y eficaz de acuerdo al artículo 142 del decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, sin restringir el derecho de concretar el registro al SSO a trabajadores dependientes que presentan contribuciones en rezago mal declaradas por el empleador, procedió a efectuar el correspondiente registro y asignación de NUA".*

Respecto al argumento de que no existe otro procedimiento definido de forma especifica que permita atender el requerimiento realizado por el Empleador, el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008,

establece que: "La presente Resolución establece el procedimiento que deben cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación de los Formularios de Pago de Contribuciones, registrándolos en las Cuentas Individuales que correspondan y aplicando los controles necesarios que aseguren la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones". Asimismo, el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, establece lo siguiente: "La presente Resolución establece los procedimientos y plazos que deben cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación, registrándolos en las Cuentas Individuales que correspondan y aplicando los controles necesarios que garanticen la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones". Por lo tanto, de la transcripción de ambas normas, se puede evidenciar que ambas Resoluciones establecen los lineamientos técnicos legales aplicables al caso, con los cuales la AFP debió proceder en relación a los registros en rezagos.

Asimismo, conforme lo expresado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, respecto al hecho de que "actuó con la diligencia de un buen padre de familia", el hecho de inferir que no habría otro procedimiento específico, demuestra descuido de la Administradora en cuanto al conocimiento diligente de la norma vigente para atender este tipo de solicitudes, vulnerando de esta manera el deber de cuidado como buen padre de familia.

- *"…nuestra Administradora aplicó los criterios de validación de acuerdo a lo establecido por el literal C. del Articulo 3º (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN) de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008, al existir un error de declaración del empleador que no permitió identificar los aportes en rezago de acuerdo a los criterios establecidos; en aplicación al literal E. de la citada Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008 y contando nuestra Administradora con la documentación de respaldo necesaria (FOSACRE), se procedió a efectuar el levantamiento de las contribuciones en rezago y la acreditación a las correspondientes Cuentas Individuales..."*

Cuando la Administradora menciona que: "al existir un error de declaración del empleador que no permitió identificar los aportes en rezago de acuerdo a los criterios establecidos", admite expresamente que la información contenida en el Formulario de Pago de Contribuciones no mantenía consistencia con los datos registrados en la Base de Datos de Rezagos, por tanto, no cumplían con los criterios establecidos en la normativa vigente para su registro desde rezagos.

Respecto a la afirmación realizada por la Administradora, con relación al uso del Formulario de Solicitud de Acreditación de Cotizaciones en Rezagos (FOSACRE), es importante aclarar que <u>este Formulario debe ser utilizado para el levantamiento de aportes en rezagos de aquellos Afiliados que fueron registrados con anterioridad</u> al

levantamiento del rezago, tal como indica el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008: "Un rezago se entenderá identificado con una Cuenta Individual, solo si cumple con lo siguiente..." (el subrayado es nuestro). Sin embargo, la Administradora de Fondos de Pensiones ha empleado el FOSACRE para la creación de los NUA, sin considerar que la norma establece que dicho Formulario debe utilizarse para levantar rezagos en casos de NUA ya existentes.

- *"...sin restringir el derecho de concretar el registro al SSO a trabajadores dependientes que presentan contribuciones en rezago mal declaradas por el empleador, procedió a efectuar el correspondiente registro y asignación de NUA".*

Respecto a este punto, el regularizar el registro y asignación de NUA, incumpliendo un procedimiento establecido mediante norma, con el objeto de no restringir el derecho de concretar el registro al SSO a trabajadores dependientes que presentan contribuciones en rezago ***mal declaradas por el Empleador****, no es un argumento válido y que se pueda considerar como justificativo para dicho registro, por el contrario la aplicación incorrecta de este procedimiento tuvo como consecuencia que en los casos observados, no se acreditaran las cotizaciones en rezago a los Estados de Cuenta Individual correspondientes, habiéndose verificado esta situación en la fiscalización iniciada el 28 de junio de 2010, conforme Acta suscrita en el mismo día, fecha en la cual Futuro de Bolivia S.A. AFP, emitió dichos Estados de Cuenta Individual a través de los cuales se verificó que* ***no existían aportes acreditados*** *para los NUA 35811183 y 35876062.*

Asimismo se puede advertir que, los Estados de Cuenta Individual adjuntos a la nota FUT.APS.SGS.851/2011, emitidos el 26 de mayo de 2011 registran como primera fecha de acreditación el 25 de junio de 2010, fecha anterior a la emisión de los Estados de Cuenta revisados durante la fiscalización realizada a la AFP. Por tanto, las inconsistencias entre la información provista por la AFP en la fiscalización y los descargos presentados, confirman el incumplimiento de la normativa precitada.

En virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no presentó los descargos suficientes que desvirtúen la imputación del presente Cargo, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 013 de 02 de enero de 2008, por lo que corresponde establecer sanción.

(…) ***Cargo Nº 3.-***

Se identificaron veinticinco (25) Afiliaciones desde rezagos por periodos que fueron cotizados con posterioridad a la fecha de asignación de NUA, en los que Futuro de Bolivia S.A. AFP, procedió a realizar estas Afiliaciones a solicitud del Empleador, para registrar a sus dependientes, completar los datos de su planilla y pagar las cotizaciones correspondientes, lo cual según la Administradora evitaría que las mismas deriven en Rezago, por la falta de registro; sin embargo, de acuerdo a norma

es requisito para el registro desde rezagos de Afiliados dependientes nuevos, el contar con una o más Cotizaciones en Rezago.

Los casos se detallan a continuación:

(Ilegible)	(Ilegible)	(Ilegible)	(Ilegible)
1	*035873292*	*26-feb-10*	*26-feb-10*
2	*035874867*	*03-mar-10*	*15-mar-10*
3	*035874879*	*03-mar-10*	*15-mar-10*
4	*035874880*	*03-mar-10*	*15-mar-10*
5	*035874892*	*03-mar-10*	*15-mar-10*
6	*035877200*	*04-mar-10*	*05-mar-10*
7	*035877248*	*04-mar-10*	*05-mar-10*
8	*035885521*	*11-mar-10*	*26-mar-10*
9	*035885531*	*11-mar-10*	*31-mar-10*
10	*035893035*	*15-mar-10*	*27-ene-10*
11	*035892742*	*15-mar-10*	*30-mar-10*
12	*035892781*	*15-mar-10*	*30-mar-10*
13	*035894301*	*15-mar-10*	*30-abr-10*
14	*033028771*	*22-mar-10*	*31-mar-10*
15	*034946007*	*08-abr-10*	*26-abr-10*
16	*035324651*	*08-abr-10*	*30-abr-10*
17	*035330341*	*08-abr-10*	*30-abr-10*
18	*035337321*	*08-abr-10*	*30-abr-10*
19	*035947834*	*09-abr-10*	*30-abr-10*
20	*035947895*	*09-abr-10*	*30-abr-10*
21	*035947901*	*09-abr-10*	*30-abr-10*
22	*039008101*	*13-abr-10*	*25-feb-10*
23	*039016511*	*15-abr-10*	*26-abr-10*
24	*039031226*	*28-abr-10*	*29-abr-10*
25	*039031241*	*28-abr-10*	*29-abr-10*

El artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, establece:

"Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos...".

Futuro de Bolivia S.A. AFP en sus descargos mediante nota FUT.SGS.851/2011, hace referencia a la Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 de 18 de noviembre de 2005 que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP N° 814. Asimismo hace referencia al artículo 111 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2006 de 02 de marzo de 2006 que revoca parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 de 18 de noviembre de 2005 y a la Resolución Administrativa SPVS N° 11/98.

Con referencia a las Resoluciones citadas anteriormente, la Administradora expresa además que se ha sentado jurisprudencia a través de lo expresado por el punto 5 del numeral III.2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2006 de 02 de marzo de 2006, que señala: "En ninguna de las normas revisadas se establece que el NUA sea asignado a los Afiliados bajo dependencia laboral, una vez que se haya pagado la primera cotización, como en el caso de los afiliados independientes".

Del análisis de la normativa señalada y de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2006 de 02 de marzo de 2006, se puede evidenciar en primera instancia que, se refieren a la asignación de NUA bajo la modalidad de afiliación normal de personas bajo dependencia laboral que en el campo: "Tipo de Trabajador" se consigna el N°1. Sin embargo el Cargo de referencia es para Afiliados desde rezagos que registran en este campo el valor "7" en la Base de Datos de Afiliaciones. Por tanto, no corresponde su consideración para desestimar la sanción.

Por otro lado, la referida Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2006 de 02 de marzo de 2006, resuelve a través de su artículo único lo siguiente:

"Único.- *Revocar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, por medio de la cual se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP No. 814 de 30 de septiembre de 2005, ambas dictadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, manteniendo subsistente el Artículo Sexto (REGULARIZACIÓN DE NUA SIN APORTES), así como el ANEXO A y la Nota Técnica en lo referente al Artículo Sexto".*

El artículo sexto de la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, se encuentra referido a establecer el proceso de regularización a ser cumplido por las AFP, para todos los registros de NUA sin aportes que a la fecha de emisión de la Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 de 18 de noviembre de 2005, se encontraren sin pago de cotización, primas y comisión al SSO. A este efecto el primer paso establecido en el inciso a) del referido artículo sexto, establecía lo siguiente:

"Identificar los registros de NUA que no cuenten con al menos un aporte, para lo cual deberán previamente: i) Verificar en las Cuentas Patrimoniales del FCI (Cuenta Individual, Recaudación en Procesos, ***Rezagos****, Cotizaciones en exceso de Afiliados, etc.,) de su AFP, si existen aportes (las negrillas son nuestras).*

Continuando con la misma norma, el inciso b) se refiere a lo siguiente:

"Concluidas las verificaciones y consultas, ambas AFP deberán hacer llegar a la Intendencia de Pensiones el detalle de los registros por tipo de afiliación y registro Afiliados Independientes, Dependientes y ***Dependientes con Rezago****)..."*

Finalmente el inciso c) establece:

"Sobre las base de los archivos remitidos a la Intendencia de Pensiones ***las AFP deberán aplicar procedimientos vigentes****" (las negrillas son nuestras).*

Respecto a lo establecido en la norma anterior, el último párrafo del punto III. 3 de la referida Resolución Jerárquica, establece lo siguiente:

> *"Por ello el Artículo Sexto se mantiene subsistente en la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, así como el Anexo A y la Nota Técnica en lo que se le aplica,* ***salvo que el órgano regulador prevea su incorporación en una nueva Resolución o disponga nuevos mecanismos que lo efectivicen, en el ejercicio legitimo de su competencia"*** *(las negrillas son nuestras).*

A este efecto, dentro del ejercicio legítimo de su competencia y de sus funciones específicas, la ex SPVS emitió la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, incorporando mecanismos referentes a controlar, regular y supervisar el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, cuyo objeto en este caso fue establecer los procedimientos y plazos que deben cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones, para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación, considerándose a la misma, ***la normativa vigente y aplicable en el momento en que Futuro de Bolivia S.A. AFP, procedió a realizar el registro de Afiliados sin contar con una o más cotizaciones en rezagos****.*

Por lo tanto, en el presente caso y conforme los argumentos expuestos anteriormente, la norma específica y aplicable, es la Resolución Administrativa SPVS/IP/N0 013 de 02 de enero de 2008, que en cuyo artículo 3 establece que: "Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que ***registren una o más cotizaciones en rezago"*** *(las negrillas son nuestras).*
Respecto a que la Administradora de Fondos de Pensiones no puede rechazar solicitudes de registro al SSO realizadas por un Empleador, se considera que es responsabilidad de ésta registrar correctamente a cada Afiliado según corresponda, ya sea refiriéndose a una "Afiliación Normal", en la que se requiere que el Formulario de Registro consigne la firma del Afiliado, o a una "Afiliación desde Rezagos", en la que el requisito principal es que en cada caso se cuente por lo menos con un aporte en rezagos, aspecto que no fue cumplido por Futuro de Bolivia S.A. AFP, al momento de proceder a la Afiliación desde Rezagos de los casos identificados en este Cargo.

Finalmente, si bien Futuro de Bolivia S.A. AFP, expresa que no existió daño o perjuicio económico al Afiliado, el incumplimiento de la Administradora a la normativa vigente, ocasiona que la misma no pueda brindar información oportuna al Afiliado referente a sus aportes al margen de restringir el derecho que tiene el mismo de conocer que sus 2% aportes sean acreditados oportuna y correctamente en la Cuenta Individual, debiendo mantenerse registrados en una cuenta como Cotizaciones en Rezago al no contar con información suficiente y satisfactoria.

En mérito al análisis anterior, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, por lo que corresponde establecer sanción.

Cargo N° 4.

Conforme la verificación de la Base de Datos de Rezagos proporcionada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se observó que en treinta y cinco (35) NUA la Administradora de Fondos de Pensiones procedió a su Afiliación, a pesar de que los mismos no registraban Aportes en Rezagos. Los casos son los siguientes:

No.	NUA	No.	NUA	No.	NUA	No.	NUA
1	035874879	11	035894301	21	035947901	31	039028859
2	035874880	12	033028771	22	035949107	32	039028884
3	035874892	13	033036597	23	035949247	33	039028896
4	035877200	14	034573896	24	035950171	34	039031226
5	035877248	15	034946007	25	039003401	35	039031241
6	035885521	16	035324651	26	039008101		
7	035885531	17	035330341	27	039016511		
8	035892742	18	035337321	28	039021993		
9	035892781	19	035947834	29	039022043		
10	035894118	20	035947895	30	039022501		

El artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, establece:

"Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos..."

Conforme los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, de los treinta y cinco (35) NUA observados, tres (3) de ellos presentan como fecha del primer pago de aportes, fechas anteriores a la de asignación de NUA, estableciéndose por lo tanto que estos Afiliados ya contaban con Cotizaciones en Rezago antes de efectuar el registro, según se muestra a continuación:

NUA	Fecha de Asignación de NUA	Fecha de Pago del Primer Aporte
35949107	09/04/2010	28/09/2007
35949247	09/04/2010	03/11/2009
39003401	12/04/2010	26/02/2010 (sic)

Evaluada la información proporcionada por la AFP y verificada la Base de Datos de Rezagos para los NUA 35949107, 35949247 y 39003401, se evidenció que éstos registraban cotizaciones en rezagos con anterioridad a la asignación de los NUA. Por

lo tanto, corresponde desestimar la imputación del Cargo para estos NUA.

Respecto a los treinta y dos (32) NUA restantes, Futuro de Bolivia S.A. AFP, argumenta que corresponden a la misma casuística detallada y explicada en el Cargo N° 3, pues se trata de registros efectuados en el marco de lo establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, la Resolución Administrativa SPVS 11/98, Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP N° 814.

A este efecto, corresponde aclarar que la Resolución Administrativa SPVS 11/98 así como la Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 de 28 de diciembre de 1998 y 18 de noviembre de 2005 respectivamente, se refieren a la asignación de NUA bajo la modalidad de Afiliación Normal, correspondiente a Afiliados Dependientes que en el campo: "Tipo de Trabajador" se consigna con el N° 1. Sin embargo el Cargo de referencia se refiere a Afiliados desde Rezagos que registran en este campo el valor "7" en la Base de Datos de Afiliaciones.

Asimismo, de lo argumentado por Futuro de Bolivia S.A, AFP en relación a que "3 de ellos (refiriéndose a 3 NUA) presentan como fecha del primer pago de aportes, una anterior a la fecha de asignación de NUA...", se concluye que la Administradora en conocimiento de la norma dio un tratamiento diferenciado en relación a (3) casos que presentan fecha anterior a la asignación de NUA, respecto a los treinta y dos (32) casos que no tenían aportes en el momento de la Afiliación, habiendo aplicado por tanto procedimientos diferentes para una sola casuística.

De acuerdo a la Base de Datos de Afiliados, estos treinta y dos (32) NUA restantes que fueron registrados en el campo "Tipo Trabajador" con el código "7" (Afiliación desde Rezagos) no contaban con aportes, por lo que se concluye que existe incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.

Finalmente, Futuro de Bolivia S.A. AFP, afirma que a la fecha de presentación de sus descargos mediante nota FUT.APS.SGS.851/2011 de 29 de mayo de 2011, los treinta y cinco (35) NUA presentan saldo en la Cuenta Individual correspondiente, por lo que considera que no existió daño o perjuicio económico al Afiliado.

Al respecto, si bien es cierto que no existió daño o perjuicio económico al Afiliado, el incumplimiento de la norma por la Administradora de Fondos de Pensiones, ocasionan que los registros de nuevos Afiliados dependientes desde rezagos no puedan ser identificados adecuadamente, distorsionando de esta manera la Base de Datos de Afiliaciones y el objetivo de la norma.

Por lo tanto, en mérito a lo expuesto se ratifica el incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008 en cuanto a los ***NUA 35874879, 35874880, 35874892, 35877200, 35877248, 35885521, 35885531, 35892742, 35892781, 35894118, 35894301, 33028771, 33036597, 34573896, 34946007, 35324651, 35330341, 35337321, 35947834, 35947895, 35947901, 35950171, 39008101, 39016511,***

39021993, 39022043, 39022501, 39028859, 39028884, 39028896, 39031226, 39031241*, por lo que corresponde establecer sanción.*

Cargo N° 5.-

De acuerdo a lo evidenciado en los datos registrados en la Base de Datos de Rezagos, el número de Documento de Identidad del ***NUA 35893035*** *no coincide con el número registrado en la fotocopia del Carnet de Identidad del Afiliado. Sin embargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP procedió a levantar los rezagos de los periodos de diciembre de 2009 a marzo de 2010 y acreditarlos en la Cuenta Individual del Afiliado.*

El punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008, establece:

"Las AFP podrán acreditar Cotizaciones en Rezagos...previo cumplimiento de los incisos a) y b) ó c) y d) según corresponda:

(...)

> *C. "Para Afiliados con registro en la AFP cuyo primer aporte por acreditarse en la Cuenta Individual se encuentre en Cotizaciones en Rezagos, siempre que coincida exactamente el número de documento de identidad, alguno de los nombres y alguno de los apellidos sin importar el orden".*

El numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008 establece que:

"Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro en rezago.

- *Número de Documento de Identidad.*
- *Apellido Paterno.*
- *Apellido Materno o de casada.*
- *Al menos un nombre".*

El argumento presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se refiere a que conforme el Cargo N° 1, procedió al registro como Dependiente en Rezago del Afiliado registrado con el NUA 35893035, en atención a un requerimiento efectuado por el Empleador mediante nota escrita, en la que solicita se proceda al registro del Afiliado, adjuntando para ello: ***Formulario de Registro suscrito, firmado y sellado por el Empleador y Fotocopia del Documento de Identidad del Afiliado****. Asimismo, afirma que la información referida por el artículo 3 en su numeral 3.1 fue proporcionada por el Empleador del Afiliado y que es la misma que se consignó en el Formulario de registro.*

Por lo tanto, la Administradora de Fondos de Pensiones procedió a concretar dicho

registro con el respaldo documental establecido por el artículo 3 numeral 3.2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, consistentes en: ***Formulario de Registro suscrito, firmado y sellado por el Empleador, Fotocopia del Documento de Identidad del Afiliado y Carta de Solicitud de Registro****, documentación que Futuro de Bolivia S.A. AFP, junto al detalle de aportes, consideró respaldo satisfactorio y suficiente para efectuar el registro como "Dependiente en Rezago".*

Al respecto, conforme los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP y los argumentos ya expresados en el Cargo N° 1, la referida Administradora realizó el registro como "Dependiente en Rezago" del Afiliado con NUA 35893035, omitiendo de esta manera el primer paso del procedimiento establecido en el punto 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, que se refiere claramente al registro de Afiliados dependientes nuevos, que registren una o más cotizaciones, a diferencia del punto 3.2 del mismo artículo, referido a que una vez cumplido el punto 3.1, la Administradora deberá contar con documentación adicional a objeto de ***concretar*** *el registro ya realizado, por lo que dicha documentación si bien puede ser considerada por la Administradora como respaldo para efectuar el registro, sin embargo dicho respaldo no se encuentra establecido conforme lo prevé la norma referida anteriormente.*

Asimismo, el punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008, establece que las Administradoras podrán acreditar Cotizaciones en Rezago ***siempre que coincida exactamente el número de documento de identidad, alguno de los nombres y alguno de los apellidos*** *sin importar el orden. Sin embargo, de acuerdo a lo evidenciado en la Base de Datos de Rezagos, el número de Documento de Identidad del* ***NUA 35893035*** *no coincide con el número registrado en la fotocopia del Carnet de Identidad del Afiliado; sin embargo, la Administradora de Fondos de Pensiones, procedió a levantar los rezagos de los periodos de diciembre de 2009 a marzo de 2010 y acreditarlos en la Cuenta Individual del Afiliado.*

Respecto a la afirmación realizada por la Administradora, con relación al uso del Formulario de Solicitud de Acreditación de Cotizaciones en Rezagos (FOSACRE), se aclara que el referido Formulario debe ser utilizado para el levantamiento de aportes en rezagos de aquellos Afiliados que fueron registrados con anterioridad al levantamiento del rezago, tal como establece el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008, que señala lo siguiente:

"Un rezago se entenderá identificado con una Cuenta Individual, sólo si cumple con lo siguiente:..." (el subrayado es nuestro).

Conforme la norma referida anteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP, empleó el FOSACRE para creación de un NUA, sin considerar que la norma establece que el referido Formulario debe utilizarse para levantar rezagos en casos de un NUA ya existente.

En mérito a lo expuesto anteriormente, se ratifica el incumplimiento al punto 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008 y al punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de la misma fecha, por lo que corresponde establecer sanción…"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

*"…**PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 1**, con multa en Bolivianos equivalente a $us. 500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al Punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.*

*(…) **TERCERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 3**, con multa en Bolivianos equivalente a $us. 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, con relación a veinticinco (25) Afiliaciones desde rezagos imputados en la Nota de Cargos.*

***CUARTO.- I.** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 4**, con multa en Bolivianos equivalente a $us. 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, con relación a treinta y dos (32) casos que no registran aportes en rezagos, los cuales son: **NUA 35874879, 35874880, 35874892, 35877200, 35877248, 35885521, 35885531, 35892742, 35892781, 35894118, 35894301, 33028771, 33036597, 34573896, 34946007, 35324651, 35330341, 35337321, 35947834, 35947895, 35947901, 35950171, 39008101, 39016511, 39021993, 39022043, 39022501, 39028859, 39028884, 39028896, 39031226** y **39031241**.*

***II.** Asimismo, desestimar sanción para los siguientes casos: **NUA 35949107, 35949247** y **39003401**.*

***QUINTO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 5**, con multa en Bolivianos equivalente a $us. 500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.*

***SEXTO.- I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.** Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de*

efectuado el depósito…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Los antecedentes y fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se restringen a los extremos que constan impugnados en el Recurso Jerárquico.

Por memorial presentado el 28 de julio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 9 de junio de 2011, con los siguientes argumentos:

"…***II. DE LA DOBLE SANCIÓN POR UNA MISMA INFRACCIÓN***.-

La ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 061-2011 de 09 de Junio de 2011 ha resuelto con respecto al Cargo N° 1 sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al Punto C de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008. Para luego en el Cargo N° 5 sancionarnos nuevamente por incumplimiento al mismo marco normativo con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al Punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.

Con relación al Cargo N° 3 su Autoridad ha resuelto sancionarnos con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, dicha sanción en los mismos términos es replicada en la sanción que corresponde al Cargo N° 4.

De lo anterior se desprende que dichas sanciones son contrarias al principio constitucional de "Non Bis In ídem" establecido en el artículo 117, parágrafo II de nuestra Constitución Política del Estado que señala: "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho", así como también el principio sancionador de legalidad establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo; causando ello perjuicio a nuestra administradora.

III. DE LA GRAVEDAD DE LAS SANCIONES Y LA FALTA DE FUNDAMENTO PARA LA CUANTÍA DE LAS MISMAS.-

La Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 060-2011 de 09 de junio de 2011 abunda en el desarrollo del marco normativo imputado, sin embargo no fundamenta ni respalda la concurrencia de una conducta preterintencional por parte de Futuro de Bolivia S.A. que pueda justificar la calificación de gravedad leve en el presente caso, es decir, que no ha establecido de manera certera la realidad de los hechos

imputados mediante la prueba, para determinar las razones, o motivos que han incidido en la conducta de nuestra Administradora y que pudiera ser catalogada como Preterintencional.

Por otra parte su Autoridad, no ha fundamentado cual ha sido la motivación que a (sic) *llevado a la imposición de la cuantía de las sanciones económicas; y, aunque su Autoridad tiene la discrecionalidad para la asignación de las mismas; es pertinente remitirse a lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia Nº 1464/2004-R que en la parte pertinente señala:*

> *"Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los* (sic) *intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."*

De la citada sentencia constitucional se desprende que la falta de fundamentación para la asignación de la cuantía o monto de las sanciones, resulta en que las mismas sean desproporcionadas.

Sin perjuicio de lo hasta ahora expresado, solicito a su Autoridad se sirva considerar nuevamente los siguientes argumentos:

<u>Cargo Nº 1:</u>

Del análisis efectuado por su Autoridad con relación a los descargos presentados por nuestra AFP con nota FUT.APS.SGC. 851/2011, referentes a este cargo, no ha considerado lo siguiente:

Nuestra Administradora procedió al registro de los Asegurados con NUA 35811183 y 35876062, en base a información del empleador que permitió verificar el registro de cotizaciones en rezago de estas personas de acuerdo a lo señalado en el Punto 2.2.1

de ARTÍCULO 2º(GESTIONES MÍNIMAS Y PLAZOS) donde se señala que: "Todas las gestiones anteriormente señaladas, tienen por objeto obtener información complementaria que permita aclarar y acreditar las Cotizaciones en Rezagos", las cuales presentaban un número de documento de identidad incorrecto en la declaración efectuada por el empleador. Al respecto debemos indicar que en el punto 3.1 del Artículo 3º Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de Enero de 2008, no establece que la información mínima de la Solicitud de Registro sea necesariamente idéntica o plenamente coincidente con el registro en rezago, esta únicamente señala "Las AFP ***deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también deberá consignar el registro en rezago****.*

- *Número de documento de identidad*
- *Apellido Paterno*
- *Apellido Materno o de casada*
- *Al menos un nombre". (las negrillas son nuestras)*

Entendiendo de la misma que, debería existir información en los campos señalados de ambos registros (donde un valor nulo inclusive puede considerarse como información válida), sin que esta tenga que ser la misma entre sí.

Si bien la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 y la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 ambas de fecha 02 de enero de 2008, establecen lineamientos técnicos legales, de la lectura de los mismos se puede observar lo siguiente:

a) Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013

No encontramos en esta Resolución detallada en forma específica, el procedimiento a seguir para solucionar las cotizaciones en rezago registradas con un número de documento de identidad incorrecto, correspondientes a Afiliados que no se encuentren registrados y ya no cuentan con un vínculo laboral con el empleador que efectuó estas cotizaciones.

b) Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012

Ninguno de los criterios de identificación de rezagos establecidos en el Artículo 3º.- (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN) tiene un alcance para cotizaciones en rezago, cuyo número de documento de identidad no coincida con el registro del Afiliado. Sin embargo establece para estos casos específicos, el uso del FOSACRE para el levantamiento de las cotizaciones en Rezago a una cuenta individual, proceso posteriormente efectuado por nuestra Administradora después de realizar el registro de los Afiliados.

De lo expuesto anteriormente, ante la falta de un procedimiento específico aplicable a la solución de las cotizaciones en rezago de los casos observados, toda vez que el uso de FOSACRE queda restringido sólo para levantar las cotizaciones en rezagos de Afiliados que se encuentren ya registrados, y de acuerdo a lo señalado por su

Autoridad, no se podría registrar a los Afiliados que presenten cotizaciones en rezago con un número de documento de identidad distinto al de la Solicitud de Registro como Dependiente en Rezago.

Cargo Nº 3:

En la lectura del punto 5 del numeral III.2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2006 de 02 de marzo de 2006, podemos determinar que considera únicamente a Afiliados Dependientes (bajo dependencia laboral) e Independientes, sin realizar una mayor segmentación del primero de acuerdo al campo "Tipo de Trabajador" respecto a la codificación establecida en la Circular SPVS-IP-107/2001 de 15 de octubre de 2001.

Asimismo en uno de los párrafos del punto III.3 de la antes mencionada Resolución Jerárquica, se señala: "Así, cuando se analizan las normas anotadas en el punto 1. anterior de la presente resolución Jerárquica de regulación Financiera, se debe realizar un examen sistemático de los preceptos normativos que no puede reducirse a los límites de un solo artículo o disposición, cuando la adecuada comprensión de dicho precepto depende de la integración de otros artículos contenidos en la misma o en otras regulaciones. Así, queda claro que los Artículos 2 y 24 de la Ley de pensiones, y Artículos 109, 110, 111, 113, 114 y 115 de su Decreto Reglamentario No. 24469, ***demuestran que el NUA debe otorgarse al Afiliado bajo dependencia laboral, sin necesidad de la existencia de un primer pago de cotización****". (Las negrillas son nuestras).*

También es importante señalar de acuerdo a lo señalado en el punto III.3 de la referida Resolución Jerárquica, consideramos esta aplica a mecanismos orientados a la regularización de NUA sin aportes, mientras que el objeto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de Enero de 2008, está orientada a procedimientos para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación.

El procedimiento por el cual su Autoridad sanciona a nuestra Administradora, ha permitido que:

a) *El empleador efectúe el pago de sus cotizaciones de forma correcta y sin errores, conociendo el NUA y la AFP en la que se encontraban registrados sus Dependientes, evitando de esta manera efectuar pagos a una Administradora distinta en* (sic) *a la que se encuentran registrados.*

b) *Los dependientes registrados cuenten con una cuenta individual y un NUA asignado, a pesar de encontrarse ausentes al momento del Registro, donde se acrediten los aportes pagados por su empleador.*

En este último punto, entendemos contrariamente a lo señalado por su Autoridad, que el no haber atendido la solicitud del empleador, quién mediante nota escrita reconoció su obligación de efectuar el pago de aportes, para lo que requería la

asignación de un NUA a sus dependientes; el pago de aportes por sus Dependientes no registrados necesariamente hubieran ingresado a la cuenta de Cotizaciones en Rezago, no pudiendo entonces los Afiliados conocer de forma oportuna la información respecto a su Estado de Cuenta Individual, hasta que se haya regularizado su registro de manera posterior.

Cargo Nº 4:

En la sanción por este cargo debemos reiterar lo anteriormente señalado en el Cargo Nº 3, además de dar a conocer que si bien de los 35 casos observados solo 3 presentan cotizaciones en rezago pagadas; con anterioridad a efectuar el registro del resto de los 33 casos por los que se nos impone la sanción, todos ellos cuentan con cotizaciones acreditadas en la cuenta individual, de lo que se puede concluir que nuestra Administradora procedió a la asignación de NUA previa verificación y con plena seguridad que por todos ellos el empleador debía efectuar el pago de cotizaciones a nuestra Administradora, evitando innecesariamente que los mismos antes de acreditarse a la respectiva cuenta individual deban acreditarse a la cuenta de cotizaciones en rezago de donde posteriormente sean levantadas. Accionar a que a nuestro entender reiterando lo señalado en nuestra nota FUT.APS.SGC. 851/2011 no originó un daño o perjuicio económico jal Afiliado o a los Fondos Administrados.

*Independientemente de lo expuesto debemos reiterar que en la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N9 060-2011 de fecha 09 de junio de 2011, su Autoridad sanciona a nuestra Administradora en los Cargo 3 y 4, por un pretendido incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N9 013 de 02 de enero de 2008, lo que a nuestro entender es contrario al principio de "**Non bis in idem**" como ya referimos en el punto II. del presente recurso.*

Cargo Nº 5:

Debemos reiterar los argumentos vertidos con relación al Cargo Nº 1 además de aclarar que, ninguno de los criterios de identificación de rezagos establecidos en el Artículo 39.de Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 considera la identificación de aportes en rezago que presenten un número de documento de identidad diferente al del Afiliado siendo que este se haya originado por malas declaraciones del empleador, situación ante la cual y teniendo constancia documental de que las cotizaciones en rezago correspondían al Afiliado, se utilizó un FOSACRE para el levantamiento de las cotizaciones e rezago a la Cuenta Individual respectiva, según se señala en el inciso a) del punto E del Artículo 32 de Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012.

Es importante precisar que en ningún momento se utilizó el FOSACRE para la creación de un NUA, toda vez que este procedimiento es realizado a través de un Formulario de Registro, además de no ser posible el levantamiento de cotizaciones en rezago a un NUA inexistente.

*Fuera de lo arriba expuesto debemos reiterar que en Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de fecha 09 de junio de 2011, su Autoridad sanciona a nuestra Administradora en el cargo Nº 1 por incumplimiento al Punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de las resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, lo que a nuestro entender es contrario al principio de "**Non bis in idem**" ya que en ambos Cargos se sanciona a nuestra Administradora por un mismo pretendido incumplimiento normativo, aspecto que fue aclarado en el punto II. de este recurso.*

IV. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos expresados por nuestra Administradora de Fondos de Pensiones y al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de fecha 09 de Junio de 2011, adecuando así el caso de Autos al marco de la legalidad en conformidad a las reglas del debido proceso administrativo…"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DF/Nº 262-2011 DE 25 DE AGOSTO DE 2011.-

Los antecedentes y fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se restringen a los extremos que constan impugnados en el Recurso Jerárquico.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 262-2011 de 25 de agosto de 2011, resolvió:

*"…**ÚNICO.- I.** Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060 - 2011 de 09 de junio de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, modificándose lo resuelto de la siguiente manera:*

*"…**CUARTO.- I.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo Nº 4, con multa en bolivianos equivalente a $us600,00 (SEISCIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, con relación a diez (10) casos que no registran apones en rezago, los cuales se detallan a continuación: **NUA 35894118, 33036897, 34573896, 35950171, 39021993, 39022043, 39022501, 39028859, 39028884 y 39028896**.*

***II.-** Asimismo, desestimar sanción para los siguientes casos: **NUA 35874879, 35874880, 35874892, 35877200, 35877248, 3S88S521, 35885531, 35892742, 35892781, 35894301, 33028771, 34946007, 35324651, 35330341, 35337321, 35947834, 35947895, 35947901, 39008101, 39016511, 39031226 y 39031241**.*

***QUINTO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 5**, con multa en bolivianos equivalente a $us250,00 (DOSCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al punto C del artículo 3 de la Resolución*

Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008.
…"

***II.** En lo demás, lo resuelto en el Segundo y Tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 09 de junio de 2011, se mantiene incólume…"*

Los fundamentos presentados en la parte considerativa son los siguientes:

*"…**CONSIDERANDO:** (…)*

***Respecto al Cargo Nº 1** (…)*

Con relación a lo expresado por la AFP, que procedió al registro de los Afiliados con NUA 35811183 y 35876062, "en base a información del empleador que permitió verificar el registro de cotizaciones en rezago de estas personas de acuerdo a lo señalado en el Punto 2.2.1 de (sic) ARTÍCULO 2º (GESTIONES MÍNIMAS Y PLAZOS) donde señala que:

Todas las gestiones anteriormente señaladas, tienen por objeto obtener información complementaria que permita aclarar y acreditar las Cotizaciones en Rezagos…"

*Es importante aclarar que los casos observados corresponden a **registros de Afiliados dependientes nuevos**, para los que la Administradora debía aplicar el procedimiento establecido en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008.*

Asimismo, tal como se determina el punto 2.1.1 del artículo 2 de la mencionada Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP, debía realizar las siguientes gestiones internas:

"De los registros de Cotizaciones en Rezagos que no pudieron ser acreditados a una Cuenta Individual, las AFP deben realizar con carácter obligatorio al menos las siguientes gestiones internas:

*Depurar los rezagos que no cuentan con registro en el SSO (**afiliados dependientes nuevos) aplicando el procedimiento señalado en el artículo 5°** (sic) de la presente Resolución. El plazo para esta actividad es de sesenta (60) días calendario, contados a partir del vencimiento del plazo otorgado para el proceso de acreditación" (Las negrillas son nuestras).*

Por otra parte, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que el punto 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, "no establece que la información mínima de la Solicitud de Registro sea necesariamente idéntica o plenamente coincidente con el registro en rezago..." (el subrayado es nuestro). Al respecto, es pertinente realizar la transcripción de lo establecido en el artículo 3 de la

mencionada Resolución:

"Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:

*3.1 Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también **debe consignar** el registro en rezago.*

- *Número de documento de identidad.*
- *Apellido paterno.*
- *Apellido materno o de casada.*
- *Al menos un nombre" (El subrayado y las negrillas son nuestras).*

Por tanto, no es evidente la afirmación de la Administradora al expresar que dicha normativa "no establece que la información mínima de la Solicitud de Registro sea necesariamente idéntica o plenamente coincidente con el registro en rezago..." (el subrayado es nuestro). Por lo tanto, para los casos observados, el número de documento de identidad debía ser consignado tanto en la información obtenida por la Administradora de Fondos de Pensiones así como en el registro de rezago de manera idéntica y plenamente coincidente.

Respecto al argumento de que no existe un procedimiento a seguir para solucionar cotizaciones en rezago correspondientes a Afiliados que no se encuentren registrados y ya no cuentan con un vínculo laboral con el empleador que efectuó estas cotizaciones, el punto 3.2 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, establece que: "La AFP deberá obtener la siguiente documentación para concretar el registro:

- *Carta del Empleador con la firma, sello y aclaración de firma, por medio de la cual se comunica que el Afiliado **trabajó o trabaja** en esa empresa, indicando los nombres y apellidos..." (las negrillas son nuestras).*

*Sin embargo, es importante considerar que la norma referida anteriormente, deberá ser aplicada por la Administradora para **concretar un registro** ya realizado una vez cumplido el procedimiento establecido en el punto 3.1 de la misma Resolución Administrativa, el cual se encuentra referido al registro de Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos y la información mínima con la que debe contar para la realización de dicho registro. De aquí la importancia de la "oportunidad" en la que la Administradora realice dichos registros y el estricto cumplimiento del procedimiento establecido por norma.*

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa que las Resoluciones Administrativas SPVS/IP/N° 013 y SPVS/IP/N° 012, ambas de 02 de enero de 2008, no establecen el procedimiento a seguir para solucionar las cotizaciones en rezago registradas con un número de documento de identidad incorrecto, sin embargo es pertinente mencionar que el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de

enero de 2008, establece lo siguiente:

"La presente Resolución establece el procedimiento que deben cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) ***para aclarar los rezagos*** *generados en los procesos de acreditación de los Formularios de Pago de Contribuciones, registrándolos en las Cuentas Individuales que correspondan y aplicando los controles necesarios que aseguren la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones" (las negrillas son nuestras).*

De la misma manera, el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, establece lo siguiente:

"La presente Resolución establece los procedimientos y plazos que deben cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones ***para aclarar los rezagos*** *generados en los procesos de acreditación, registrándolos en las Cuentas Individuales que correspondan y aplicando los controles necesarios que garanticen la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones" (las negrillas son nuestras).*

Asimismo, con relación al argumento de que: "Ninguno de los criterios de identificación de rezagos establecidos en el Artículo 3° (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN), refiriéndose a la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008, tiene un alcance para cotizaciones en rezagos, cuyo documento de identidad no coincida con el registro del Afiliado...", el inciso C del artículo 3 de la referida Resolución Administrativa, establece una condicionante para la afiliación desde rezagos de dependientes nuevos cuyo documento de identidad no coincida exactamente:

"Para Afiliados con registro en la AFP cuyo primer aporte por acreditarse en la Cuenta Individual se encuentre en Cotizaciones en Rezagos, siempre que coincida exactamente el número de documento de identidad…"

Respecto a la afirmación realizada por la Administradora, con relación al uso del Formulario de Solicitud de Acreditación de Cotizaciones en Rezagos (FOSACRE), es pertinente mencionar que <u>este Formulario debe ser utilizado para el levantamiento de aportes en rezagos de aquellos Afiliados que fueron registrados con anterioridad</u> al levantamiento del rezago, tal como indica el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008: "Un rezago se entenderá <u>identificado con una Cuenta Individual</u> solo si cumple con lo siguiente..." (el subrayado es nuestro). Sin embargo, la Administradora de Fondos de Pensiones ha empleado el FOSACRE para la creación de los NUA, sin considerar que la norma establece que dicho Formulario debe utilizarse para levantar rezagos en casos de NUA ya existentes.

Respecto al hecho de que en la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, no se haya establecido un procedimiento específico que corresponda a Afiliados dependientes nuevos que ya no se encuentran en relación de dependencia laboral con el empleador que efectuó las cotizaciones en rezagos, no

permite a la Administradora aplicar discrecionalmente su criterio para el levantamiento de rezagos, pues Futuro de Bolivia S.A. AFP, debía haber solicitado oportunamente la aclaración o complementación correspondientes a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) o en su momento a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP; sin embargo, ésta no remitió ninguna consulta a la entidad reguladora. Asimismo, tampoco solicitó autorización para el levantamiento de aportes en rezagos.

En mérito a los argumentos y los antecedentes expuestos anteriormente, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/1P/Nº 013 de 02 de enero de 2008 y al punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008.

2. Respecto al Cargo N° 3 (…)

La Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2006 de 02 de marzo de 2006, resuelve a través de su artículo único lo siguiente:

"Único.- *Revocar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, por medio de la cual se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP No. 814 de 30 de septiembre de 2005, ambas dictadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, manteniendo* ***subsistente el Artículo Sexto (REGULARIZACIÓN DE NUA SIN APORTES)****, así como el ANEXO A y la Nota Técnica en lo referente al Artículo Sexto" (las negrillas son nuestras).*

El artículo sexto de la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, se encuentra referido a establecer el proceso de regularización a ser cumplido por las AFP, para todos los registros de NUA sin aportes que a la fecha de emisión de la Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 de 18 de noviembre de 2005, se encontraren sin pago de cotización, primas y comisión al SSO. A este efecto el primer paso establecido en el inciso a) del referido artículo sexto, establecía lo siguiente:

"Identificar los registros de NUA que no cuenten con al menos un aporte, para lo cual deberán previamente: i) Verificar en las Cuentas Patrimoniales del FCI (Cuenta Individual, Recaudación en Procesos, ***Rezagos****, Cotizaciones en exceso de Afiliados, etc.,) de su AFP, si existen aportes (las negrillas son nuestras).*

Continuando con la misma norma, el inciso b) se refiere a lo siguiente:

"Concluidas las verificaciones y consultas, ambas AFP deberán hacer llegar a la Intendencia de Pensiones el detalle de los registros por tipo de afiliación y registro (Afiliados Independientes, Dependientes y ***Dependientes con Rezago****)…".*

Finalmente el inciso c) establece:

"Sobre las base de los archivos remitidos a la Intendencia de Pensiones ***las AFP deberán aplicar procedimientos vigentes****" (las negrillas son nuestras).*
Respecto a lo establecido en la norma anterior, el último párrafo del punto III. 3 de la referida Resolución Jerárquica, establece lo siguiente:

"Por ello el Artículo Sexto se mantiene subsistente en la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, así como el Anexo A y la Nota Técnica en lo que se le aplica, ***salvo que el órgano regulador prevea su incorporación en una nueva Resolución o disponga nuevos mecanismos que lo efectivicen, en el ejercicio legitimo de su competencia"*** *(las negrillas son nuestras).*

A este efecto, dentro del ejercicio legítimo de su competencia y de sus funciones específicas, la ex SPVS emitió la Resolución Administrativa SPVS/IP/N0 013 de 02 de, enero de 2008, incorporando mecanismos referentes a controlar, regular y supervisar el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, cuyo objeto en este caso fue establecer los procedimientos y plazos que deben cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones, para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación, considerándose a la misma, ***la normativa vigente y aplicable en el momento en que Futuro de Bolivia S.A. AFP, procedió a realizar el registro de Afiliados sin contar con una o más cotizaciones en rezagos.***

En el presente caso y en conformidad con la afirmación de Futuro de Bolivia S.A. AFP, la norma específica y aplicable es la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, pues ella ***está orientada a establecer procedimientos para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación".***

Por lo tanto, si bien es evidente que a la fecha de emisión de la mencionada Resolución Jerárquica, esta Autoridad aún no habla emitido una norma que establezca que el NUA sea asignado a los Afiliados bajo dependencia laboral una vez que se haya pagado la primera cotización; sin embargo, a partir de la notificación de las Resoluciones Administrativas SPVS/IP/Nº 012 y 013, ambas del 02 de enero de 2008, los procedimientos establecidos para la afiliación desde rezagos son de cumplimiento obligatorio.

De acuerdo a lo expresado por la Administradora: "el no haber atendido la solicitud del empleador, quien mediante nota escrita reconoció su obligación de efectuar el pago de aportes. Para lo que se requería la asignación de NUA a sus dependientes; el pago de aportes por sus Dependientes no registrados necesariamente hubieran ingresado a la cuenta de Cotizaciones en Rezago..." no puede considerarse un argumento válido pues se estaría justificando el incumplimiento a una norma establecida legítimamente por el Ente Regulador y la aplicación de la Administradora, de un procedimiento discrecional para cotizaciones en rezago.

Asimismo, la Administradora admite que los Afiliados no contaban con aportes en rezagos al momento de su Afiliación y consecuentemente haber incumplido la

normativa vigente ya que no correspondía que la asignación de NUA sea realizada a través de rezagos.

Asimismo, la AFP señala:

"El procedimiento por el cual su Autoridad sanciona a nuestra Administradora, ha permitido que:

a) El empleador efectúe el pago de sus cotizaciones de forma correcta y sin errores, conociendo el NUA y la AFP en la que se encontraban registrados sus Dependientes, evitando de esta manera efectuar pagos a una Administradora distinta en a (sic) la que se encuentran registrados.

b) Los dependientes registrados cuenten con una cuenta individual y un NUA asignado, a pesar de encontrarse ausentes al momento del Registro, donde se acrediten los aportes pagados por su empleador".

Futuro de Bolivia S.A. AFP, afirma con este argumento que aplicó un procedimiento diferente al establecido por norma para la asignación de NUA a los casos observados, pretendiendo demostrar los supuestos beneficios y facilidades en la aplicación de este procedimiento, tanto para Empleadores como para Afiliados. Sin embargo, si bien es evidente que la Administradora permitió que el Empleador efectúe el pago de sus cotizaciones en favor de sus dependientes, "evitando de esta manera efectuar pagos a una Administradora distinta a la que se encuentran registrados" o logrando "que sus dependientes cuenten con una cuenta individual y un NUA asignado", no es un argumento válido para justificar el incumplimiento a la norma, la cual establece un procedimiento específico para cotizaciones en rezago, asimismo el argumento vertido por la Administradora, carece del sustento documentarlo pertinente.

Por lo tanto, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 013 de 02 de enero de 2008, para los 25 casos sancionados, los cuales se describen a continuación:

(Ilegible)	(Ilegible)	(Ilegible)	(Ilegible)
1	*035873292*	*26-feb-10*	*26-feb-10*
2	*035874867*	*03-mar-10*	*15-mar-10*
3	*035874879*	*03-mar-10*	*15-mar-10*
4	*035874880*	*03-mar-10*	*15-mar-10*
5	*035874892*	*03-mar-10*	*15-mar-10*
6	*035877200*	*04-mar-10*	*05-mar-10*
7	*035877248*	*04-mar-10*	*05-mar-10*
8	*035885521*	*11-mar-10*	*26-mar-10*
9	*035885531*	*11-mar-10*	*31-mar-10*
10	*035893035*	*15-mar-10*	*27-ene-10*

11	*035892742*	*15-mar-10*	*30-mar-10*
12	*035892781*	*15-mar-10*	*30-mar-10*
13	*035894301*	*15-mar-10*	*30-abr-10*
14	*033028771*	*22-mar-10*	*31-mar-10*
15	*034946007*	*08-abr-10*	*26-abr-10*
16	*035324651*	*08-abr-10*	*30-abr-10*
17	*035330341*	*08-abr-10*	*30-abr-10*
18	*035337321*	*08-abr-10*	*30-abr-10*
19	*035947834*	*09-abr-10*	*30-abr-10*
20	*035947895*	*09-abr-10*	*30-abr-10*
21	*035947901*	*09-abr-10*	*30-abr-10*
22	*039008101*	*13-abr-10*	*25-feb-10*
23	*039016511*	*15-abr-10*	*26-abr-10*
24	*039031226*	*28-abr-10*	*29-abr-10*
25	*039031241*	*28-abr-10*	*29-abr-10*

3. Respecto al Cargo N° 4 (…)

De acuerdo a la revisión de la Base de Datos de Afiliados, treinta y dos (32) NUA fueron registrados en el campo "Tipo Trabajador" con el código "7" (Afiliación desde Rezagos), los cuales no contaban con aportes.

Por otro lado, la AFP señala que los casos efectivamente imputados en este Cargo, que suman treinta y dos (32), cuentan con cotizaciones acreditadas; sin embargo, este hecho no es sujeto de observación en el presente Cargo, pues éste se imputó porque el procedimiento aplicado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, fue incorrecto. Al respecto, la misma Administradora admite que evitó que los aportes "antes de acreditarse a la respectiva cuenta individual deban acreditarse a la cuenta de cotizaciones en rezago de donde posteriormente sean levantadas...", confirmando de esta manera que al existir un procedimiento para el registro de aportes en las Cuentas Individuales a través de rezagos, Futuro de Bolivia S.A. AFP aplicó otro, contraviniendo la norma.

Si bien la AFP no causó daño ni perjuicios económicos a los Afiliados o a los Fondos administrados, Futuro de Bolivia S.A. AFP aplicó arbitrariamente un procedimiento contrario a aquel claramente establecido para la afiliación de casos nuevos con aportes en rezagos e intencionalmente reportó la afiliación de estos casos como dependientes nuevos con ***aportes en rezagos****, teniendo pleno conocimiento de que no correspondían a esta categoría y que tampoco habían cumplido con los requisitos establecidos para una afiliación normal.*

Con relación a que esta Autoridad sanciona a la Administradora en los Cargos N° 3 y 4, por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, es importante aclarar que en el Cargo N° 3 se sancionó a la AFP por afiliar desde rezagos a dependientes nuevos cuya primera cotización fue

realizada con posterioridad a la asignación de un NUA, correspondiendo en este caso proceda a una afiliación normal solicitando la firma del Afiliado en el Formulario de Registro al Seguro Social Obligatorio.

En ese sentido, refiriéndonos a los casos identificados en el presente Cargo, las cotizaciones realizadas por los Empleadores de estos Afiliados no fueron registradas en la Base de Datos de Rezagos; por lo que al vulnerar uno de los requisitos para afiliación desde rezagos no era correcto que la AFP proceda a afiliar a estas personas aplicando esta modalidad. Sin embargo, pese a tener conocimiento de este procedimiento, tampoco procedió a realizar una afiliación normal, en el caso de dependientes nuevos, pues considerando que contaba con la documentación pertinente tanto del Empleador como de sus trabajadores, el Formulario de Registro al Seguro Social Obligatorio no contaba con la suscripción de Afiliado (requisito indispensable para la afiliación normal), incumpliendo de esta manera también la normativa referida a este tipo de afiliación.

Sin embargo, a objeto de establecer con mayor claridad los Cargos imputados y su relación con cada uno de los NUA identificados corresponde desestimar el Cargo imputado para los siguientes ***NUA: 35874879, 35874880, 35874892, 35877200, 35877248, 3S885521, 35885531, 35892742, 35892781, 35894301, 33028771, 34946007, 35324651, 35330341, 35337321, 35947834, 35947895, 35947901, 39008101, 39016511, 39031226, 39031241*** *y confirmar la sanción por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, para los casos detallados a continuación:*

No.	***NUA***	***No.***	***NUA***
1	*035894118*	***6***	*039022043*
2	*033036597*	***7***	*039022501*
3	*034573896*	***8***	*039028859*
4	*035950171*	***9***	*039028884*
5	*039021993*	***10***	*039028896*

4. Respecto al Cargo N° 5 (…)

Cuando Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que ninguno de los Criterios de Identificación de Rezagos establecidos en el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, considera la identificación de aportes en rezago que presenten un número de documento de identidad diferente al Afiliado siendo que este se haya originado por malas declaraciones del Empleador, confirma que no contaba con la información suficiente para la afiliación del ***NUA 35893035****, debido a que según lo establecido en el inciso C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008, siempre debe existir coincidencia exacta en el número de documento de identidad, para proceder a la afiliación desde rezagos.*

Al respecto, Futuro de Bolivia S.A. AFP no remitió en su momento, ninguna consulta a la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS), así como tampoco presentó evidencia alguna a través de la cual se compruebe la solicitud realizada a esta Entidad Reguladora, referente a la autorización para el levantamiento de aportes en rezagos.

Por otro lado, para el Cargo imputado, en ningún momento se hizo referencia a que Futuro de Bolivia S.A. AFP haya hecho uso del FOSACRE; sin embargo, la AFP afirma en primera instancia que: "se utilizó un FOSACRE para el levantamiento de las cotizaciones e (sic) rezago a la cuenta Individual respectiva..." afirmación que en el párrafo siguiente es denegada al señalar: "Es importante precisar que en ningún momento se utilizó el FOSACRE para la creación de un NUA...". Sin embargo, es importante aclarar que la afiliación del ***NUA 35893035*** *fue realizada a través de la suscripción y sello del Formulario de Registro al Seguro Social Obligatorio por parte del Empleador.*

Que sin embargo, conforme el "Principio de Proporcionalidad" establecido en el artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Por lo tanto el Ente Regulador, habiendo comprobado la infracción en el presente Cargo, los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la norma referida anteriormente, considera pertinente reducir la multa.

Por lo tanto, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, al punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 013 de 02 de enero de 2008, correspondiendo modificar la sanción impuesta en la Resolución Administrativa de primera instancia.

CONSIDERANDO:

Que a efectos de definir la responsabilidad por el hecho y la gravedad de la sanción, al presente se tiene por comprobadas las infracciones al constatar que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el procedimiento de "Acreditación de Cotizaciones en Rezagos", incumplió el punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y el numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.

Que asimismo, se tiene que al incumplir los artículos referidos anteriormente los cuales establecen "Criterios para la Acreditación de Cotizaciones en Rezagos" la Administradora demuestra falta de cuidado e inobservancia al artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, las cuales establecen los procedimientos y plazos que deben cumplir las Administradoras de Fondos de

Pensiones, para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación, registrándolos en las Cuentas Individuales que correspondan y aplicando los controles necesarios que garanticen la adecuada identificación y acreditación de las cotizaciones.

Que sobre la base de lo anterior y a efectos de la configuración de la tipificada preterintencionalidad, corresponde realizar el análisis siguiente:

- *Cargo N° 1 y 5. Para estos cargos se tiene que la actuación de Futuro de Bolivia S.A. AFP produjo una consecuencia más grave que la prevista, entonces culposa, la cual se vio expresada con el hecho de que la Administradora al Afiliar desde Rezagos lo hizo sin aplicar los controles adecuados, lo cual ha ocasionado además de la infracción, que los aportes en rezagos no se encuentren debidamente acreditados conforme la información mínima que debe consignar el registro (en rezago), el cual se verá plasmado incorrectamente en la Cuenta Individual del Afiliado. Asimismo, por el hecho de afiliar incorrectamente desde rezagos posibilita que estos aportes sean acreditados a un homónimo.*

- *Cargo N° 3 y 4. En cuanto a estos cargos, la preterintencionalidad se ha visto expresada con el hecho que la AFP por la conducta imprimida a* (sic) *restringido el derecho que tienen los Afiliados de poder afiliarse de manera libre y voluntaria a cualquiera de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Asimismo, se ha ocasionado que la información remitida por la AFP en la Base de Datos de Rezagos carezca de integridad y no refleje la situación real de la cantidad de aportes en rezagos.*

Que en otra parte del análisis del presente acto, corresponde referirse a lo expresado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, en su Recurso de Revocatoria, refiriéndose al "Principio de Legalidad y Presunción de Legitimidad" establecido en el inciso g) del artículo 4 del Procedimiento Administrativo, el cual establece lo siguiente:

"Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;".

En el caso presente, las actuaciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, se encuentran en total apego a la normativa vigente, pues al exigir el cumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP a las normas vigentes, cumple lo establecido en los incisos a) y b) del artículo 168, los cuales señalan las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización:

a) "Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros,

Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes".

Que por lo tanto, se deja establecida la potestad de esta Autoridad de sancionar a los regulados que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, ha realizado nueva revisión y valoración de los descargos y pruebas presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP. …"

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Los antecedentes y fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se restringen a los extremos que constan impugnados en el Recurso Jerárquico.

En fecha 15 de septiembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 262-2011 de 25 de agosto de 2011, expresando lo siguiente:

*"…**II. DE LA DOBLE SANCIÓN POR UNA MISMA INFRACCIÓN**.-*

Con relación al Cargo N° 1 se ha resuelto sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al Punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008. Para luego en el Cargo N° 5 sancionarnos nuevamente por incumplimiento al mismo marco normativo con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al Punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.

Con relación al Cargo N° 3 su Autoridad ha resuelto sancionarnos con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, dicha sanción en los mismos términos es replicada en la sanción que corresponde al Cargo N° 4, monto de sanción que en recurso de revocatoria fue modificado a un monto de $us.600,00 (SEISCIENTOS DOLARES (sic) *ESTADOUNIDENSES).*

De lo anterior se desprende que dichas sanciones son contrarias al principio constitucional de "Non Bis In ídem" establecido en el artículo 117, parágrafo II de nuestra Constitución Política del Estado que señala: "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho", así como también el principio sancionador de legalidad establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo; causando ello perjuicio a nuestra administradora.

III. DE LA GRAVEDAD DE LAS SANCIONES Y LA FALTA DE FUNDAMENTO PARA LA CUANTÍA DE LAS MISMAS.-

A nuestro entender no se ha fundamenta (sic) *ni respaldado la concurrencia de una conducta preterintencional por parte de Futuro de Bolivia S.A. que pueda justificar la calificación de gravedad leve en el presente caso, es decir, que no ha establecido de manera certera la realidad de los hechos imputados mediante la prueba, para determinar las razones o motivos que han incidido en la conducta de nuestra Administradora y que pudiera ser catalogada como Preterintencional.*

Sin perjuicio de lo hasta ahora expresado, por cuanto no se acepta la imposición de las sanciones, solicito a su Autoridad nuevamente se sirva considerar nuevamente los siguientes argumentos:

Cargo Nº 1:

Nuestra Administradora procedió al registro de los Asegurados con NUA 35811183 y 35876062, en base a información del empleador que permitió verificar el registro de cotizaciones en rezago de estas personas de acuerdo a lo señalado en el Punto 2.2.1 de ARTÍCULO 2º(GESTIONES MÍNIMAS Y PLAZOS) donde se señala que: "Todas las gestiones anteriormente señaladas, tienen por objeto obtener información complementaria que permita aclarar y acreditar las Cotizaciones en Rezagos", las cuales presentaban un número de documento de identidad incorrecto en la declaración efectuada por el empleador. Al respecto debemos indicar que en el punto 3.1 del Artículo 3º Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de Enero de 2008, no establece que la información mínima de la Solicitud de Registro sea necesariamente idéntica o plenamente coincidente con el registro en rezago, esta únicamente señala "Las AFP ***deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también deberá consignar el registro en rezago****.*

- *Número de documento de identidad*
- *Apellido Paterno*
- *Apellido Materno o de casada*
- *Al menos un nombre". (las negrillas son nuestras)*

Entendiendo de la misma que, debería existir información en los campos señalados de ambos registros (donde un valor nulo inclusive puede considerarse como información válida), sin que esta tenga que ser la misma entre sí.

Si bien la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 y la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 ambas de fecha 02 de enero de 2008, establecen lineamientos técnicos legales, de la lectura de los mismos se puede observar lo siguiente:

a) *Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013*

No encontramos en esta Resolución detallada en forma específica, el procedimiento a seguir para solucionar las cotizaciones en rezago registradas con un número de documento de identidad incorrecto, correspondientes a Afiliados que no se encuentren registrados y ya no cuentan con un vínculo laboral con el empleador que efectuó estas cotizaciones.

b) *Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012*

Ninguno de los criterios de identificación de rezagos establecidos en el Artículo 3º.- (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN) tiene un alcance para cotizaciones en rezago, cuyo número de documento de identidad no coincida con el registro del Afiliado. Sin embargo establece para estos casos específicos, el uso del FOSACRE para el levantamiento de las cotizaciones en Rezago a una cuenta individual, proceso posteriormente efectuado por nuestra Administradora después de realizar el registro de los Afiliados.

De lo expuesto anteriormente, ante la falta de un procedimiento específico aplicable a la solución de las cotizaciones en rezago de los casos observados, toda vez que el uso de FOSACRE queda restringido sólo para levantar las cotizaciones en rezagos de Afiliados que se encuentren ya registrados, y de acuerdo a lo señalado por su Autoridad, no se podría registrar a los Afiliados que presenten cotizaciones en rezago con un número de documento de identidad distinto al de la Solicitud de Registro como Dependiente en Rezago.

Cargo Nº 3:

En la lectura del punto 5 del numeral III.2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2006 de 02 de marzo de 2006, podemos determinar que considera únicamente a Afiliados Dependientes (bajo dependencia laboral) e Independientes, sin realizar una mayor segmentación del primero de acuerdo al campo "Tipo de Trabajador" respecto a la codificación establecida en la Circular SPVS-IP-107/2001 de 15 de octubre de 2001.

Asimismo en uno de los párrafos del punto III.3 de la antes mencionada Resolución Jerárquica, se señala: "Así, cuando se analizan las normas anotadas en el punto III.1 anterior de la presente resolución Jerárquica de regulación Financiera, se debe realizar un examen sistemático de los preceptos normativos que no puede reducirse a los límites de un solo artículo o disposición, cuando la adecuada comprensión de dicho precepto depende de la integración de otros artículos contenidos en la misma o en otras regulaciones. Así, queda claro que los Artículos 2 y 24 de la Ley de pensiones, y Artículos 109, 110,111,113,114 y 115 de su Decreto Reglamentario No. 24469, ***demuestran que el NUA debe otorgarse al Afiliado bajo dependencia laboral, sin necesidad de la existencia de un primer pago de cotización****".(Las negrillas son nuestras).*

También es importante señalar de acuerdo a lo señalado en el punto III.3 de la referida Resolución Jerárquica, consideramos esta aplica a mecanismos orientados a la regularización de NUA sin aportes, mientras que el objeto de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de Enero de 2008, está orientada a procedimientos para aclarar los rezagos generados en los procesos de acreditación.

El procedimiento por el cual su Autoridad sanciona a nuestra Administradora, ha permitido que:

a) *El empleador efectúe el pago de sus cotizaciones de forma correcta y sin errores, conociendo el NUA y la AFP en la que se encontraban registrados sus Dependientes, evitando de esta manera efectuar pagos a una Administradora distinta en a la que se encuentran registrados.*

b) *Los dependientes registrados cuenten con una cuenta individual y un NUA asignado, a pesar de encontrarse ausentes al momento del Registro, donde se acrediten los aportes pagados por su empleador.*

En este último punto, entendemos contrariamente a lo señalado por su Autoridad, que el no haber atendido la solicitud del empleador, quién mediante nota escrita reconoció su obligación de efectuar el pago de aportes, para lo que requería la asignación de un NUA a sus dependientes; el pago de aportes por sus Dependientes no registrados necesariamente hubieran ingresado a la cuenta de Cotizaciones en Rezago, no pudiendo entonces los Afiliados conocer de forma oportuna la información respecto a su Estado de Cuenta Individual, hasta que se haya regularizado su registro de manera posterior.

Cargo Nº 4:

En la sanción por este cargo debemos reiterar lo anteriormente señalado en el Cargo Nº 3, además de dar a conocer que si bien de los 35 casos observados solo 3 presentan cotizaciones en rezago pagadas; con anterioridad a efectuar el registro del resto de los 33 casos por los que se nos impone la sanción, todos ellos cuentan con cotizaciones acreditadas en la cuenta individual, de lo que se puede concluir que nuestra Administradora procedió a la asignación de NUA previa verificación y con plena seguridad que por todos ellos el empleador debía efectuar el pago de cotizaciones a nuestra Administradora, evitando innecesariamente que los mismos antes de acreditarse a la respectiva cuenta individual deban acreditarse a la cuenta de cotizaciones en rezago de donde posteriormente sean levantadas. Accionar a que a nuestro entender reiterando lo señalado en nuestra nota FUT.APS.SGC. 851/2011 no originó un daño o perjuicio económico al Afiliado o a los Fondos Administrados.

Cargo Nº 5:

Debemos reiterar los argumentos vertidos con relación al Cargo Nº 1 además de

aclarar que, ninguno de los criterios de identificación de rezagos establecidos en el Artículo 39 de Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 considera la identificación de aportes en rezago que presenten un número de documento de identidad diferente al del Afiliado siendo que este se haya originado por malas declaraciones del empleador, situación ante la cual y teniendo constancia documental de que las cotizaciones en rezago correspondían al Afiliado, se utilizó un FOSACRE para el levantamiento de las cotizaciones e rezago a la Cuenta Individual respectiva, según se señala en el inciso a) del punto E del Artículo 3º.- de Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012.

Fuera de lo arriba expuesto debemos reiterar que se sanciona a nuestra Administradora en el cargo Nº 1 por incumplimiento al Punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de las resolución (sic) *Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008 al igual que en el presente cargo, por lo que a nuestro entender es contrario al principio de* ***"Non bis in idem"*** *ya que en ambos Cargos se sanciona a nuestra Administradora por un mismo pretendido incumplimiento normativo, aspecto que fue aclarado en el punto II. de este recurso.*

IV. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo (sic) *66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 262-2011 de fecha 23 de agosto de 2011; que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 060-2011 de fecha 09 de junio de 2011, ajustándola a derecho conforme a las reglas del debido procedimiento administrativo…*"

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 11 de noviembre de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual

se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) emitió la Orden de Fiscalización DF/OF/29/2010, referida al registro de Afiliados desde Rezagos en el período comprendido entre los meses de enero y mayo de la gestión 2010.

Resultado de dicha fiscalización, se realizaron las recomendaciones que salen en el informe DF/F/030/2010 de 27 de julio de 2010, sobre cuyo seguimiento se emitió el Informe de Seguimiento DF/S/036-2010 de 8 de septiembre de 2010.

En fecha 25 de febrero de 2011, se emitió el Informe Técnico DF/DJ/T 008-2011 por el que se concluye y recomienda el inicio del Proceso Sancionatorio, dando lugar a la nota de cargos AP/DJ/0673/2011 de 2 de marzo de 2011, que impone cinco cargos a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, conforme han sido sustanciados y conocidos en el desarrollo del presente Proceso Administrativo; no obstante y a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 9 de junio de 2011 y en lo referido únicamente al **Cargo Nº 2**, se haya resuelto sancionar no pecuniariamente (amonestación) en cuanto a los NUA 35867097, 35869483, 35852884, 35881987 y 34573896, y desestimar sanción para el NUA 35873292, infiriéndose ser la razón por la que a tiempo de la sucesiva interposición de los recursos de Revocatoria y Jerárquico, los mismos se limiten única y exclusivamente a los restantes cuatro cargos (Nros. 1, 3, 4 y 5), conforme se evidencia del memorial de fojas 138 a 140 cursante en el expediente administrativo.

Consiguientemente, se evidencia la inexistencia de impugnación contra el cargo Nº 2, postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico, por lo que en observancia al artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limita a la consideración de los cargos Nros. 1, 3, 4 y 5, conforme se procede en los numerales siguientes.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Observancia de la garantía del *Non Bis In Idem* en la imposición de la sanción.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, a tiempo de su Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*Con relación al* ***Cargo Nº 1*** *se ha resuelto sancionar a nuestra AFP* (…)*, por incumplimiento al Punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008. Para luego en el* ***Cargo Nº 5*** *sancionarnos nuevamente por incumplimiento al mismo marco normativo* (…)
>
> *Con relación al* ***Cargo Nº 3*** *su Autoridad ha resuelto sancionarnos* (…)*, por*

incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, dicha sanción en los mismos términos es replicada en la sanción que corresponde al ***Cargo Nº 4****,* (…)

De lo anterior se desprende que ***dichas sanciones son contrarias al principio constitucional de "Non Bis In ídem"*** *establecido en el artículo 117, parágrafo II de nuestra Constitución Política del Estado* (…)*, así como también el principio sancionador de legalidad establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo*…" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En principio, cabe señalar que no es la identidad de las normas infringidas o de las sanciones impuestas, las que determinan un doble procesamiento por un mismo hecho, sino que como Ruiz Cernades, autor de "*El principio non bis in idem en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal*", define:

"…*los procedimientos administrativos o judiciales por un mismo hecho que tienen identidad, es decir, cumplen con los requisitos previstos por el NON BIS IN IDEM, que son los siguientes:*

El sujeto.- Debe ser la misma persona a la cual se le inició una instrucción penal y a ella misma, se le inicia un procedimiento administrativo sancionador.

Los Hechos.- Los acontecimientos suscitados, deben ser penados o sancionados tanto por el órgano jurisdiccional como por la autoridad administrativa, es decir el supuesto consecuencia para cada caso está en función al hecho antijurídico materializado (incumplimiento de una norma o un deber de cuidado en materia penal o administrativa).

Los Fundamentos.- Está referido a los fundamentos jurídicos, es decir que es lo que se desea: En materia penal qué bienes jurídicos se protegen, y en materia administrativa qué actos se sancionan…"

Entonces y como lo ha establecido el precedente de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2010 de 17 de marzo de 2010, "…*para que exista vulneración al principio del non bis in idem tienen que presentarse de manera concurrente las tres identidades: sujeto, hecho y fundamento* ***faltando uno de ellos no se configura la vulneración***" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como señala la recurrente, el principio se encuentra implementado en nuestra normativa en el artículo 117º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, el que señala:

"…*Artículo 117.* (…)

II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez ***por el mismo hecho***…" (Las negrillas sin insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Amén que las normas que se señalan infringidas importan la concurrencia concreta de hechos, lo que corresponde determinar es, si en el hecho por el que se ha sancionado a **FUTURO DE BOLIVIA S. A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** para los Cargo Nos. 1 y 5 por una parte y Cargos No. 3 y 4 por otra, concurren los elementos requeridos para la configuración de la violación del principio non bis in idem.

Para ello, se debe partir de que la generalidad de las sanciones han sido determinadas e impuestas como emergencia de la Orden de Fiscalización DF/OF/29/2010, referida al registro de Afiliados desde Rezagos en el período comprendido entre los meses de enero y mayo de la gestión 2010 (dato importante, que no debe confundirse con los hechos sancionados).

Es pertinente, entonces, remitirse al análisis siguiente:

2.1.1. Los hechos en los que se basan los Cargos Nº 1 y Nº 5.-

Las normas mencionadas por la recurrente, establecen:

- Artículo 3º, punto C, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 2 de enero de 2008:

  "…*Las AFP podrán acreditar Cotizaciones en Rezagos* (…) *previo cumplimiento de los incisos a) y b) ó* (sic) *c) y d) según corresponda:*

  (…) *C. Para Afiliados con registro en la AFP cuyo primer aporte por acreditarse en la Cuenta Individual se encuentre en Cotizaciones en Rezagos, siempre que coincida exactamente el número de documento de identidad, alguno de los nombres y alguno de los apellidos sin importar el orden*…"

- Artículo 3º, numeral 3.1, de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 2 de enero de 2008:

  "…*Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro en rezago.*

  - *Número de documento de identidad.*
  - *Apellido paterno.*
  - *Apellido materno o de casada.*
  - *Al menos un nombre*…"

Conforme a la Notificación de Cargos AP/DJ/0673/2011 de 2 de marzo de 2011, el Cargo Nº 1 (*Improcedencia de Afiliaciones desde Rezagos*) está referido a **no contar con la información mínima exigida** por el numeral 3.1 del artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, lo que ocasionó que **no se acreditaran** "*las cotizaciones en rezago a los Estados de Cuenta Individual*" correspondientes a los NUA 35811183 y 35876062.

Por su parte, el Cargo Nº 5 (*Discrepancias en la información correspondiente al NUA 35893035*), está referido a que "*sin embargo*" de la **inexistencia de información mínima** exigida por el numeral 3.1 del artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008, la ahora recurrente **procedió a levantar los rezagos** de los periodos de diciembre de 2009 a marzo de 2010, **y acreditarlos** en la Cuenta Individual del Afiliado.

Consiguientemente, **en ambos casos el Ente Regulador ha determinado la inexistencia de la información mínima exigida**, lo que importaría que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** transgredió el numeral 3.1 del artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008; empero en el caso del Cargo Nº 1, ello conllevó a que no se acreditaran las cotizaciones en rezago a los Estados de Cuenta Individual, mientras que **en el Cargo Nº 5 se sanciona además** porque pese a tal inexistencia, **se procedió a levantar los rezagos** de los períodos de diciembre de 2009 a marzo de 2010, **y acreditarlos en la Cuenta Individual del Afiliado**.

Configuran entonces, conductas distintas en las que no se configura la coincidencia de las tres identidades exigidas: **los sujetos afectados**, a los que en muestra de su diferencia les corresponden NUA distintos entre uno y otro Cargo, como tampoco coinciden **los hechos ni el fundamento** sobre los que recae la imputación y posterior sanción, conforme lo analizado, **pese a la coincidencia de normas que se señalan infringidas.**

2.1.2. Los hechos en los que se basan los Cargos Nº 3 y Nº 4.-

El artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 2 de enero de 2008, mencionada por la recurrente, establece que "*las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos*…"

Conforme a la Notificación de Cargos AP/DJ/0673/2011 de 2 de marzo de 2011, el **Cargo Nº 3** (*Asignaciones de NUA a Afiliados sin rezagos y con anterioridad al pago de Contribuciones*) está referido a **haber realizado Afiliaciones cuando los NUA involucrados no registraban aportes en rezagos**.

Por su parte, el **Cargo Nº 4** (*Incumplimiento a los procedimientos establecidos para el levantamiento de Rezagos*), está referido a que **pese a que en los casos involucrados "*no registraban aportes en rezagos, la Administradora de Fondos de Pensiones, procedió a su Afiliación mediante esta modalidad*"**.

A este respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha señalado en su Resolución ahora recurrida, que:

> "…*Con relación a que esta Autoridad sanciona a la Administradora en los Cargos N° 3 y 4, por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, es importante aclarar que* ***en el Cargo N° 3 se sancionó a la AFP por afiliar desde rezagos a dependientes nuevos cuya primera cotización fue realizada con posterioridad a la asignación de un NUA****, correspondiendo en este caso proceda a una afiliación normal solicitando la firma del Afiliado en el Formulario de*

Registro al Seguro Social Obligatorio.

En ese sentido, refiriéndonos a los casos identificados en el presente ***Cargo* (Nº 4)*, las cotizaciones realizadas por los Empleadores de estos Afiliados no fueron registradas en la Base de Datos de Rezagos****; por lo que al vulnerar uno de los requisitos para afiliación desde rezagos no era correcto que la AFP proceda a afiliar a estas personas aplicando esta modalidad…*"

Consiguientemente, **en ambos casos el Ente Regulador ha determinado que FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES registró a Afilados dependientes nuevos sin que estos tuvieren registrado al menos una cotización en rezago, en transgresión al artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 2 de enero de 2008**, empero en el caso del **Cargo Nº 3 correspondiente a veinticinco NUA,** se sancionó a la AFP **por afiliar desde rezagos** a dependientes nuevos cuya primera cotización fue realizada con posterioridad a la asignación de un NUA, a diferencia del **Cargo Nº 4** (**correspondiente a diez NUA**) por el que se sanciona además el que las cotizaciones realizadas por los Empleadores de estos Afiliados **no fueron registradas** en la Base de Datos de Rezagos.

Configuran entonces, conductas distintas en las que no se cumple la coincidencia de las tres identidades exigidas: los sujetos afectados, a los que en muestra de su diferencia les corresponden NUA distintos entre uno y otro Cargo, como tampoco coinciden los hechos, ni el fundamento sobre los que recae la imputación y posterior sanción, conforme lo analizado, pese a la coincidencia de normas que se señalan infringidas.

2.1.3. Conclusión sobre la pretendida inobservancia de la garantía del *Non Bis In Idem* en la imposición de las sanciones.-

En definitiva, los actos referidos por los Cargos Nº 1 y Nº 5 por una parte, y por los Cargos Nº 3 y Nº 4 por otra, resultan de actividades sancionables al no existir la coincidencia debida de las identidades (sujeto, hecho y fundamento) que hacen para la determinación de la violación del principio *no bis in idem*. Por lo tanto no se ha vulnerado el procedimiento administrativo sancionador que respeta el derecho del administrado a no ser sancionado doblemente por un mismo hecho, ello en sujeción a la **garantía constitucional plasmada en el artículo 117º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado**.

2.2. Observancia del Principio de Legalidad en la imposición de las sanciones.-

En cuanto a la alegada inobservancia del principio sancionador de legalidad, referido a que "*las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa*" (artículo 72º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo), resulta inatendible al no constar en el expediente y en concreto, antecedente de haberse impuesto sanción alguna que no se encuentre prevista en la norma pertinente, conforme se tiene revisado.

2.3. Análisis por Cargos imputados y sancionados.-

Corresponde realizar el siguiente análisis de los restantes extremos alegados a tiempo del Recurso Jerárquico.

2.3.1. Cargo N° 1: Inexistencia de información mínima, que determina la improcedencia de Afiliaciones desde Rezagos.-

Se tiene que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/N° 060-2011 de 9 de junio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP por incumplimiento a lo establecido en el punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 2 de enero de 2008 y al numeral 3.1. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 2 de enero de 2008.

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, importa revisar la normativa y regulación atinente al caso que nos ocupa, a saber:

- La Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 señala:

  "ARTÍCULO 3°.- (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN). *Un rezago se entenderá por identificado con una Cuenta Individual sólo si cumple con lo siguiente:…*
  …*C. Para Afiliados con registro en la AFP cuyo primer aporte por acreditarse en la Cuenta Individual se encuentre en Cotizaciones en Rezagos, siempre que coincida exactamente el número de documento de identidad, alguno de los nombres y alguno de los apellidos sin importar el orden…"*

- La Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008, establece lo siguiente:

  "***ARTÍCULO 3°.- (REGISTRO DE AFILIADOS DEPENDIENTES CON COTIZACIONES EN REZAGOS).*** *Las AFP podrán registrar a Afiliados dependientes nuevos que registren una o más cotizaciones en rezagos, aplicando el siguiente procedimiento:*

  3.1. Las AFP deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también debe consignar el registro de rezago.

  - *Número de documento de identidad.*
  - *Apellido Paterno.*
  - *Apellido Materno o de casada.*
  - *Al menos un nombre.*

  3.2. La AFP deberá obtener la siguiente documentación para concretar el registro:

  - *Fotocopia del documento de identidad…*
  - *Formulario de Registro firmado por el empleador del Afiliado con contribuciones en rezagos (empleador cuyos datos estén consignados en alguno de los FPC por medio del cual se hubieran pagado las contribuciones en rezagos) y por un funcionario autorizado de la AFP.*

*La información mínima que debe consignar el Formulario de Registro es la que consigne el documento de identidad más la que proporcione el empleador a través de las gestiones realizadas o la consignada en el FPC, cuando esta (*sic*) presente los datos personales completos de los Afiliados. En caso que el Formulario de Registro consigne la firma del Afiliado, no será necesario contar con la carta del empleador.*

- *Carta del empleador con la firma, sello y aclaración de firma, por medio de la cual se comunica que el Afiliado trabajó o trabaja en esa empresa…"*

Futuro de Bolivia S.A. AFP El Recurso Jerárquico refiere que:

> "…*procedió al registro de los Asegurados con NUA 35811183 y 35876062, en base a información del empleador que permitió verificar el registro de cotizaciones en rezago de estas personas de acuerdo a lo señalado en el punto 2.2.1. de ARTÍCULO 2º (GESTIONES MÍNIMAS Y PLAZOS)donde se señala que: "Todas las gestiones anteriormente señaladas, tienen por objeto obtener información complementaria que permita aclarar o acreditar las Cotizaciones en Rezagos", las cuales presentaban un número de documento de identidad incorrecto en la declaración efectuada por el empleador. Al respecto debemos indicar que en el punto 3.1 del Artículo 3º Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de fecha 02 de Enero de 2008, no establece que la información mínima de la Solicitud de Registro sea necesariamente idéntica o plenamente coincidente con el registro en rezago, esta únicamente señala "Las AFP* ***deberán contar por cada Afiliado con la siguiente información mínima que también deberá consignar el registro en rezago****.*
>
> - *Número de documento de identidad*
> - *Apellido Paterno*
> - *Apellido Materno o de casada*
> - *Al menos un nombre". (las negrillas son nuestras)*
>
> *Entendiendo de la misma que, debería existir información en los campos señalados de ambos registros (donde un valor nulo inclusive puede considerarse como información válida), sin que esta tenga que ser la misma entre sí…*"

De acuerdo a los antecedentes que cursan en el presente caso de autos, Futuro de Bolivia S.A. AFP asignó los NUA 35811183 y 35876062, siendo que en el primero no registraba número de documento de identidad en la Base de Datos de Rezagos y en el segundo consignaba un número de carnet de identidad diferente.

Al respecto, tal como se señaló precedentemente el punto 3.1. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 013 de 2 de enero de 2008, señala que las AFP podrán registrar a **Afiliados dependientes nuevos** que cuenten con una o más cotizaciones en rezagos, considerando por cada Afiliado la **información mínima** que **también** debe consignar en el **registro de rezagos;** señalando entre uno de los datos que debe considerarse para contar con información mínima, al número de documento de identidad.

Si bien la AFP realizó el registro de los Afiliados en la Base de Datos con la información proporcionada por el empleador, no consideró lo señalado en el punto 3.1. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 2 de enero de 2008, por tanto lo aseverado por la AFP no corresponde, toda vez que dicho artículo establece claramente la **información mínima** que debe considerar la AFP para el registro de Afiliados dependientes nuevos con cotizaciones en rezagos.

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 y la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013, ambas de 2 de enero de 2008, establecen lineamientos técnico legales, sin embargo, no especifica el procedimiento a seguir, para solucionar cotizaciones en rezago registradas con un número de documento de identidad incorrecto en rezago, correspondientes a Afiliados que no se encuentren registrados.

Dicho argumento no es válido, toda vez que el punto 3.2. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013, señala la documentación que las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben considerar para concretar el registro, luego de verificar la información mínima de cada Afiliado.

En ese entendido, se concluye que Futuro de Bolivia S.A. AFP incumplió lo establecido en el punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 2 de enero de 2008 y al numeral 3.1. del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 2 de enero de 2008.

2.3.2. Cargo Nº 3: Afiliación desde rezagos a dependientes nuevos cuya primera cotización fue realizada con posterioridad a la asignación de un NUA.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP al advertir que realizó veinticinco (25) Afiliaciones desde rezagos por períodos que fueron cotizados con posterioridad al registro en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

El Recurso Jerárquico justifica la actividad sancionada de su presentante, en el precedente administrativo de regulación financiera - Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2006 de 2 de marzo de 2006, cuando señala que:

> "*…podemos determinar que considera únicamente a Afiliados Dependientes (bajo dependencia laboral) e Independientes, sin realizar una mayor segmentación del primero de acuerdo al campo "Tipo de Trabajador" respecto a la codificación establecida en la Circular SPVS-IP-107/2001 de 15 de octubre de 2001.*
>
> *Asimismo* (…) ***demuestran que el NUA debe otorgarse al Afiliado bajo dependencia laboral, sin necesidad de la existencia de un primer pago de cotización***".

A este respecto, la precitada Resolución Jerárquica corresponde a un recurso jerárquico, con respecto al cual, ha dispuesto:

"*Revocar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, por medio de la cual se confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP No. 814 de 30 de septiembre de 2005, ambas dictadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, manteniendo* ***subsistente el Artículo Sexto (REGULARIZACIÓN DE NUA SIN APORTES)****, así como el ANEXO A y la Nota Técnica en lo referente al Artículo Sexto*…"

En ese sentido, el artículo sexto de la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, se refiere a establecer el proceso de regularización a ser cumplido por las AFP, para todos los registros de NUA sin aportes que a la fecha de emisión de la Resolución Administrativa SPVS IP N° 1027 de 18 de noviembre de 2005, se encontraren sin pago de cotización, primas y comisión al SSO.

El inciso a) del referido artículo sexto, establece que:

"…*Identificar los registros de NUA que no cuenten con al menos un aporte, para lo cual deberán previamente: i) Verificar en las Cuentas Patrimoniales del FCI (Cuenta Individual, Recaudación en Procesos,* ***Rezagos****, Cotizaciones en exceso de Afiliados, etc.,) de su AFP, si existen aportes*…"

El inciso b) del referido artículo sexto, dispone que:

"…*Concluidas las verificaciones y consultas, ambas AFP deberán hacer llegar a la Intendencia de Pensiones el detalle de los registros por tipo de afiliación y registro (Afiliados Independientes, Dependientes y* ***Dependientes con Rezago****)*…"

El inciso c) del referido artículo sexto, dispone que:

"*Sobre la base de los archivos remitidos a la Intendencia de Pensiones* ***las AFP deberán aplicar procedimientos vigentes***".

El último párrafo del punto III. 3 de la referida Resolución Jerárquica, establece que:

"…*el Artículo Sexto se mantiene subsistente en la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1027 de 18 de noviembre de 2005, así como el Anexo A y la Nota Técnica en lo que se le aplica,* ***salvo que el órgano regulador prevea su incorporación en una nueva Resolución o disponga nuevos mecanismos que lo efectivicen, en el ejercicio legitimo de su competencia***…"

Por lo que queda claro, que la materia que se está discutiendo, no es el procedimiento establecido en líneas arribas que por una parte refiere a Afiliaciones en procesos normales y por otra a aquellos casos de NUA sin aportes, sino concretamente a veinticinco (25) afiliaciones desde rezagos por períodos que fueron cotizados con posterioridad a la fecha de asignación de NUA, situación que impide a esta instancia jerárquica pueda emitir mayor pronunciamiento.

Asimismo, referente al argumento de la recurrente en sentido de que "*el no haber atendido la solicitud del empleador, quien mediante nota escrita reconoció su obligación de efectuar el pago de aportes. Para lo que se requería la asignación de NUA a sus dependientes; el pago de aportes por sus Dependientes no registrados necesariamente hubieran ingresado a la cuenta de Cotizaciones en Rezago*", no puede considerarse un argumento válido, pues la recurrente debe diferenciar el hecho concreto, ya que no se discute la Afiliación como tal -en sentido lato-, sino el procedimiento que debió seguir considerando que los casos correspondía a rezagos.

Por lo tanto la AFP no puede pretender justificar el incumplimiento a una norma establecida legítimamente por el Ente Regulador y la aplicación de la Administradora, en un procedimiento discrecional para cotizaciones en rezago, arguyendo otra normativa no aplicable al caso de autos.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES también señala que:

> "…*El procedimiento por el cual su Autoridad sanciona a nuestra Administradora, ha permitido que:* (…)
>
> *El empleador efectúe el pago de sus cotizaciones de forma correcta y sin errores, conociendo el NUA y la AFP en la que se encontraban registrados sus Dependientes, evitando de esta manera efectuar pagos a una Administradora distinta en a (sic) la que se encuentran registrados* (…)
>
> *Los dependientes registrados cuenten con una cuenta individual y un NUA asignado, a pesar de encontrarse ausentes al momento del Registro, donde se acrediten los aportes pagados por su empleador*…"

Con tal alegato, la recurrente pretende la aplicación de un procedimiento diferente al establecido por norma para la asignación de NUA a los casos observados, justificando los supuestos beneficios y facilidades en la aplicación de este procedimiento, tanto para Empleadores como para Afiliados; no obstante no puede constituirse en un argumento válido para justificar el incumplimiento a la norma, la cual establece un procedimiento específico para cotizaciones en rezago, cual ya se señaló precedentemente.

2.3.3. Cargo Nº 4: Falta de registro de las cotizaciones realizadas por los Empleadores en la Base de Datos de Rezagos.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo, el procedimiento aplicado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** fue incorrecto (la misma recurrente admite que evitó que los aportes "*antes de acreditarse a la respectiva cuenta individual deban acreditarse a la cuenta de cotizaciones en rezago de donde posteriormente sean levantadas*", confirmando, que no obstante al existir un procedimiento para el registro de aportes en las Cuentas Individuales a través de rezagos, aplicó otro en contravención de la norma).

Consiguientemente, debe concluirse que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** aplicó incorrectamente un procedimiento contrario a aquel claramente establecido para la afiliación de casos nuevos con aportes en rezagos, y reportó la afiliación de estos casos como dependientes nuevos con aportes en rezagos, teniendo pleno conocimiento de que no correspondían a esta categoría y que tampoco habían cumplido con los requisitos establecidos para una afiliación normal.

En ese sentido, las cotizaciones realizadas por los Empleadores de estos Afiliados no fueron registradas en la Base de Datos de Rezagos, por lo que al vulnerar uno de los requisitos para afiliación desde rezagos, no era correcto que la Administradora de Fondos de Pensiones hubiera procedido a afiliar a estas personas aplicando esta modalidad.

Además, pese a tener conocimiento de este procedimiento, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** tampoco procedió a realizar una afiliación normal en el caso de dependientes nuevos, pues considerando que contaba con la documentación pertinente tanto del Empleador como de sus trabajadores, el Formulario de Registro al Seguro Social Obligatorio no contaba con la suscripción de Afiliado, requisito indispensable para una afiliación normal, incumpliendo de esta manera también la normativa referida a este tipo de afiliación.

2.3.4. Cargo Nº 5: Inexistencia de información mínima y que determina la improcedencia del levantamiento de Rezagos.-

La recurrente señala también:

> *"…ninguno de los criterios de identificación de rezagos establecidos en el Artículo 39 de Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 considera la identificación de aportes en rezago que presenten un número de documento de identidad diferente al del Afiliado siendo que este se haya originado por malas declaraciones del empleador, situación ante la cual y teniendo constancia documental de que las cotizaciones en rezago correspondían al Afiliado, se utilizó un FOSACRE para el levantamiento de las cotizaciones e rezago a la Cuenta Individual respectiva, según se señala en el inciso a) del punto E del Artículo 3º.- de Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012…"*

Tal expresión, al considerar la identificación de aportes en rezago que presenten un número de documento de identidad diferente al Afiliado (siendo que este se haya originado por malas declaraciones del Empleador), confirma que no se contaba con la información suficiente para levantar los aportes en rezago de diciembre/2009 a marzo/2010 y acreditarlos a la Cuenta Individual del NUA 35893035, debido a que según lo establecido en el literal C del artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 02 de enero de 2008, debe existir coincidencia exacta en el número de documento de identidad para identificar un rezago con una Cuenta Individual.

A este respecto, no consta en el expediente que la recurrente hubiera elevado ninguna consulta al Ente Regulador, o que le hubiera solicitado la autorización para el levantamiento de aportes en rezagos.

Además, el Cargo imputado no se refiere al uso del Formulario FOSACRE, sin embargo, la Administradora de Fondos de Pensiones afirma que lo utilizó "*para el levantamiento de las cotizaciones e* (sic) *rezago a la cuenta Individual respectiva…*" (contradiciéndose después cuando señala que "en *ningún momento se utilizó el FOSACRE para la creación de un NUA*"). Es importante aclarar que la afiliación del NUA 35893035 fue realizada a través de la suscripción y sello del Formulario de Registro al Seguro Social Obligatorio por parte del Empleador.

2.4. Fundamento y respaldo a la preterintencionalidad en la conducta de la recurrente.-

Conforme los antecedentes precitados se han establecido las consiguientes imputaciones siguientes:

- Cargo N° 1: **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** procedió incorrectamente en la Afiliación desde Rezagos sin considerar que existían inconsistencias entre los datos registrados en el Formulario de Registro al Seguro Social Obligatorio (SSO) y la Solicitud de Registro presentada por los Empleadores de estos Afiliados con la Base de Datos de Rezagos, determinando su sanción con multa en Bolivianos equivalente a $us. 500,00 (QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al Punto C del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012 de 02 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.

- Cargo N° 3: **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** procedió a realizar a solicitud del Empleador, 25 (veinticinco) Afiliaciones desde rezagos por períodos que fueron cotizados con posterioridad a la fecha de asignación de NUA, para registrar a sus dependientes, completar los datos de su planilla y pagar las cotizaciones correspondientes; sin embargo, de acuerdo a norma, es requisito para el registro desde rezagos de Afiliados dependientes nuevos el contar con una o más Cotizaciones en Rezago, determinando su sanción con multa en Bolivianos equivalente a $us. 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 3° de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 2 de enero de 2008.

- Cargo N° 4: **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** procedió a la Afiliación de 10 (diez) NUA, a pesar de que los mismos no registraban Aportes en Rezagos, por lo que se la sancionó con multa en bolivianos equivalente a $us600,00 (SEISCIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 013 de 02 de enero de 2008.

- Cargo N° 5: En el caso del NUA 35893035, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** procedió a levantar los rezagos de los períodos de diciembre de 2009 a marzo de 2010, y acreditarlos en la Cuenta Individual del Afiliado, pese a que el número de Documento de Identidad no coincide con el número registrado en la fotocopia del Carnet de Identidad del Afiliado, dado lugar a

la sanción con multa en bolivianos equivalente a $us250,00 (DOSCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a la literal 'C' del artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 012 de 2 de enero de 2008 y al numeral 3.1 del artículo 3º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 013 de 02 de enero de 2008.

En el caso de los Cargos Nº 1 y Nº 3, las sanciones corresponden a las impuestas por la ahora Autoridad recurrida, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011, misma que en esa oportunidad impuso también las sanciones por los Cargos Nº 4 y Nº 5, los cuales han sufrido la modificación que determina la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 262-2011, quedando los mismos en la cuantía arriba señalada.

A este respecto, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, señala que:

> "…*A nuestro entender no se ha fundamenta* (sic) *ni respaldado la concurrencia de una conducta preterintencional por parte de Futuro de Bolivia S.A. que pueda justificar la calificación de gravedad leve en el presente caso, es decir, que no ha establecido de manera certera la realidad de los hechos imputados mediante la prueba, para determinar las razones o motivos que han incidido en la conducta de nuestra Administradora y que pudiera ser catalogada como Preterintencional*…"

La recurrente pretende que, en el marco de las Resoluciones pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, no se ha fundamentado y respaldado que los hechos sancionados superaron sus propósitos (preterintención), en relación a lo establecido por el artículo 286º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, que refiere:

> "…***ARTÍCULO 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD).*** *Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:* (…)
>
> *c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.*
>
> *d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado*…"

Entonces y a efectos de su aplicación, corresponde dejar establecido que la existencia de cargos y sus consiguientes sanciones (conforme lo establecido en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) importan que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** incurrió en conductas antijurídicas por los propósitos que constan en el memorial del Recurso Jerárquico:

- Cargo Nº 1: "…*no se podría registrar a los Afiliados que presenten cotizaciones en rezago con un número de documento de identidad distinto al de la Solicitud de*

Registro como Dependiente en Rezago…"

- Cargo N° 3: "*…el pago de aportes por sus Dependientes no registrados necesariamente hubieran ingresado a la cuenta de Cotizaciones en Rezago, no pudiendo entonces los Afiliados conocer de forma oportuna la información respecto a su Estado de Cuenta Individual, hasta que se haya regularizado su registro de manera posterior…*"

- Cargo N° 4: "*…evitando innecesariamente que los mismos antes de acreditarse a la respectiva cuenta individual deban acreditarse a la cuenta de cotizaciones en rezago de donde posteriormente sean levantadas…*"

- Cargo N° 5: "*…se utilizó un FOSACRE para el levantamiento de las cotizaciones en rezago a la Cuenta Individual respectiva, según se señala en el inciso a) del punto E del Artículo 3°.- de Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 012…*"

Tales extremos sin embargo, dieron lugar al **incumplimiento de las normas concretas que han sido señaladas**, incumplimiento sobre el que rige en nuestro sistema jurídico, el Principio abstracto de eficacia normativa, el que impide alegar su desconocimiento como excusa para su obligatoriedad y cumplimiento y que se halla expresado en el artículo 108°, numeral 1, de la Constitución Política del Estado: "*Son deberes de las bolivianas y los bolivianas:… 1. Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes*".

Entonces queda claro que, en la consecución de los motivos que inspiraron a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** a cometer los hechos sancionados, era la Afiliación y no así una consecuencia mayor a la prevista, cual es que sus actos importaban la infracción de la norma de rezagos, por tanto, acomodando su conducta evidentemente a la preterintencionalidad a la que hace referencia el mencionado artículo 286°, inciso c), del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y cuyo artículo siguiente, el 287° establece que la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción.

Por lo demás, la norma no determina montos precisos para cada sanción calificada, sino que concede al regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma.

Las disposiciones de los artículos 287° y 288° del Decreto Supremo N° 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, siendo aplicable lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 1464/2004-R, que establece que "*la discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada*".

Conforme a ello, es de tener en cuenta lo señalado por el artículo 288° del Decreto Supremo N° 24469, cuando dice que "*Las sanciones se aplicarán, por la Superintendencia, según la gravedad de la infracción, acción u omisión…*"

Asimismo, es de destacar que los extremos que fueron en su debida oportunidad determinados por la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 9 de junio de 2011 (sancionatoria), fueron parcialmente confirmados por la ahora recurrida Resolución Administrativa, es decir que las sanciones originales fueron modificadas, en ambos casos en decisiones debidamente fundadas conforme a la exigencia de los artículos 28º, inciso e), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE, la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 262-2011 de 25 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 060-2011 de 9 de junio de 2011.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODUCTIVIDAD Y COMERCIO S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 636/2011 DE 31 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 067/2011 DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 067/2011

La Paz, 09 de diciembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A.,** (en formación) contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 636/2011 de 31 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 540/2011 de 7 de julio de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 142 de 15 de noviembre de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 15 de septiembre de 2011, la Sra. María Eugenia Corcus Pérez, representante legal de los accionistas fundadores del **Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A.,** (en formación), tal como lo acreditan los Testimonios Poder Nº 968/2009 de 6 de noviembre de 2009 y Nº 729/2011, de fecha 01 de agosto de 2011, ambos extendidos ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 97 del Distrito Judicial de

Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 636/2011 de 31 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 540/2011 de 7 de julio de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 23 de septiembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A.,** (en formación) mismo que fue notificado el 30 de septiembre de 2011.

Que, el 11 de noviembre de 2011, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del **Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A.,**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 540/2011 DE 07 DE JULIO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 540/2011 de 07 de julio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

> ***"PRIMERO.-*** *Rechazar la solicitud de permiso de constitución presentada por la señora María Eugenia Corcus Pérez en representación legal de los accionistas fundadores del Fondo Financiero Privado denominado* ***PRO-COMERCIO (en formación).***
>
> ***SEGUNDO.-*** *De acuerdo con el artículo 8, Sección 3, Capítulo I, Titulo I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por la Jefatura de Finanzas de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, procédase a la devolución de la garantía de seriedad constituida a efectos de la solicitud, debiendo retenerse el 10% del total de capital e intereses, monto que será transferido al Tesoro General de la Nación (TGN).*
>
> ***TERCERO.-*** *Se encomienda a la Dirección General de Operaciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, efectivizar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución Administrativa, verificando y adoptando las medidas necesarias para su cometido."*

Los fundamentos esgrimidos en la Resolución Administrativa son:

> "(…)Que, *del análisis del Estudio de Factibilidad del FFP PRO-COMERCIO S.A.* ***(en formación),*** *se determinó que las observaciones realizadas y comunicadas al Fondo en notas ASFI/DNP/R-91109/2010 de 8 de septiembre de 2010, ASFI/DNP/R-118404/2010 de 11 de noviembre de 2010 y ASFI/DNP/R-22718/2011 de 25 de febrero de 2011, no fueron subsanadas en su totalidad; presentándose en consecuencia las siguientes conclusiones:*
>
> ***Mercados identificados y analizados***

- *La Ventaja Competitiva descrita en el documento no se encuentra fundamentada. Consecuentemente no se logra identificar los mecanismos innovadores para penetrar el mercado objetivo.*

Tecnologías en Operaciones activas y pasivas adoptadas para atender dichos mercados

- *La cobertura propuesta por **PRO-COMERCIO S.A. (en formación)** cuenta con limitaciones relacionadas a los puntos de atención y su enfoque de negocios, siendo que uno de los factores que inciden en la satisfacción del cliente, corresponde a la accesibilidad de oficinas para la atención de sus necesidades, más aun si la estrategia genérica definida por el Fondo **PRO-COMERCIO (en formación)** corresponde a "Liderazgo en Costos".*

- *Las operaciones de captaciones y colocaciones tienen su objetivo comercial en empresas relacionadas comercialmente con los inversionistas, lo cual expone un cuestionamiento sobre posibles operaciones vinculadas, aspecto no justificado por el Fondo **PRO-COMERCIO (en formación).***

Personal con Experiencia para alcanzar los supuestos y metas crediticias y financieras que sustentan la viabilidad del FFP

- *La variable "personal con experiencia", citado por la normativa como un elemento relevante, corresponde a una debilidad por parte de la entidad en formación, debido a que el tipo de funcionarios especializados en PYMES son altamente cotizados en el mercado y difícilmente accesibles por las ventajas en capacitación, remuneración, bonificación que poseen en las entidades líderes del mercado, aspectos que no son ofrecidos por el Fondo en formación.*

- *En las actualizaciones realizadas al documento proyecto no se tomaron los debidos recaudos para revisar la consistencia de los títulos, subtítulos y cuadros, así como la relación del texto con fechas y cifras. Este aspecto demuestra la falta de seriedad y dedicación en cuanto a su elaboración.*

- *Tanto en el escenario normal como en los escenarios de sensibilidad propuestos, en el Informe ASFI/DSR II/R-59385/2011 de 10 de junio de 2011, así como en el Estudio de Factibilidad, la viabilidad del proyecto depende del aporte de capital de los accionistas, recursos que no son justificados en las Declaraciones Juradas.*

Que, en consecuencia, del análisis y evaluación del Estudio de Factibilidad y demás documentación presentada por el Fondo, se establece que el mismo es insuficiente para cumplir con los criterios señalados en el Título I, Capítulo 1, Sección 3, Reglamento para la Constitución y Funcionamiento, en este caso, de Fondos Financieros Privados, incurriendo en la situación descrita en el artículo 7, numeral 6 de la señalada normativa regulatoria.(…)"

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 3 de agosto de 2011, el **Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A., (en formación)** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa

ASFI Nº 540/2011 de 7 de julio de 2011, señalando que las observaciones por las cuales se habría procedido al rechazo de constitución del fondo no fueron puestas en conocimiento por lo que las mismas no pudieron ser subsanadas que este hecho a su vez le genero indefensión, así como una vulneración al debido proceso, asimismo alega que la decisión del rechazo del fondo no se encuentran debidamente motivadas y fundamentadas no existiendo por ende un análisis técnico y adecuado en cuanto a ellas, del mismo modo observa la falta de notificación con los informes que respaldan las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 540/2011 de 7 de julio de 2011, que a su vez el Reglamento para la apertura de FFP fuera de1999, por lo que el mismo fuera contrario a la CPE y no se enmarcaría dentro de la Ley Nº 2341 del Procedimiento Administrativo y sus respectivos Decretos Supremos Reglamentarios DS. 27175, DS. 27113), por último en su petitorio solicita la suspensión de la ejecución de la cláusula segunda de la Resolución impugnada.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 636/2011 DE 31 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº 636/2011 de 31 de agosto de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó confirmar la Resolución ASFI Nº 540/2011 de 7 de julio de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

"…CONSIDERANDO:

Que el Informe ASFI/DSR II/R-82450/2011 de 10 de agosto de 2011, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgo II, sobre las observaciones de PROCOMERCIO manifiesta lo siguiente:

Fundamentos Técnicos del Recurso:

a) <u>Mercados Identificados y analizados</u>.-

El Informe Técnico ASFI/DSR II/R-82450/2011 de 10 de agosto de 2011, expone: "La aseveración "... nueva observación desconocida por PROCOMERCIO" no es evidente, debido a que mediante carta ASFI/DNP/R-91109/2010 de 8 de septiembre de 2010, se realizaron observaciones en cuanto a la consistencia del enfoque de mercado y las proyecciones financieras. En respuesta a dichas observaciones, con carta de 28 de septiembre de 2010, el Fondo remitió documentación de respaldo a fin de subsanar las observaciones realizadas por ASFI.

Efectuada la nueva revisión de los documentos enviados, se estableció que aún no se subsanaron las observaciones, las cuales se hicieron conocer al Fondo con carta ASFI /DNP/R-118404/2010 de 11 de noviembre de 2010.

En correspondencia a la nota ASFI/DNP/R-118404/2010, mediante carta ASFI/DNP/R-22718/2011 se reiteran las observaciones determinadas en la nota ASFI/DNP/R-91109/2010, debido a que las mismas no fueron subsanadas por el Fondo.

Finalmente, en el INFORME/ASFI/DSR II/R-59385/2011 de 10 de junio de 2011, en el acápite denominado Título V. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE RECHAZO A LA CONSTITUCIÓN DEL FONDO, se expresa "Asimismo, se anexa al presente informe el seguimiento de las observaciones realizadas y su correspondiente evaluación (Anexo 1)", mediante el cual se describen las observaciones realizadas y el seguimiento efectuado, evidenciándose en la página 1, referencia 2.e y página 2, referencia 1.c que la observación relacionada a la Ventaja Competitiva, al margen de los aspectos desarrollados en el proyecto presentado, no fue subsanada en ninguno de los documentos remitidos, debido a que no se responde el cuestionario básico para la formulación de la Ventaja Competitiva: ¿Qué factores críticos hacen que el Fondo se diferencie de sus competidores, satisfaga las necesidades de los clientes potenciales y generen las sostenibilidad del negocio, considerando la concentración del mercado objetivo?".

b) <u>Tecnologías en Operaciones activas y pasivas adoptadas para atender dichos mercados</u>.- *"La cobertura propuesta por PROCOMERCIO S.A. (en formación) cuenta con limitaciones relacionadas a los puntos de atención y su enfoque de negocios, siendo que uno de los factores que incide en la satisfacción del cliente, corresponde a la accesibilidad de oficinas para la atención de sus necesidades, más aún si la estrategia genérica definida por el Fondo (en formación) corresponde a "Liderazgo en Costos".*

Las operaciones de captaciones y colocaciones tienen su objetivo comercial en empresas relacionadas comercialmente con los inversionistas, lo cual expone un cuestionamiento sobre posibles operaciones vinculadas, aspecto no justificado por el Fondo".

El Recurso de Revocatoria presentado por PROCOMERCIO, argumenta textualmente dos aspectos que se describen a continuación:

Primer argumento.- *"Este punto representa una observación nueva de los técnicos de ASFI, que no fue comunicada a PROCOMERCIO".*

- *La aseveración "...este punto representa una observación nueva de los técnicos de ASFI, que no fue comunicada a PROCOMERCIO", no es evidente, debido a que mediante carta ASFI/DNP/R-118404/2010 de 11 de noviembre de 2010 se hacen conocer al Fondo diversas inquietudes entre las cuales se observa "No se presenta un cronograma de inversiones en nuevos puntos de atención, siendo que una de las justificaciones estratégicas corresponde a seguir un liderazgo en costos". En respuesta, el Fondo remitió nuevamente mediante nota de 17 de diciembre de 2010, el estudio de factibilidad con información complementaria realizada, a fin de subsanar lo observado. Asimismo, con nota ASFI/DNP/R-22718/2011 de 25 de febrero de 2011 se reitera la observación, bajo el siguiente texto "se establece que la entidad basará su estrategia de crecimiento y posicionamiento a través de la Estrategia Genérica de Liderazgo en Costos, implicando que existan factores sólidos de experiencia y generación de economías de escala, variables que no están suficientemente fundamentadas en el documento, lo cual señala inconsistencia entre la visión estratégica, la estructura organizacional y financiera del futuro fondo".*

Segundo argumento.- *"Los accionistas tienen conocimiento de lo establecido en el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por lo que no se pretende dar operaciones vinculadas, en todo caso el objetivo del fondo está orientado en aplicar estrategias comerciales con su mercado objetivo, para viabilizar una cartera de consumo. Por lo tanto el hecho de que el grupo de accionistas tenga una trayectoria ampliamente reconocida en círculos empresariales, no debe ser interpretado como un aspecto que vaya en contra de las normas vigentes y menos aún manifestar posible vinculación".*

➢ *"En la versión del Estudio de Factibilidad presentado por el Fondo Financiero Privado PROCOMERCIO (en formación) en fecha 30 de marzo de 2011, se refiere que el crecimiento de cartera es sustentado según la siguiente afirmación (página 187) "Las posibilidades para formar una masa crítica importante de cartera, igualmente se encuentran en* ***las empresas y negocios comerciales de los accionistas del Fondo.*** *Una base para la formación de cartera de consumo, principalmente, se encuentra entre los propios empleados de las empresas de accionistas, aspectos que se encuentran prohibidos por la Ley N" 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) artículo 50, inciso a) que textualmente establece: "Las entidades Financieras no podrán otorgar créditos a prestatarios o grupo prestatario vinculados a ellas.*

Asimismo, se debe considerar que mediante cartas ASFI/DNP/R-91109/2010 de 8 de septiembre de 2010, ASFI/DNP/11404/2010 de 11 de noviembre de 2010 y ASFI/DNP/R-22718/2011 de 25 de febrero de 2011, expresamente se requirió que el Fondo justifique la Red de Negocios con las que cuentan los Accionistas del Fondo, debido a que esta red se constituye, según el estudio de Factibilidad presentado por el Fondo en formación, en una fortaleza para sustentar el crecimiento de sus operaciones".

c) <u>Personal con experiencia para alcanzar los supuestos y metas crediticias y financieras que sustentan la viabilidad del FFP</u>-.

Primer argumento.- *"Este punto representa una observación nueva de los técnicos de ASFI, aspecto no comunicado a PROCOMERCIO".*

➢ *"El argumento presentado en el Recurso de Revocatoria no es evidente, debido a que mediante nota ASFI/DNP/R-118404 de 11 de noviembre de 2010 se hace conocer al Fondo en formación la siguiente observación".*

> *"(...) se requiere mayor explicación sobre los siguientes aspectos en el Estudio de Factibilidad: "No se exponen los cursos de acción para hacer frente a las debilidades definidas en los "Factores Internos del Fondo" (Pág. 165). (...)"*
>
> *Asimismo, mediante carta ASFI/DNP/R-22718/2011 de 25 de febrero de 2011, se reitera la observación, debido a que los mencionados "Factores Internos del Fondo", en el documento proyecto textualmente expresan lo siguiente: "Debilidades - Personal nuevo que, requiere de un proceso de identificación con la nueva empresa"*

Segundo argumento.- *"Esta recomendación será tomada en cuenta, sin embargo, consideramos que no constituye una causal fundada de rechazo del proyecto".*

- *"Se debe considerar que el Recurso de Revocatoria, en este punto asume que el Estudio de Factibilidad, presenta deficiencias en cuanto a la consistencia de los títulos, subtítulos y cuadros, así como la relación del texto con fechas y cifras; aspecto que no responde a solamente errores de forma, considerando la importancia del documento y su relevancia para autorizar la constitución de una nueva entidad financiera que en su momento podría administrar el ahorro público, del cual la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero está llamada a precautelar por orden constitucional".*

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los argumentos del recurso de revocatoria presentados por la señora María Eugenia Corcus Pérez en representación legal de los accionistas fundadores del Fondo Financiero Privado denominado PRO-COMERCIO (en formación), se ha establecido lo siguiente:

a) <u>Mercados Identificados y analizados</u>.-

De acuerdo al INFORME/ASFI/DSR II/R-59385/2011 de 10 junio de 2011, en el acápite denominado Título V. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE RECHAZO A LA CONSTITUCIÓN DEL FONDO, se expresa: "... la Ventaja Competitiva, al margen de los aspectos desarrollados en el proyecto presentado, <u>no fue subsanada en ninguno de los documentos remitidos</u> ..."

Se debe considerar que desde el marco técnico específico, los conceptos mínimos necesarios para analizar, identificar, cuantificar, diseñar y controlar variables de un Plan de Negocios son de conocimiento generalizado por los profesionales especializados en la temática, no requiriendo una guía adicional, labor que no es potestad de la Autoridad de Supervisión recayendo en los técnicos responsables del Fondo PROCOMERCIO S.A. (en formación).

b) <u>Tecnologías en Operaciones activas y pasivas adoptadas para atender dichos mercados.-</u>

Las operaciones de captaciones y colocaciones tienen un objetivo comercial en empresas relacionadas comercialmente con los inversionistas, lo cual expone un cuestionamiento sobre posibles operaciones vinculadas, aspecto no justificado por el Fondo.

Es importante señalar que la formulación estratégica responde a un análisis profundo de las necesidades a satisfacer, tecnologías a emplear para satisfacer las necesidades identificadas y adecuarlas a los clientes objetivo, todo ello bajo una caracterización de la estrategia genérica, que en el caso del estudio de factibilidad es "Liderazgo en

Costos", no evidenciándose cuáles son los factores críticos de éxito y su correspondiente gestión.

Asimismo, no existe una descripción estratégica para la generación de economías de escala y la distribución de los costos; por consecuencia reducción del precio al consumidor, característica esencial de este tipo de estrategia genérica.

Con relación al crecimiento de cartera, PROCOMERCIO, manifiesta en su Estudio de Factibilidad Económico - Financiero para la Constitución de Pro Comercio Fondo Financiero Privado S.A. (FFP), Págs. 186 y 187: "...una masa crítica importante de cartera se encuentra en las empresas de negocios comerciales de los accionistas del Fondo". "Una base para la formación de cartera de consumo, principalmente, se encuentra entre los propios empleados de las empresas de accionistas".

Expresamente, mediante notas referidas en párrafos anteriores, se solicitó a PROCOMERCIO justifique la Red de Negocios con las que cuentan los Accionistas, debido a que esta red se constituye, según el Estudio de Factibilidad, una fortaleza para sustentar el crecimiento de sus operaciones.

c) *Personal con experiencia para alcanzar los supuestos y metas crediticias y financieras que sustentan la viabilidad del FFP*.-.

El Estudio de Factibilidad presentado por PROCOMERCIO, expone como Debilidades (...) "Personal nuevo que, requiere de un proceso de identificación con la nueva empresa". Esta observación que, según PROCOMERCIO no fue le fue comunicado,(sic) esta evidentemente clara en la nota ASFI/DNP/R-118404/2010 de 11 de noviembre de 2010 que dice: "... se requiere mayor explicación sobre los siguientes aspectos inmersos en el Estudio de Factibilidad: - No se exponen los cursos de acción para hacer frente a las debilidades definidas en los "Factores Internos del Fondo".

En este sentido, al considerarse como una debilidad el personal nuevo y siendo un operador nuevo en el mercado, no se desarrollan las estrategias y tecnologías necesarias para minimizar el efecto de estas debilidades. Esta observación no fue razonablemente justificada en las versiones presentadas por PROCOMERCIO, ya que no se explicaron cuáles serán los cursos de acción cualitativos y cuantitativos referidos tanto a las debilidades del operador nuevo, así como el personal nuevo que cuente con experiencia.

CONSIDERANDO:

Que en el marco del Derecho Público Bancario, éste requiere una estricta regulación de las operaciones bancarias desde su nacimiento, razón por la cual el Reglamento de Apertura de Fondos Financieros Privados contiene lineamientos mínimos para que los particulares puedan acceder a una concesión del Estado para la Administración de Recursos del Público, lo que implica desarrollar criterios de valoración de cada uno de los atributos exigidos por la norma, por cuanto el Estado

ostenta una facultad discrecional que no importa arbitrariedad, la misma que se traduce en un marco reglado para el ejercicio de esa voluntad.

Que, la incongruencia alegada por PROCOMERCIO, por la no comunicación de las observaciones, no supone una operativa cíclica en la evaluación y comunicaciones reiterativas a ese Fondo. El Reglamento es claro al mencionar que ASFI evaluará y calificará la solicitud de permiso de constitución tomando en cuenta el Estudio de Factibilidad y los antecedentes de los fundadores respecto a su solvencia e idoneidad en la actividad financiera. En caso de tener observaciones, éstas serán comunicadas a los fundadores y recibidas las respuestas de estos dentro el plazo de 60 días, aprobará o rechazará la solicitud, mediante Resolución fundada. Contrario sensu, el trámite se prolongaría hasta que inevitablemente los fundadores por una razón cuantitativa y no cualitativa logren alcanzar los requisitos mínimos para hacerse con el permiso de constitución, lo que va en contra del espíritu de la norma y toda doctrina.

Que, con referencia al argumento de la supuesta conculcación del principio de verdad material, la recurrente no refiere el agravio sufrido, ya que la evaluación sobre la carencia de personal debidamente capacitado y con experiencia que ASFI supuestamente jamás solicitó, no guarda correlación con los antecedentes del trámite por cuanto del análisis técnico expuesto se evidencia lo contrario. Adicionalmente, la recurrente confunde el trámite reglado por un marco regulatorio específico con un proceso sancionatorio en el que evidentemente deben buscarse los hechos más allá de los evidentemente expuestos o mostrados en antecedentes (verdad Material).

Que, las entidades de intermediación financiera cumplen una labor considerada de interés público al constituirse en depositarios de los dineros del público. Por tal razón, al representar su autorización una concesión del Estado para utilizar estos dineros, la licencia para su funcionamiento debe suponer el estricto cumplimiento de los supuestos técnicos y legales, garantizando de esta forma su viabilidad y con ello la seguridad de los depósitos del público.

Que, del análisis y evaluación del Estudio de Factibilidad, modificados y presentados por el Fondo Financiero Privado PROCOMERCIO S.A. (en formación), se establece que el mismo incurre en la causal de rechazo, contenida en el Título I, Capítulo 1, Sección 3, artículo 7, numeral 6 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 15 de septiembre de 2011, el Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A., (en formación), presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 636/2011 de 31 de agosto de 2011, argumentado lo siguiente:

*"**ANTECEDENTES***

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) a través de lo dispuesto en la Resolución ASFI N°366/2010 de 17 de mayo de 2010, revocó la Resolución ASFI N°204/2010 de 19 de marzo de 2010, en razón a que el sustento de rechazo de la solicitud de constitución del FFP PRO-COMERCIO, se basaba en observaciones nuevas que no fueron puestas en conocimiento de los fundadores, por lo que se instruyó se proceda al reinicio del trámite de solicitud de constitución como Fondo Financiero Privado. Posteriormente, una vez reiniciado el trámite y presentados los descargos correspondientes por parte de PRO-COMERCIO, mediante Resolución ASFI N°540/2011 de 7 de julio de 2011 ASFI, resuelve rechazar la solicitud de permiso de constitución presentada por mi persona Señora María Eugenia Corcus Pérez, en representación legal de los accionistas fundadores del Fondo Financiero Privado denominado PRO-COMERCIO (En Formación).

Mediante memorial de 3 de agosto de 2011, el Fondo Financiero Privado PRO-COMERCIO (En Formación), interpone Recurso solicitando la revocatoria de la Resolución ASFI N°540/2011 de 7 de julio de 2011.

En fecha 31 de agosto de 2011, mediante Resolución ASFI N°636/2011, se resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto, confirmando la Resolución ASFI N°540/2011 de 7 de julio de 2011.

Mediante el presente memorial y de conformidad a los plazos previstos en la norma se presenta el Recurso Jerárquico, en el marco de lo expuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo H° 2341 de 23 de abril de 2002 y de su Decreto Reglamentario N° 27175 para el Sistema de Regulación Financiera.

SOBRE LA RESOLUCIÓN ASFI N°540/2011 DE 7 DE JULIO DE 2011

Las causales de rechazo establecidas en la Resolución ASFI N°540/2011, se resumen de la siguiente manera:

1. Mercados identificados y analizados

- *La ventaja competitiva descrita en el documento no se encuentra fundamentada*

2. Tecnologías en operaciones activas y pasivas adoptadas para atender dichos mercados.

- *La cobertura propuesta por PRO-COMERCIO cuenta con limitaciones relacionadas a los puntos de atención y su enfoque de negocios, siendo que uno de los factores que inciden en la satisfacción del cliente, corresponde a la accesibilidad de oficinas para la atención de sus necesidades.*
- *Las operaciones de captaciones y colocaciones tienen su objetivo comercial en empresas relacionadas comercialmente con los inversionistas, lo cual expone un cuestionamiento sobre posibles operaciones vinculadas.*

3. Personal con experiencia para alcanzar los supuestos y metas crediticias y financieras que sustentan la viabilidad del Fondo Financiero Privado.

- *La variable "Personal con experiencia", citada por la normativa como un elemento relevante, corresponde a una debilidad por parte de la entidad en formación, debido a que el tipo de funcionarios especializados en PYMES son altamente cotizados en el mercado y difícilmente accesible por las ventajas en capacitación, remuneración, bonificación que poseen en las entidades líderes del mercado, aspectos que no son ofrecidos por el Fondo en formación.*

- *No se tomaron los debidos recaudos para revisar la consistencia de los títulos, subtítulos y cuadros, así como la relación de texto con fechas y cifras.*

- *Tanto en el escenario normal como en los escenarios de sensibilidad propuestos, la viabilidad del proyecto depende del aporte de capital de los accionistas, recursos que no son justificados en las Declaraciones Juradas.*

Al emitir la Resolución ASFI N°540/2011 de 7 de julio de 2011 de rechazo de constitución del Fondo Financiero Privado se habrían evidenciado argumentos que ocasionaron el rechazo de la constitución del FFP, posteriormente ASFI, al confirmar dicha resolución y no dar curso a la indefensión alegada por el Recurso de Revocatoria, se estarían dando por bien hechas cada una de las actuaciones administrativas realizadas, no obstante, el cuadro siguiente demuestra las incongruencias que se tuvieron en cuanto a la notificación de las observaciones o causales de rechazo en la constitución del FFP, las mismas que están plasmadas en tres cartas que fueron puestas en conocimiento de mi persona como Representante Legal de los Socios fundadores y que a continuación se muestra de la (sic).

Nº	*OBSERVACIONES RESOLUCIÓN ASFI Nº 540/2011 DE 07/07/2011* *(RECHAZA LA SOLICITUD DE PERMISO DE CONSTITUCIÓN*	*CARTA ASFI/DNP/R-91109 DE 08/09/2010*	*CARTA ASFI/DNP/R-118404 DE 11/11/2010*	*CARTA ASFI/DNPR 22718 DE 25/02/2011*
1	*MERCADOS IDENTIFICADOS Y ANALIZADOS*			
1.1	*LA VENTAJA COMPETITIVA DESCRITA EN EL DOCUMENTO NO SE ENCUENTRA DOCUMENTADA* *CONSECUENTEMENTE NO SE LOGRA IDENTIFICAR LOS MECANISMOS INNOVADORES PARA PENETRAR EN EL MERCADO OBJETIVO*	*NO SE MENCIONA*		
2	*TEGNOLOGIAS EN OPERACIÓN ACTIVAS Y PASIVAS ADOPTADAS PARA ATENDER DICHOS MERCADOS*			
2.1.	*LA COBERTURA PROPUESTA POR PROCOMERCIO CUENTA CON LIMITACIONES RELACIONADAS A LOS PUNTOS* *DE ATENCIÓN Y SU ENFOQUE DE NEGOCIOS , SIENDO QUE UNO DELOS FACTORES QUE INCIDEN EN LA* *SATISFACIÓN DEL CLIENTE, CORRESPONDE A LA ACCESIBILIDAD DE OFICINAS PARA LA ATENCIÓN DE SUS*	*NO SE MENCIONA*		
	NECESIDADES, ,AS AÚN SI LA ESTRATEGIA GENÉRICA DEFINIDA POR EL FONDO CORRESPONDE AL LIDERASGO *EN COSTOS*			
2.2.	*LAS OPERACIONES DE CPTACIONES Y COLOCACIONES TIENE SU OBJETIVO COMERCIAL EN EMPRESAS*			
	RELACIONADAS COMERCIALMENTE CON LOS INVERCIONISTAS , LO CUAL EXPONE UN CUSTIONAMIENTO SOBRE	*NO SE MENCIONA*	*NO SE MENCIONA*	*NO SE MENCIONA*

	POSIBLES OPERACIONES VINCULAS, ASPECTO NO JUSTIFICADO POR EL Fondo Pro comercio			
3	*PERSONAL CON EXPERIENCIA PARA ALCANZAR LOS SUPUESTOS Y METAS CREDITICIAS* *Y FINANCIERAS QUE SUSTENYAN LA VIABILIDAD DEL F.F.P*			
3.1	*LA VARIABLE "PERSONAL CON EXPERIENCIA" CITADO POR LA NORMATIVA COMO UN ELEMENTO RELEVANTE,* *CORRESPONDE A UNA DEBILIDAD POR PARTE DE LA ENTIDAD EN FORMACIÓN, DEBIDO A QUE EL TIPO* *DE FUNCIONARIOS ESPECIALIZADOS EN PYMES SON ALTAMENTE COTIZADOS EN EL MERCADO Y DIFICILMENTE* *ACCESIBLES POR LAS VENTAJAS EN CAPACITACIÓN, RENUMERACIÓN, BONIFICACIÓN QUE POSEEN EN LAS* *ENTIDADES LÍDERES DEL MERCADO,ASPECTOS QUE NO SON OFRECIDOS POR EL FONDO EN FORMACIÓN*	*NO SE MENCIONA*	*NO SE MENCIONA*	*NO SE MENCIONA*
3.2	*EN LAS ACTUALIZACIONES REALIZADAS AL DOCUMENTO PROYECTO NO SE TOMARON LOS DEBIDOS RECAUDOS* *PARA REVISAR LA CONSISTENCIA DE LOS TÍTULOS,SUBTITULOS Y CUADROS, ASÍ COMO LA RELACIÓN DEL TEXTO* *CON FECHAS Y CIFRAS. ESTE ASPECTO DEMUESTRA LA FALTA DE SERIEDAD Y6 DEDICACIÓN EN CUANTO A SU ELABORACIÓN*	*NO SE MENCIONA*	*NO SE MENCIONA*	*NO SE MENCIONA*
3.3	*TANTO EN EL ESCENARIO NORMAL COMO EN LOS ESCENARIOS DE SENSIBILIDAD PROPUESTOS,* *EN EL INFORME ASFI/DSR II/R-59385/2011 DE 10 DE JUN 20ºº, ASÍ COMO EL ESTUDIO DE* *FACTIBILIDAD, LA VIABILIDAD DEL PROYECTO DEPENDE DEL APORTE DEL CAPITAL DE LOS ACCIONISTAS* *RECURSOS QUE NO SON JUSTUIFICADOS EN LAS DECLARACIONES JURADAS*	*NO SE MENCIONA*		

Las observaciones plasmadas en la carta ASR/DNP/R-91109/2010 de 8 de septiembre de 2010, fueron subsanadas en su totalidad, ya que como se puede apreciar en el cuadro precedente, ninguna de éstas fueron argumentos de rechazo de la Resolución ASFI N° 540/2011, dicho análisis se colige del hecho de que las subsiguientes cartas no hacen referencia a ninguno de los aspectos referidos en la carta ASFI/DNP/R-91109/2010. Las cartas ASFI/DNP/R-118404/2010 de 11 de noviembre 2010 y ASFI/DNP/R-22718/2011 de 25 de febrero de 2011, hacen referencia solo a los numerales 1.1 (Ventaja Competitiva), numeral 2.1 (Puntos de Atención), numeral 3.3 (Aportes de Capital), no haciendo mención a ninguna de las otras causales de rechazo establecidas en la Resolución ASFI N° 540/2011. Consecuentemente, se puede apreciar muy claramente que existen argumentos contenidos en la Resolución ASFI N° 540/2011, de rechazo que no están contenidas en ninguna de las tres cartas que pusieron en conocimiento de los socios fundadores, dando lugar a que los mismos no puedan subsanar las observaciones, encontrándose en un estado de indefensión absoluto.

Asimismo, se puede apreciar en el cuadro precedente que existen observaciones, en unos casos subjetivos y en otros casos formales.

Consecuentemente y una vez identificada la vulneración, corresponde hacer un análisis de los Principios en materia Administrativa los mismos que se encuentran reconocidos por el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, y que son la base en la que se asienta toda la estructura procedimental, por lo que su conculcación da lugar a la anulabilidad de la tramitación del proceso, aspecto también previsto en el artículo 36 de la referida norma.

SOBRE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El Principio de Congruencia tiene como precepto «Non debe valer el juicio que da el juzgador sobre cosa que no fue demandada ante él», así lo señala el autor Guasp, que determina que la congruencia consiste en aquella exigencia que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores del esquema: La pretensión y la decisión.- (Guasp, Derecho Procesal Civil, Madrid, ed. del Instituto de Estudios Políticos, tomo I, 1956).

Por otro lado Ricer puntualiza: «La congruencia exige correlación entre la decisión y los términos en que quedo oportunamente planteada la litis, comprende los siguientes aspectos:

***a)** Resolución de todas las pretensiones oportunamente deducidas.*
***b)** Resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas, o sea prohibido resolver pretensiones no ejercitadas.*
***c)** Aplicación de estas reglas a las cuestiones introducidas al debate por el demandado, o sea resolución de todas las cuestiones planteadas por el mismo y nada más que ellas".*

La congruencia es un principio procesal que hace a la garantía del debido proceso, que marcan al Juez un camino para poder llegar a la sentencia, y fijan un límite a su poder discrecional.

Una sentencia incongruente es arbitraria, pues excede la potestad de la Autoridad Administrativa juez, ya sea que decida más de lo reclamado, o menos de lo que fuera pedido, o sobre cuestiones no articuladas.

*En tal sentido, es necesario referirnos a la Sentencia Constitucional 0471/2005-R de 28 de abril de 2005, en la cual se señala: "Sobre el principio de congruencia, esta jurisdicción constitucional, en la SC 1312/2003-R, de 9 de septiembre, ha expresado la siguiente doctrina jurisprudencial: "(...) resulta menester referirnos a los alcances del **principio de congruencia,** que cobra relevancia en cualquier naturaleza de proceso, (...) siendo por tanto de mucha importancia en especial para este último sujeto procesal (Administrado), que a tiempo de asumir defensa se le haga conocer por qué se le está juzgando, de manera que sobre esa acusación él pueda desvirtuar la misma, alegando, proponiendo pruebas y participando en la práctica probatoria y en los debates, para lo que resulta obvio, que necesariamente debía conocer con antelación suficiente los delitos que se le acusaban, sin que la sentencia posteriormente pueda condenarle por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articular su estrategia exigida, como le garantizaba la Ley".*

*'(...) ello, supone necesariamente que la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación **sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido ante la posibilidad de defenderse;** (...) de modo que el tribunal no puede introducir en la sentencia ningún hecho en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación y el otro elemento vinculante para el tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación, de modo que*

el tribunal no puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar un grado de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por los acusadores y lo recogido por el tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación." (El resaltado es nuestro)"

DEBIDO PROCESO

Consecuentemente y como se lo señaló anteriormente, la conculcación al Principio de Congruencia se encuentra estrechamente vinculado con el ***Debido Proceso Administrativo,*** *el mismo que consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades administrativas deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico, sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios y contrarios a los principios del Estado de Derecho. Ello en virtud de que "toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentaras vigentes" (Corte Constitucional. Sentencia T-1341 del 11 de diciembre de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis).*

SEGURIDAD JURÍDICA

La Seguridad Jurídica es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se entiende y se basa en la ***«Certeza del Derecho»,*** *tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público. La palabra seguridad proviene de la palabra latina securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de secura) que significa estar seguros de algo y libres de cuidados. El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, no sólo establece (o debe establecer) las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si este último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la «certeza del derecho» que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente comunicados y publicados.*

Por la doctrina señalada, se puede identificar claramente que el Órgano Regulador vulneró el Principio de Congruencia, creando indefensión a los socios fundadores de PRO-COMERCIO, aspecto que acarrea la anulabilidad en materia administrativa.

SOBRE LA RESOLUCIÓN ASFI N°636/2011 DE 31 DE AGOSTO DE 2011

Con relación a los argumentos esgrimidos en la Resolución ASFI N°636/2011 de 31 de agosto de 2011, debemos referirnos a los siguientes aspectos:

1. La Resolución mencionada no hace referencia a todos los fundamentos expuestos en el memorial del Recurso de Revocatoria, aspecto que vulneraría los artículos 28 y 30 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que a la letra señalan: ***Artículo 28.*** *"Son elementos esenciales del Acto Administrativo los siguientes: e) Fundamento: Deberá ser fundamentado expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto".*

Artículo 30. *"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando: a) Resuelvan Recursos Administrativos" La motivación del acto administrativo, no solo debe versar sobre los argumentos de derechos, sino también sobre los hechos alegados por el recurrente en el memorial de Recurso de Revocatoria.*

En tal sentido, se tiene que la Resolución emitida no se encuentra debidamente motivada y fundamentada, aspecto que acarrearía la nulidad de la misma, prevista en el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

A continuación se desglosan los aspectos que no fueron referidos en la Resolución ASFI N°636/2011 de 31 de agosto de 2011 y que estaban contenidos en el memorial del Recurso de Revocatoria de 3 de agosto de 2011.

- *La falta de notificación con los Informes que respaldan las Resoluciones ASFI N° 540/2011 de 7 de julio de 2011 y ASFI N°636/2011 de 31 de agosto de 2011, ocasionó indefensión al no conocer a cabalidad los aspectos que originaron el rechazo en la tramitación de la autorización del Fondo Financiero Privado PRO-COMERCÍO, aspecto que la Resolución ASFI N° 636/2011 no analizo ni argumento motivación alguna.*

- *La incongruencia que señala la Resolución ASFI N°636/2011 (Página 10, cuarto párrafo), se refiere a la falta de comunicación de las observaciones que respaldan la resolución, haciendo referencia a que el trámite necesariamente debería tener un plazo perentorio, no obstante, lo que se solicita es congruencia entre las observaciones notificadas, las subsanadas y las que fueron causal de rechazo, aspecto que ASFI no tomo en cuenta al plasmar las notas ASFI/DNP/R-91109/2010 de 8 de septiembre de 2010, ASFI/DNP/R-118404/2010 de 11 de noviembre de 2010 y ASFI/DNP/R-22718/2011 de 25 de febrero de 2011, creando de esta forma indefensión a los socios fundadores de PRO-COMERCIO y que la Resolución mencionada no refiere entre sus fundamentos.*

- *El Recurso de Revocatoria hace referencia a que el Reglamento para la apertura de FFP data de 1999, por lo que no se enmarcaría en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y sus respectivos Decretos Supremos Reglamentarios (DS 27175 y DS 27113), aspecto que la Resolución mencionada no hace referencia alguna.*

- *Asimismo, el Recurso de Revocatoria hace referencia a la vulneración del Principio Fundamental reconocido por el inciso a) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por el cual se determina que el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad, refiriéndose a que el Órgano Regulador al emitir criterios subjetivos y sin fundamento técnico (Al referirse al personal con experiencia para alcanzar los supuestos y metas crediticias y financieras que sustentan la viabilidad del FFP), estaría desahuciando cualquier entidad en formación; argumento que la Resolución referida no toma en cuenta ni analiza en absoluto, dando lugar nuevamente a un acto administrativo sin motivación, argumento que nuevamente acarrea la anulabilidad del presente proceso.*

2. *Entre los argumentos que sustentan el Recurso de Revocatoria, esta la falta de notificación con los Informes que respaldan a las resoluciones emitidas en el presente trámite, es más, se debe señalar que en fecha 9 de septiembre de 2011, se solicitaron fotocopias legalizadas de la documentación que cursa en ASFI respecto al presente tema, específicamente de los Informes señalados, a fin de no agravar el estado de indefensión en el que ya se encuentran los socios fundadores, no obstante el regulador a la fecha no hizo entrega de los documentos solicitados.*

3. *Una de las observaciones incluidas en la Resolución ASFI N°540/2011 está referida a las actualizaciones y a los recaudos que se debe tomar en cuanto a la relación de fechas y cifras, aspecto que el Órgano Regulador observa señalando que existe falta de seriedad y dedicación; no obstante, de la revisión de la Resolución ASFI N° 636/2011 de 31 de agosto de 2011, se puede percibir inconsistencia en cuanto a la relación de fechas en la mención de la data de la Resolución ASFI N° 540/2011, al señalar en el Primer "CONSIDERANDO" de la página 1, que esta es de 3 de agosto de 2011, cuando en realidad es de 7 de Julio de 2011, refiriéndose además que esta fuere de la gestión 2010 cuando corresponde a la gestión 2011, aspecto que podría dar lugar a confusión al obtener información errada.*

SOBRE LA DISCRECIONALIDAD

La llamada Potestad Discrecional y la Potestad Reglada, es una teoría ampliamente utilizada por la Autoridad Pública, específicamente en nuestro país, en tal sentido corresponde realizar las siguientes precisiones recogidas por el Dr. Mario A. Pozas, de acuerdo a lo siguiente:

"La Administración Pública en el ejercicio de sus potestades regladas, se reduce a la constatación del supuesto de hecho definido en la ley de manera completa y a la aplicación en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Autoridad Pública, sino que ha de limitarse a lo previsto en la propia ley, es decir que la Autoridad Pública está obligada a cumplir lo que la norma jurídica le manda cuando se ve frente a una potestad reglada, no hay cabida aquí de un criterio subjetivo o valor discrecional de parte de la Autoridad Pública, para con el cumplimiento de la norma o mejor dicho con su forma de actuación, la potestad reglada es aquella mediante la cual la norma jurídica

predetermina concretamente la conducta que la norma ha de seguir, estableciendo la forma y el momento en el que ha de proceder; y por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva (...) se establece entonces una relación de subordinación, en la cual la A. P. actúa en base a una norma permisiva y dentro de los límites que la misma establece configurándose así, como garantía de los administrados ante posibles arbitrariedades de la autoridad, de manera tal que la valoración de los hechos o circunstancias que han de servir de base para la emisión del acto está predeterminada por la ley".

En este entendido se debe analizar sobre el alcance de la señalada doctrina, en efecto en el presente caso, se tiene que el Órgano Regulador ha realizado una valoración subjetiva en cuanto al uso de su discrecionalidad, como se explica en los dos casos desarrollados a continuación:

1. "Las operaciones de captaciones y colocaciones tienen su objetivo comercial en empresas relacionadas comercialmente con los inversionistas, lo cual expone un cuestionamiento sobre posibles operaciones vinculadas, aspecto no justificado por el Fondo PRO COMERCIO".

El memorial de 3 de agosto de 2011, menciona: "Los accionistas tienen conocimiento del Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por lo que no se pretende dar operaciones vinculadas, en todo caso el objetivo del fondo está orientado en aplicar estrategias comerciales con su mercado objetivo, para viabilizar una cartera de consumo". Adicionalmente, se debe señalar que el FFP PRO-COMERCIO (En formación), según su Proyecto de Factibilidad, define las siguientes estrategias a seguir:

- *Segmentación de mercado (Enfoque o Nicho de Mercado) y atención con productos y procesos enfocados a los clientes;*
- *Especialización de productos financieros orientados al servicio de las empresas comerciales pequeñas y medianas urbanas;*
- *Importante uso de tecnología informática y comercial;*
- *Escrupuloso control de costos, buscando el liderazgo en esta materia en el mediano plazo;*
- *Santa Cruz como ámbito geográfico de operaciones principales;*

Con relación a que el Estudio de Factibilidad expondría posibles operaciones vinculadas, se debe aclarar que dicho Estudio señala claramente "La estrategia competitiva pasa por la segmentación y selección de un nicho de mercado, que es ampliamente conocido e interrelacionado con el grupo inversor (Comercio pequeño y mediano a nivel urbano), incluyendo una oferta de productos y especialmente procesos, que se adaptan a los clientes, bajo precios admisibles", en tal sentido lo que el Estudio refleja es la interrelación comercial que existe entre el cliente y los inversores, no configurándose tal hecho como una vulneración al numeral b) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por lo que se realizó una apreciación subjetiva que no tiene asidero jurídico alguno.

2. "La variable personal con experiencia, citada por la normativa como un elemento relevante, corresponde a una debilidad por parte de la entidad en formación, debido a que el tipo de funcionarios especializados en PYMES son altamente cotizados en el

mercado y difícilmente accesibles por las ventajas en capacitación, remuneración, bonificación que poseen en las entidades líderes del mercado, aspectos que no son ofrecidos por el Fondo en formación".

Esta observación no corresponde ya que según la normativa vigente, recién a partir de la otorgación del Permiso de Constitución, el Fondo Financiero Privado tiene 180 días para presentar su plantilla de personal a nivel de los directores titulares, síndico, auditor interno y funcionarios de nivel gerencial, según los incisos 6 y 7, de la Sección 3, del artículo 9 "Licencia de Funcionamiento" del Capítulo i, Título I, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, esta norma no hace mención en cuanto a los funcionarios de menor rango, tal cual menciona la observación.

Por otro lado, el Estudio Técnico de Factibilidad, ya toma en cuenta los gastos de personal tal como se observa en el punto 2.5. Gastos de personal y otros, en el cual estas erogaciones se han establecido, no en forma genérica sino sobre la base de una discriminación puntual, de los empleados y profesionales de planta mencionados en el periodo de proyección, teniendo en cuenta los crecimientos esperados en términos de actividad, tanto crediticia como de captaciones y otros servicios.

Los valores de salarios surgen de datos extraídos de estadísticas y pesquisas de otras entidades similares a lo que será el Fondo.

Por lo expuesto anteriormente, se puede verificar claramente los gastos de personal área comercial incluida en los cuadros Nos. 57, 58 y 59 del Estudio Técnico de Factibilidad mismos que se encuentran inmersos, con la totalidad del personal que será integrante del Fondo en formación.

De los ejemplos enunciados, se puede apreciar que la Autoridad Administrativa ha sobrepasado con su potestad de aplicar la discrecionalidad ya que ha vertido criterios subjetivos que la norma y el marco legal no le permite toda vez que es clara al señalar cuál es el parámetro para su análisis.

Finalmente y con relación a la solicitud realizada en el memorial del Recurso de Revocatoria referida a la aplicación del artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175, es decir de la suspensión de la ejecución de la cláusula segunda de la Resolución impugnada en Recurso de Revocatoria, se debe señalar que el Órgano Regulador omitió pronunciarse sobre tal extremo, ocasionando una vez más perjuicio e inseguridad jurídica a los socios fundadores y vulnerando una vez más el procedimiento administrativo tramitado.

CONCLUSIONES

Del análisis técnico y legal realizado, se concluye señalando que al emitir la Resolución ASFI N°540/2011, se ha vulnerado el ***Principio de Congruencia, violando las garantías constitucionales del Debido Proceso y la Seguridad Jurídica y ocasionando indefensión*** *a los socios fundadores de PRO-COMERCIO, aspecto que acarrea además un daño económico considerable a los socios inversionistas, toda vez que las causales establecidas en dicha Resolución, no fueron puestas en conocimiento de los socios fundadores; adicionalmente la Resolución ASFI N°636/2011 no contiene la fundamentación ni la*

motivación requerida por la normativa vigente, vulnerando el Debido Proceso que debe regir al Procedimiento Administrativo.

Consecuentemente a lo citado, corresponde mencionar el artículo 44 del Decreto Supremo N°27175 Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera de 15 de septiembre de 2003, el mismo que señala: "La Superintendencia General del SIREFI (Actual Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), en Recurso Jerárquico, adicionalmente a las formas señaladas en el artículo anterior podrá resolver disponiendo la reposición de obrados con ***la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo o cuando*** *exista indefensión del recurrente"*

PETITORIO

Por lo expuesto y toda vez que las Resoluciones ASFI N° 540/2011 y ASFI N°636/2011 vulneran los derechos subjetivos e intereses legítimos de los socios fundadores, creando indefensión a los recurrentes, pido a usted la admisión del presente Recurso Jerárquico y la anulatoria del presente proceso administrativo, hasta la emisión de una nueva carta donde se ponga en conocimiento de los socios fundadores de PRODUCTIVIDAD Y COMERCIO las observaciones realizadas al Estudio Técnico de Factibilidad y se pueda realizar las correspondientes subsanaciones y ejercer plenamente el derecho a la defensa y proseguir con el presente trámite en el marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y demás normativa conexa."

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1 Falta de motivación y fundamentación.-

Con carácter previo a ingresar a los argumentos de fondo presentados en el memorial del Recurso Jerárquico, es necesario pronunciarse sobre las infracciones al procedimiento administrativo acusadas por el recurrente, referentes a la debida fundamentación, al constituir tal transgresión un acto determinante, para la decisión que debe adoptar cualquier juzgador en todos los ámbitos y en especial en el procedimiento administrativo.

Por lo que corresponde revisar dicha figura, importando traer a colación a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 022/2011 que determinó:

"El Principio de Motivación, conforme dicta la doctrina, la jurisprudencia, los precedentes administrativos y la propia normativa administrativa (Artículo 28, incisos b) y e), Artículo 16 de la Ley No. 2341, Artículo 17 parágrafo II, inciso d) del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175), determina que la Administración Pública se encuentra obligada a emitir los actos administrativos con la debida fundamentación, especificando de forma clara y específica los fundamentos por el cual emite su decisión.

Entonces, la motivación de todo acto administrativo, constituye el elemento esencial, consagrado en nuestra economía jurídica administrativa, que permite al administrado contar con la garantía y seguridad jurídica del proceso que se lleva, ya que le permite conocer de manera clara e inequívoca las bases por las cuales la Administración ha emitido su decisión.

Por lo que, en todo proceso administrativo y en especial en uno sancionatorio, conforme concluye uniformemente la doctrina, la motivación de los actos debe encontrarse en cada acto administrativo que se emita, ya que la fundamentación que motiva la imposición de la sanción, el carácter de la misma en relación a la infracciones cometidas, permitirá al administrado, poder ejercer correctamente el derecho a la defensa y poder advertir si se ha o no violado su derecho subjetivo o cumplido cabalmente la normativa.

Corrobora lo dicho, Wróblewski ("Sentido y Hecho" en el derecho, trad. Española, San Sebastián, 1988, p.61 y ss.) al decir:

" (...) El juez que no justifica sus propias decisiones en la motivación de la sentencia ejercita el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las garantías fundamentales del proceso, precisamente en la medida en que se sustrae al control externo de las razones por la que ha usado su poder de un modo determinado. El juez que ejercita democráticamente el poder del que dispone justifica sus propias elecciones exponiendo, en la motivación de la sentencia, las razones por las que ha adoptado esa decisión, y hace así posible el control crítico difuso sobre la manera como ha ejercitado su poder. Es claro, que a través de la motivación el juez demuestra la solidez, la legitimidad y la racionalidad de las decisiones".

Es así que la motivación al ser la garantía del administrado al debido proceso, obliga al regulador a otorgar decisiones fundadas o motivadas como se dijo, pero considerando todas y cada una de las peticiones del solicitante, recurrente, etc.

La falta de fundamentación o motivación de una o varias las peticiones o solicitudes o argumentaciones presentadas por el recurrente, viola el debido proceso y las garantías del administrado, por lo que la Administración Pública se encuentra obligada a atender ***todas*** *las solicitudes formuladas en los Recursos de impugnación, mediante pronunciamientos fundados y motivados de la aceptación o rechazo de las pretensiones solicitadas.*

Aplicando dicho precedente al caso concreto de autos, tenemos que la Resolución Administrativa ASFI N° 540/2011 de 7 de julio de 2011 –que origina el presente proceso-, determinó que las observaciones realizadas y comunicadas al fondo no fueron subsanadas en su totalidad presentándose en consecuencia las siguientes conclusiones:

"…Mercados identificados y analizados

- *La Ventaja Competitiva descrita en el documento no se encuentra fundamentada. Consecuentemente no se logra identificar los mecanismos innovadores para penetrar el mercado objetivo.*

Tecnologías en Operaciones activas y pasivas adoptadas para atender dichos mercados

- *La cobertura propuesta por **PRO-COMERCIO S.A. (en formación)** cuenta con limitaciones relacionadas a los puntos de atención y su enfoque de negocios, siendo que uno de los factores que inciden en la satisfacción del cliente, corresponde a la accesibilidad de oficinas para la atención de sus necesidades, más aun si la estrategia genérica definida por el Fondo **PRO-COMERCIO (en formación)** corresponde a "Liderazgo en Costos".*

- *Las operaciones de captaciones y colocaciones tienen su objetivo comercial en empresas relacionadas comercialmente con los inversionistas, lo cual expone un cuestionamiento sobre posibles operaciones vinculadas, aspecto no justificado por el Fondo **PRO-COMERCIO (en formación).***

Personal con Experiencia para alcanzar los supuestos y metas crediticias y financieras que sustentan la viabilidad del FFP

- *La variable "personal con experiencia", citado por la normativa como un elemento relevante, corresponde a una debilidad por parte de la entidad en formación, debido a que el tipo de funcionarios especializados en PyMES son altamente cotizados en el mercado y difícilmente accesibles por las ventajas en capacitación, remuneración, bonificación que poseen en las entidades líderes del mercado, aspectos que no son ofrecidos por el Fondo en formación.*

- *En las actualizaciones realizadas al documento proyecto no se tomaron los debidos recaudos para revisar la consistencia de los títulos, subtítulos y cuadros, así como la relación del texto con fechas y cifras. Este aspecto demuestra la falta de seriedad y dedicación en cuanto a su elaboración.*

- *Tanto en el escenario normal como en los escenarios de sensibilidad propuestos, en el Informe ASFI/DSR II/R-59385/2011 de 10 de junio de 2011, así como en el Estudio de Factibilidad, la viabilidad del proyecto depende del aporte de capital de los accionistas, recursos que no son justificados en las Declaraciones Juradas.."*

De lo transcrito se puede evidenciar que el análisis realizado por el Ente Regulador, no responde a un razonamiento lógico jurídico y esencialmente técnico, al no concentrar en el mismo el elemento esencial de la debida fundamentación, procediendo a una simple

enunciación de cuáles serían las partes del Estudio de Factibilidad que no hubieran sido subsanadas. Del mismo modo, en la revisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 636/2011 de 31 de agosto de 2011, el Ente Regulador hace un análisis escueto en cuanto a las observaciones que dieron lugar al rechazo, haciendo referencia sólo a que cada una de las observaciones hechas al Estudio de Factibilidad fueron de conocimiento del recurrente a través de diferentes cartas, limitándose a una simple enunciación.

Por lo tanto, se observa que las Resoluciones Administrativas ASFI N° 636/2011 de 31 de agosto de 2011 y ASFI N° 540/2011 de 7 de julio de 2011, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se encuentran debidamente motivadas y fundamentadas, toda vez que no existe una enunciación clara y concreta sobre las observaciones que fundan el rechazo a la constitución del Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A., (en formación), que no permite al recurrente tener en claro los motivos de rechazo dando inclusive a entender subjetividad en la decisión dada por la Autoridad.

Que en este punto es importante hacer referencia que dentro del expediente administrativo, se evidencia el Informe Técnico Legal ASFI/DSR II/R-59385/2011 de fecha 10 de junio de 2011 (Fs. 107 a 135), donde existe un análisis sobre cuáles habrían sido las causales para determinar el rechazo de la constitución del Fondo, sin embargo de ello la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero omite considerarlo y sólo lo enuncia dentro de su Resolución Administrativa ASFI N° 540/2011 de 7 de julio de 2011.

Sin embargo en el presente proceso al no haber sido plasmado en su integridad en el acto administrativo sujeto de impugnación, no puede ser tomado en cuenta por esta instancia jerárquica para su evaluación. Sin perjuicio de ello importara que este informe a su vez cuente con el respectivo análisis debidamente motivado y fundamentado y en apego estricto a la normativa.

Que, congruentemente con el análisis anterior, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha omitido una parte esencial del acto, cuál es la motivación, por cuanto las Resoluciones antes citadas, no cuentan con el sustento legal adecuado, actitud que ha dado lugar a que se le infrinja el derecho al debido proceso que le asiste al recurrente, al no saber de forma clara y puntual, los motivos técnicos debidamente fundamentados por los cuales se habría procedido al rechazo de la constitución del fondo y más aún cuando el proceso deviene de varias notas de entrega de observaciones y correcciones.

1.2 La Resolución Administrativa ASFI N° 636/2011 de 31 de agosto de 2011 omitiría referirse a los puntos establecidos en el Recurso de Revocatoria, hecho que hubiera causado indefensión y hubiera vulnerado el derecho al debido proceso y seguridad jurídica.-

De la revisión del Recurso de Revocatoria, presentado por el recurrente cursante en el expediente administrativo a Fs. 156, así como de la Resolución Administrativa ASFI N° 636/2011 de 31 de agosto de 2011, que resuelve el Recurso de Revocatoria se tiene que el ente regulador omite pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

- La falta de notificación con los informes que respaldan las Resoluciones Administrativas ASFI Nº 540/2011 de 7 de julio de 2011, y ASFI Nº 636/2011 de 31 de agosto de 2011.
- La Resolución Administrativa ASFI Nº 636/2011 de 31 de agosto de 2011, tiene una inconsistencia en cuanto a la data de la Resolución ASFI Nº 540/2011, al señalar en el primer considerando de la pág. 1 que esta es de 3 de agosto de 2011, cuando en realidad es de 7 de julio de 2011, refiriéndose además que esta fuera de la gestión de 2010, cuando corresponde a la gestión 2011.
- El Recurso de Revocatoria hace referencia a que el Reglamento para la apertura de FFP fuera de1999, por lo que el mismo no se enmarcaría dentro de la Ley Nº 2341 del Procedimiento Administrativo y sus respectivos Decretos Supremos Reglamentarios DS. 27175, DS. 27113), aspecto que la Resolución mencionada no hace referencia alguna.
- Se solicitó la suspensión de la ejecución de la cláusula segunda de la Resolución impugnada, misma que no mereció respuesta alguna por parte del ente regulador.

Sobre el tema es importante recordar al Ente Regulador, que todo acto administrativo, debe regirse en el marco del Principio de Congruencia, Debido Proceso y Derecho a la Petición, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración Pública deben ser fundamentadas respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición. El no haber considerado todos estos aspectos a tiempo de emitir resolución ha viciado el procedimiento administrativo.

1.3. En cuanto a la Discrecionalidad por parte del Órgano Regulador.-

El recurrente señala que el órgano de regulación habría realizado valoraciones subjetivas en cuanto al Estudio de Factibilidad, las mismas que no tendrían el respaldo jurídico y técnico adecuado, este hecho puede ser demostrado en los siguientes ejemplos:

> *"Las operaciones de captaciones y colocaciones tienen su objetivo comercial en empresas relacionadas comercialmente con los inversionistas, lo cual expone un cuestionamiento sobre posibles operaciones vinculadas, aspecto no justificado por el Fondo PRO COMERCIO.*
>
> *"La variable personal con experiencia, citada por la normativa como un elemento relevante, corresponde a una debilidad por parte de la entidad en formación, debido a que el tipo de funcionarios especializados en PYMES son altamente cotizados en el mercado y difícilmente accesibles por las ventajas en capacitación, remuneración, bonificación que poseen en las entidades líderes del mercado, aspectos que no son ofrecidos por el Fondo en formación".*

Por lo que, importa subsumirnos al precedente ya sentado y expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, en cuanto al tema de la discrecionalidad y potestad reglada, donde se determina:

> ***"La potestad reglada*** *es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la*

autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto "La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo".

Por el contrario, la ***potestad discrecional*** *otorga* ***un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración*** *un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos, ahora bien, el margen de libertad del que* ***goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal****, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterria, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.*

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. ***En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.***

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

Es importante distinguir a la ***discrecionalidad de la arbitrariedad,*** *estas categorías constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La* ***discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración. En este caso, la administración toma su decisión en atención a la complejidad y variación de los casos sometidos a su conocimiento, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la ley.*** *La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.*

Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos. Lo arbitrario está en contra del principio constitucional de seguridad jurídica, puesto que el administrado se ve imposibilitado de actuar libremente por el temor a ser sancionado por el simple capricho o antojo

de la autoridad, por lo tanto, la arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el derecho, sino mas bien, una definición que se halla fuera del derecho o, como se señala, una manifestación de poder social ajena al derecho. El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la ***motivación****, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una* ***motivación*** *a quien actúa al margen de la ley….*"

Que, el artículo 13 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), señala "*Al* ***evaluar y calificar la solicitud de permiso de constitución, la Superintendencia,*** *tomará en* ***cuenta el proyecto*** *y los antecedentes de los fundadores, respecto a su solvencia e idoneidad en la actividad financiera. La ex Superintendencia actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero,* ***podrá aprobar o rechazar la solicitud mediante resolución fundada."***

Que, el artículo 7 inc. 6) Título I, Capítulo 1, Sección 3, Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de los Fondos que dice "*…La SBEF,* ***rechazara mediante RESOLUCIÓN FUNDADA, las solicitudes que incurran en las siguientes situaciones: 6) Que el estudio de factibilidad económico- financiero no demuestre que se cuenta con mercados identificados y analizados, tecnologías en operación activas y pasivas adaptadas para atender dichos mercados y personal con*** *experiencia para alcanzar los supuestos y metas crediticias y financieras que sustentan la viabilidad del FFP…*"

Del análisis conceptual, *ut supra* y de la propia norma transcrita, tenemos que en el presente caso, es la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la llamada por ley para hacer la evaluación y calificación del Estudio de Factibilidad, **derivando en la aprobación o rechazo,** éste último cuando incurran en algunas de las causales determinadas en el artículo 7 y siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento. Sin embargo la discrecionalidad que cuenta, no implica arbitrariedad en las decisiones, las mismas que deben estar respaldadas legalmente.

Que el Ente Regulador no ha fundamentado debidamente su Resolución Administrativa, permitiendo que el recurrente considere que su rechazo se ha debido a la subjetividad y discrecionalidad de la Autoridad, por lo que, queda claro que se ha transgredido el debido proceso, siendo obligación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, fundamentar de forma clara y puntual sea la aceptación o en su caso el rechazo, y no permitir que el análisis sea librado por elementos subjetivos.

Sobre el tema, corresponde revisar el precedente ya sentado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010 referente al debido proceso se ha determinado:

"*…por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:*

"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "…el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señalo que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otra, señalando que:

"…En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable

pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)…."

Es así que, una vez cumplido a cabalidad el debido proceso, el Ente Regulador, deberá pronunciarse técnica y legalmente sobre la solicitud del Fondo Financiero Privado Productividad y Comercio S.A., (en formación), y determinar de manera cierta y evidente cuál es el motivo del rechazo, señalando la causal y desarrollándola, cual en derecho hubiera correspondido.

Por lo señalado, dentro de la competencia de esta instancia jerárquica respecto al control de legalidad del proceso administrativo seguido, detecta –conforme ya se señaló- que no se ha cumplido con el principio del Debido Proceso, fundamentación y demás preceptos y principios administrativos. Concluyendo que el Ente Regulador, no ha emitido la debida fundamentación y ni se ha pronunciado debidamente sobre cuales habrían sido las causas para el rechazo de la solicitud de Constitución del Fondo.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas llega a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha dado un cabal cumplimiento a los principios de la normativa administrativa, ni ha

cumplido el de debido proceso y seguridad jurídica por lo que, la resolución impugnada debe anularse, para que los vicios sean enmendados en estricta sujeción legal.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 540/2011 de 7 de julio de 2011 **inclusive**, debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa, en estricta observancia a los fundamentos determinados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
Ministro de Economía y Finanzas Públicas

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 DE 25 DE JULIO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 068/2011 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 068/2011

La Paz, 20 de diciembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de fecha 25 de julio de 2011 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 041-2011 de 18 de febrero de 2011, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 39/2011 de fecha 04 de octubre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 143/2011 de fecha 18 de noviembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 15 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente General, el señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder No. 563/2001 de

03 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de 25 de julio de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 041-2011 de 18 de febrero de 2011.

Que, mediante nota APS/DJ/2609/2011 con fecha de recepción 18 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de fecha 25 de julio de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 23 de agosto de 2011, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de fecha 25 de julio de 2011, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mismo que es notificado en fecha 29 de agosto de 2011.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. CARGOS IMPUTADOS.-

Por nota AP/DJ/DPC/3642/2010 de 29 de diciembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** con los siguientes Cargos:

> *"**I.- ANTECEDENTES.***
>
> *El Afiliado Gerardo Torrez Antezana con NUA 33071135, en fecha 24 de octubre de 2007, suscribió en Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Formulario de Solicitud de Retiros Mínimos en virtud al artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27543 de 31 de mayo de 2004. Una vez recepcionada la solicitud, la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) procesa la misma y realiza el primer desembolso el 28 de noviembre de 2007.*
>
> *En fecha 17 de diciembre de 2007, el Afiliado presenta en la Oficina Regional La Paz de Futuro de Bolivia S.A. AFP carta notariada, de 14 de diciembre de 2007, pidiendo el desistimiento de la Solicitud de Retiros Mínimos y solicitando la Devolución Total de sus aportes en un solo* (sic) *pago.*
>
> *Dicho pedido de desistimiento fue aceptado por la AFP, sin considerar que tal alternativa no existía en normativa relacionada al trámite de Retiros Mínimos.*
>
> *Futuro de Bolivia S.A. AFP luego de haber emitido el primer pago de Retiros Mínimos, suspende la emisión de los pagos siguientes. El 02 de abril de 2008, se genera un*

movimiento en la Cuenta Individual, la reversión del primer y único pago generado por Retiros Mínimos.

En fecha 30 de diciembre de 2008, el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, ante las anomalías en su trámite, presentó memorial a la ex- Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (ex - SPVS).

La ex - SPVS al haber tomado conocimiento de las notas y memoriales presentados por el Afiliado que en su momento no fueron de conocimiento de la Entidad Reguladora, reencaminó el procedimiento administrativo iniciado por el Afiliado, mediante Auto de 08 de enero de 2009, calificó la solicitud del Afiliado Gerardo Torrez Antezana en aplicación de los artículos 16 inciso h) y 42 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, disponiendo además, que Futuro de Bolivia S.A. AFP remita los memoriales presentados por el Afiliado y sus respectivas respuestas.

Una vez remitida la información por la AFP y la aportada por el Afiliado, mediante Auto de 21 de enero de 2009, el ente regulador dispuso la vista del expediente administrativo para su revisión por el Afiliado y terceros interesados, para que puedan en caso necesario requerir a la ex-SPVS la remisión de la documentación omitida para su inclusión.

Mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 079 de 13 de febrero de 2009, la ex - SPVS resuelve lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO ÚNICO.- I.** Pronunciarse respecto a la solicitud del Afiliado Gerardo Torrez Antezana, determinando la improcedencia del acceso a la devolución total por no cumplir los siguientes requisitos del Artículo 17 del Decreto Supremo N° 29537 de 1 de mayo de 2008:*
>
> - *Contar con menos de 180 aportes, en el Sistema de Reparto y en el SSO.*
> - *Tener una pensión referencial menor al setenta (70%) del Salario Mínimo Nacional.*
>
> *Al no existir procedimiento para el Desistimiento a tiempo de la solicitud por parte del Afiliado, la AFP debe reconducir el trámite desembolsando en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, de notificada la presente Resolución Administrativa, el devengado desde fecha de solicitud hasta el mes de enero/2009 inclusive, salvo pronunciamiento expreso por parte del Afiliado, en cinco (5) días hábiles administrativos de la respectiva notificación, acogiéndose al Artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 229 de 4 de marzo de 2008.*
>
> ***II.** La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, Iniciará el procedimiento administrativo correspondiente contra Futuro de Bolivia S.A. AFP,*

en el evento de corroborarse los indicios de infracción a la normativa de pensiones. "

Por los antecedentes expuestos, la Autoridad Reguladora detectó indicios de incumplimiento a la normativa vigente por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP.

II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS:

Cargo N° 1.

Existen indicios de incumplimiento al artículo 31 incisos a), n) y s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009 de 23 de diciembre de 1998, al haber advertido que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el trámite del NUA 33071135 aceptó el desistimiento del mismo solicitado por el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, sin considerar que tal alternativa no existía en normativa relacionada al trámite de Retiros Mínimos.

Posteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP luego de haber emitido el primer pago de los Retiros Mínimos, el 28 de noviembre de 2007, suspende incorrectamente la emisión de los pagos subsiguientes, no habiendo generado más débitos de la Cuenta Individual.

Asimismo, en fecha 02 de abril de 2008, se genera el movimiento de reversión del primer y único pago generado por Retiros Mínimos.

Cargo N° 2.

Existen indicios de incumplimiento al artículo 31 inciso a) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 142 y 143 inciso i) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al haber advertido que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el trámite NUA 33071135, no respondió a las cartas y memoriales presentados por el Afiliado en las siguientes fechas:

- *18 de abril de 2008 nota.*
- *25 de abril de 2008 nota.*
- *25 de abril de 2008 memorial.*
- *30 de junio de 2008 memorial.*
- *15 de agosto de 2008 memorial.*
- *28 de agosto de 2008 memorial.*
- *22 de octubre de 2008 memorial.*

Eludiendo la obligación y responsabilidad que le asiste por normativa vigente, para la atención inmediata a las consultas y requerimientos realizados por el Afiliado.

Además se observó que el 28 de agosto y el 22 de octubre de 2008, el Afiliado presentó memoriales a la Oficina Regional de Futuro de Bolivia S.A. AFP, el primero

signado como REVOCATORIA y el segundo como RECURSO JERARQUICO, los mismos no tuvieron respuesta al Afiliado ni tampoco fueron puestos en conocimiento del ente regulador."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP, mediante nota FUT.AP.BEN. 0221/2011 de 04 de febrero de 2011, presentada en la misma fecha, respondió a los cargos, conforme lo transcrito a continuación:

"***Con relación al Cargo N° 1.***

a) *En cumplimiento al marco normativo vigente de Retiros Mínimos, nuestra AFP recibió la solicitud N° RMS-0000012458 en fecha 24 de octubre de 2007, procesándola y disponiendo la emisión de contrato y pago en forma oportuna desde el 28 de noviembre de 2007.*

b) *El artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009/98 estable (sic) "**Una vez firmado el contrato, la AFP procederá al pago de los Retiros Mínimos**... "(las negrillas y el subrayado son nuestros). En el caso objeto de controversia, el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, no suscribió su contrato de Retiros Mínimos sino hasta el 4 de marzo de 2009. Por lo que la reversión del único pago emitido y la no emisión de pagos posteriores, no es incorrecta como aprecia su Autoridad en la nota de cargos de referencia; ya que, como requisito sine cua non para el pago, se requiere la firma del contrato.*

c) *Ante la imposibilidad normativa de efectuar la devolución del saldo de la Cuenta Individual en un solo* (sic) *pago, el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, se negó a firmar el contrato de Retiros Mínimos, solicitando luego mediante carta notariada, el retiro y dejar sin efecto la solicitud firmada el 24 de octubre de 2007, bajo el argumento de que siendo una cuestión de acción voluntaria no esta* (sic) *obligado a mantenerla por su propio interés y derecho.*

d) *Que por la solicitud planteada por el Afiliado, y al no existir en ese momento un procedimiento específico para el desistimiento de solicitudes de Retiros Mínimos, nuestra Administradora ha utilizado por analogía el procedimiento establecido por el artículo 4° del Anexo I de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 474 de 25 de julio de 2007, que establece la posibilidad de desistir de la solicitud, aun* (sic) *cuando se cumplan requisitos hasta antes de la firma del contrato, en el entendido que no se puede obligar a un Afiliado a proseguir ningún trámite en el SSO, por cuanto ésa decisión es una manifestación de su libre albedrío.*

e) *Por determinación del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 079 de 13 de febrero de 2009 y al no existir procedimiento para el desistimiento, se instruye a nuestra AFP reconducir el trámite desembolsando el devengado desde la fecha de solicitud hasta el mes de enero de 2009, salvo pronunciamiento expreso del Afiliado. Nuestra AFP procedió según lo ordenado por la citada*

Resolución Administrativa, y como una no objeción y en señal de conformidad el Afiliado suscribe el contrato de Retiros Mínimos en fecha 4 de marzo de 2009, por lo que nuestra AFP dispone el pago respectivo.

De los argumentos arriba vertidos su Autoridad podrá evidenciar que nuestra Administradora se ha conducido dentro de lo prescrito por el artículo 31 incisos a), y s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996; y, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 toda vez que ha prestado el servicio al Afiliado Gerardo Torrez Antezana dentro de los plazos que otorgaba la normativa vigente de Retiros Mínimos. Asimismo no se ha vulnerado lo establecido por el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009/98 toda vez que al no haberse suscrito el contrato de Retiros Mínimos por negativa del Afiliado, no correspondía emitir ni proseguir con los pagos, independientemente de la solicitud de desistimiento o retiro de trámite efectuada por el Afiliado Gerardo Torrez Antezana mediante carta notariada, antes de la firma de su contrato.

Con relación al Cargo N° 2.

a) *Nuestra Administradora, presto (sic) el servicio y asesoramiento requerido por el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, sin embargo de ello, este (sic) no entendió los alcances del marco normativo vigente para la devolución de aportes de la Cuenta Individual a través del trámite de Retiros Mínimos manteniendo firme su resolución de obtener el saldo de su cuenta Individual en un solo* (sic) *pago, por lo que sobre la base de las respuesta (sic) que se le dio por escrito, y particularmente sobre la otorgada mediante nota GR.LP.SC. 4179/2008 de 26 de agosto de 2008 (en la cual se le explica el marco normativo por el cual no se puede atender su requerimiento de pago global), éste decidió interponer recursos de REVOCATORIA y posteriormente RECURSO JERÁRQUICO contra la citada nota y el rechazo a su solicitud de pago global.*

b) *Es importante aclarar que de acuerdo a lo establecido por el artículo 37 del Decreto Supremo N° 27175, los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales y que a criterio del interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos; asimismo el artículo 47 del mismo cuerpo normativo establece que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales; y en la misma línea en artículo 57 establece que el recurso jerárquico se lo presentará ante el mismo Superintendente Sectorial que dictó la resolución recurrible. Por lo que de acuerdo a lo establecido por el artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no teníamos competencia para pronunciarnos sobre el tema, más aun* (sic) *cuando el acto recurrido es una nota mediante la cual comunicamos al Afiliado que no podemos atender su requerimiento de pago global o único, debido a que no existe un marco normativo que así lo permita, por lo que dicha nota en sí misma, no se constituye en un acto administrativo al no emanar de la Autoridad competente de Administración Pública.*

c) El motivo por el que los mencionados memoriales de recursos no fueron corridos en traslado a la ex -SPVS o AP en su momento, obedecen principalmente a que en anterior oportunidad, cuando se presento (sic) *un recurso de revocatoria contra una nota emitida por nuestra Administradora de Fondos de pensiones* (sic) *y este fue corrido en traslado a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ésta manifestó que NO corresponde su pronunciamiento sobre el caso (se adjunta en 5 fojas, recurso de revocatoria, nota de envío a la ex SPVS y respuesta de la misma sobre el caso al que se hace referencia).*

En el presente caso nuestra AFP ha actuado dentro del marco de la legalidad y ha cumplido con todas las previsiones de orden legal; desarrollando sus actividades con todo el cuidado exigible a un buen padre de familia, en cumplimiento a lo prescrito por el artículo 31, incisos a), n) y s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; y el articulo (sic) *9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009/98 de 23 de diciembre de 1998, motivo por el cual solicitamos a su Autoridad ser (sic) sirva desestimar los cargos imputados."*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/DPC/N° 041-2011 DE 18 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 041-2011 de fecha 18 de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis de carácter técnico y jurídico de las alegaciones del regulado en sus descargos, y aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, corresponde señalar lo siguiente.

AL CARGO N° 1

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar que en el trámite de Retiros Mínimos correspondiente al Afiliado Gerardo Torrez Antezana, aceptó el desistimiento del mismo, sin considerar que esta alternativa no se encuentra prevista en norma. Posteriormente, la AFP luego de haber emitido el primer pago de Retiros Mínimos, el 28 de noviembre de 2007, suspende incorrectamente la emisión de los pagos siguientes, no habiendo generado más débitos de la Cuenta Individual del Afiliado. Asimismo, en fecha 02 de abril de 2008, se genera el movimiento de reversión del primer y único pago generado por Retiros Mínimos.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en los descargos señala que recepcionó la Solicitud de Retiros Mínimos en fecha 24 de octubre de 2007, procesándola y disponiendo el primer pago el 28 de noviembre de 2007.

Al respecto, es preciso hacer referencia a lo determinado por el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009/98 de 23 de diciembre de 1998, que establece:

> ***"ARTÍCULO 9 (PAGO DE RETIROS MÍNIMOS)***
>
> *Una vez firmado el contrato, la AFP procederá al pago de los Retiros Mínimos equivalentes al setenta por ciento (70%)... hasta que el Capital Acumulado se agote...."*

Por tanto, la normativa determina expresamente que una vez firmado el contrato de Retiros Mínimos el regulado debe proceder con los pagos; sin embargo en el presente caso, la AFP no considero (sic) *este aspecto.*

Asimismo, se tiene que en fecha 17 de diciembre de 2007, el Afiliado presenta a la Oficina Regional La Paz de Futuro de Bolivia S.A. AFP carta notariada de fecha 14 de diciembre de 2007, solicitando lo siguiente:

> *"De mi consideración:*
>
> *Para fines legales mediante la presente carta notariada RETIRO Y DEJO SIN EFECTO la supuesta solicitud de Retiros Mínimos según formulario que fue inducido a firmar en fecha 24 de octubre del presente año N° RMS-0000012458, así como la nota igualmente firmada por inducción de fecha 24 de octubre de 2007.*
>
> *Este retiro lo hago en virtud de tratarse, en el fondo, de una cuestión de acción voluntaria y que no estoy obligado a mantener por ser asunto* (sic) *de propio interés de derecho.*
> *Al contrario, reitero mi autentica (sic) solicitud que formulé de DEVOLUCIÓN DE MIS APORTES PROPIOS en su totalidad y que fueron descontados en el Consejo de la Judicatura y entregados a FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP. "*

De acuerdo a los antecedentes que cursan en el expediente, la solicitud de desistimiento por parte del Afiliado, es aceptada por la AFP sin considerar que tal alternativa no existía en normativa alguna relacionada al trámite de Retiros Mínimos. Pese a ello, sin que medie respuesta formal alguna al Afiliado, aceptando o rechazando lo solicitado, la AFP da por procedente el pedido y coloca el sello de "DESISTIDO" en el ejemplar del formulario de Solicitud de Retiros Mínimos que consta en los antecedentes, no proporcionando copia alguna al interesado.

Cabe señalar, que la posibilidad del desistimiento en esa oportunidad no existía en el procedimiento de Retiros Mínimos, sino hasta la emisión de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 229 de 04 de marzo de 2008. Sin embargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP admite que al no existir en ese momento un procedimiento específico para el

desistimiento de solicitudes de Retiros Mínimos, por analogía recurrió al procedimiento establecido por el artículo 4 del Anexo I de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 474 de 25 de julio de 2007, normativa que posibilita desistir la solicitud, aún cuando se cumplan requisitos antes de la firma del contrato, en el entendido que no se puede obligar a un Afiliado a proseguir ningún trámite en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por cuanto esa decisión es una manifestación de su libre albedrío.

Al respecto, del análisis del artículo 4 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 474 de 25 de julio de 2007, establece:

> ***"ARTICULO 4º (VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS)***
>
> *Si antes de suscribir el Contrato de Jubilación, el solicitante decidiera no continuar con el trámite de Jubilación pese a cumplir con los requisitos, debe presentar a la AFP donde el Afiliado está registrado una nota solicitando el desistimiento del trámite. Recibida la nota la AFP sellará el Formulario de Solicitud con la palabra "DESISTIDO" y registrará el caso como "Desistido". En un plazo de ocho (8) días hábiles administrativos notificará al Solicitante para devolver los documentos presentados y copia del Formulario de Solicitud de Jubilación, debiendo quedarse con el original del Formulario y copia de la documentación. ..."*

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la normativa aludida por la AFP, hace referencia al desistimiento, pero en el trámite de Jubilación, para aquellos casos en los que aún no se habría suscrito el Contrato de Jubilación, por tanto, la señalada norma no aplica a trámites de Retiros Mínimos, consecuentemente el argumento del regulado no es válido para enervar el hecho imputado.

Asimismo, se recuerda al regulado que la utilización de la analogía dentro de los trámites del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, no aplica como un mecanismo por el cual pueda resolver los casos que se encuentran bajo su responsabilidad; sino que por norma, la AFP está obligada a prestar sus servicios, en el presente caso, pagando las obligaciones generadas a favor del Afiliado de acuerdo a la Ley y sus reglamentos, así lo establece el artículo 31 incisos a,), n) y s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

Con respecto a la imposibilidad de obligar al Afiliado de proseguir un trámite en contra de su voluntad; evidentemente esta aseveración se ve respaldada en virtud a que el Afiliado o sus Derechohabientes, pueden de manera voluntaria acceder a la modalidad de Retiros Mínimos, conforme lo señala el artículo 23 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004. Sin embargo, ante la falta de normativa para el desistimiento del trámite de Retiros Mínimos antes de la suscripción del contrato, la AFP tenía la obligación de recurrir al ente regulador siendo la Entidad competente que controla, supervisa y cuenta con la atribución de normar todos los aspectos relacionados a la Seguridad Social de largo plazo; aspecto que no fue considerado

por la AFP, realizando un procedimiento al margen de la norma y sin el conocimiento de la Autoridad competente.

Por otra parte, la AFP hace referencia al artículo único de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 079 de 13 de febrero de 2009, indicando que procedió según lo instruido en la mencionada Resolución, teniendo como resultado la suscripción del contrato de Retiros Mínimos por parte del Afiliado en fecha 04 de marzo de 2009, por lo que la AFP dispuso el pago retroactivo conforme la señalada norma. Al respecto, corresponde señalar que citada (sic) *norma instruye la reconducción del trámite, desembolsando el devengado desde la fecha de solicitud hasta el mes de enero/2009 inclusive, confirmándose de esta manera que la AFP equivocó el procedimiento realizado, para el presente caso.*

Por lo expuesto, se advierte que Futuro de Bolivia S.A. AFP no presentó suficientes elementos que puedan desvirtuar el presente cargo imputado, correspondiendo su sanción.

AL CARGO N° 2

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, al evidenciar que no dio respuesta a las cartas y memoriales presentados por el Afiliado, eludiendo de esta manera la obligación y responsabilidad de atender de forma inmediata las consultas y requerimientos realizados por el Afiliado. Asimismo, se observó que en fecha 28 de agosto y el 22 de octubre de 2008, el Afiliado presentó memoriales a la Oficina Regional de Futuro de Bolivia S.A. AFP, el primero de REVOCATORIA y el segundo de RECURSO JERÁRQUICO, los mismos no tuvieron respuesta al Afiliado ni tampoco fueron puestos en conocimiento del Ente Regulador.

Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta que prestó el servicio y asesoramiento requerido por el Afiliado remitiéndole respuesta escrita mediante nota GR.LP.SC. 4179/2008 de 26 de agosto de 2008. Al respecto, se recuerda a la AFP la obligación de atender todas las solicitudes de información y reclamos presentados por el ó los Afiliados.

La AFP también señala en sus descargos que, el Afiliado no habría entendido los alcances del marco normativo vigente, para la devolución de aportes de la Cuenta Individual; sin embargo, esta aseveración no tiene sustento legal ni probatorio, para poder establecer lo referido por el regulado.

Asimismo, de la documentación que cursa en el presente caso, se advierte que las notas GR.LP.SC.1250/2008 de 13 de marzo de 2008 y GR.LP.SC.4179/2008 de 26 de agosto de 2008, guardan un mismo contenido; pero además se observa que no brindan una explicación clara respecto a los requerimientos realizados por el Afiliado, siendo obligación de la AFP, como representante de los Afiliados, orientar al mismo en función a los intereses que le sean más favorables. Bajo ese análisis, la AFP al emitir dos notas con un mismo tenor, no orientaron debidamente al Afiliado, para que éste

cuente con la información suficiente para que pueda tomar una decisión dentro del marco de la normativa.

Asimismo la AFP señala que, una vez recibida la nota GR.LP.SC. 4179/2008 de 26 de agosto de 2008, el Afiliado decidió interponer Recurso de Revocatoria y posteriormente Recurso Jerárquico, señalando que los mencionados memoriales no fueron puestos en conocimiento de la ex - Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) debido a que en anterior oportunidad, cuando se presentó un recurso de revocatoria, la ex SPVS manifestó que no correspondía el pronunciamiento del ente regulador.

Al respecto, corresponde señalar que la AFP como buen padre de familia debió procesar todos los reclamos que le fueron presentados por el Afiliado, sin discriminar ninguno de ellos. Asimismo, con respecto al documento presentado como descargo, de la verificación del mismo, se advierte que se trata de la presentación de un "Recurso de Revocatoria al Rechazo de la Solicitud de Pensión de Invalidez en el trámite NUA 3183063" realizado por la AFP mediante nota GR.LP.SC.3314/07 de fecha 29 de agosto de 2007, nota que posteriormente fue remitida a la ex SPVS, mediante nota FUT-SUP-BEN 2780/2007 de 10 de septiembre de 2007.

Al considerarse importante la respuesta realizada por la ex - SPVS se transcribe parte de la nota SPVS/IP/DPSSO/3050/2007 de 12 de septiembre de 2007:

> *"Al respecto, comunico a usted que considerando que la nota GR.LP.SC.3314/07 de fecha 29 de agosto de 2007, mediante la cual el apoderado del Afiliado manifiesta su desacuerdo, ha sido emitida por su AFP, no corresponde que esta SPVS se pronuncie al respecto.*
>
> *En este sentido, la AFP a su cargo, encargada de la administración de las prestaciones de invalidez y muerte por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, debe dar respuesta a la nota presentada a su Administradora y orientar al Afiliado respecto a su trámite." (El subrayado es nuestro).*

De lo expuesto, se puede colegir que la ex SPVS en esa oportunidad instruyó a la AFP, dar respuesta y orientación al Afiliado; aspecto que no fue tomado en cuenta por la AFP en el presente caso, al no evidenciarse respuesta alguna al Afiliado Gerardo Torrez Antezana, cuando ésta recepciono (sic) *el Recurso de Revocatoria y el Recurso Jerárquico, por tanto el argumento de descargo, sólo permite confirmar la falta de respuesta a las solicitudes realizadas por el Afiliado.*

Por lo expuesto anteriormente, al no ser suficientes los cargos (sic)*, corresponde aplicar sanción.*

CONSIDERANDO:

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículos 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, presentados los descargos o sin que ello hubiera ocurrido, transcurrido el plazo legal, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

> *"c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor."*

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

> *"b) Multas o sanciones pecuniarias: establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos y omisiones con gravedad leve o media."*

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

> *"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta Cinco mil (5.000) dólares estadounidenses."*

Que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

"…RESUELVE:

PRIMERO.- *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el Cargo N° 1, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS*

UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 incisos a), n) y s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009 de 23 de diciembre de 1998.

***SEGUNDO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 2,** con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.500,00 (DOS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 inciso a) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y los artículos 142 y 143 inciso i) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*

***TERCERO.- I.-** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Única del Tesoro CUT N° 3987 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

***II.-** Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."*

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 27 de junio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 041-2011 de fecha 18 de febrero de 2011, presentando los siguientes argumentos:

"… ***I. CON RELACIÓN AL CARGO N° 1.-***

Se resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 incisos a), n) y s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009 de 23 de diciembre de 1998, por lo que es pertinente expresar nuevamente que:

a) En cumplimiento al marco normativo vigente de Retiros Mínimos, nuestra AFP recibió la solicitud N° RMS-0000012458 en fecha 24 de octubre de 2007, procesándola y disponiendo la emisión del contrato y pago en forma oportuna desde el 28 de noviembre de 2007; sin embargo como prescribe la normativa para ello se requería la suscripción del contrato por parte del Afiliado, el Sr. Gerardo Torrez Antezana.

*b) La normativa a la que se hace referencia, es la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009/98 de 23 de diciembre de 1998 que en la parte pertinente del artículo 9 señala **que**, sic **"Una vez firmado el contrato, la AFP procederá al pago de los***

Retiros Mínimos..." *(las negrillas y el subrayado son nuestros). En el caso objeto de controversia, el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, no suscribió su contrato de Retiros Mínimos, ya que por carta notariada presentada en nuestra AFP el 17 de diciembre, el Afiliado retira y deja sin efecto su solicitud, ya que su intención como manifiesta la misma carta notariada era la de acceder a la devolución de sus aportes en un solo* (sic) *pago, aspecto que en ese momento no era contemplado por la normativa.*

c) *En ese sentido nuestra Administradora no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009/98 de 23 de diciembre de 1998; ya que al no haberse suscrito el contrato, no se generó la obligación de pago, por lo que la reversión del pago emitido es correcta, al igual que la suspensión de pagos posteriores, ya que se reitera, el Afiliado no suscribió su contrato de Retiros Mínimos sino hasta el 4 de marzo de 2009 como efecto de (sic) del artículo único de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 079 de 13 de febrero de 2009 que estableció que al no existir procedimiento para el desistimiento, nuestra AFP debía reconducir el trámite desembolsando el devengado desde la fecha de solicitud hasta el mes de enero de 2009, salvo pronunciamiento expreso del Afiliado. Nuestra AFP procedió según lo ordenado por la citada Resolución Administrativa, y como una no objeción y en señal de conformidad el Afiliado suscribe el contrato de Retiros Mínimos en fecha 4 de marzo de 2009, por lo que nuestra AFP dispone el pago respectivo con la retroactividad correspondiente según la fecha de suscripción de la solicitud.*

d) *Que por la solicitud planteada por el Afiliado, y al no existir en ese momento un procedimiento específico para el desistimiento de solicitudes de Retiros Mínimos, nuestra Administradora ha utilizado por analogía el procedimiento establecido por el artículo 42 del Anexo I de la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 474 de 25 de julio de 2007, que establece la posibilidad de desistir de la solicitud, aun* (sic) *cuando se cumplan requisitos hasta antes de la firma del contrato, en el entendido que no se pude (sic) obligar a un Afiliado a proseguir ningún trámite en el SSO, por cuanto ésa decisión es una manifestación de su libre albedrío; y en su aplicación no se origino* (sic) *ningún tipo de daño ni al Afiliado ni a los fondos del FCI.*

De los argumentos arriba vertidos su Autoridad podrá evidenciar que nuestra Administradora se ha conducido dentro de lo prescrito por el artículo 31 incisos a), y s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996; y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 toda vez que ha prestado sus servicios al Afiliado Gerardo Torrez Antezana dentro de los plazos que otorgaba la normativa vigente de Retiros Mínimos, Asimismo no se ha vulnerado lo establecido por el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009/98 toda vez que al no haberse suscrito el contrato de Retiros Mínimos por negativa del Afiliado, no correspondía emitir ni proseguir con los pagos, independientemente de la solicitud de desistimiento o retiro de trámite efectuada por el Afiliado Gerardo Torrez Antezana mediante carta notariada.

Asimismo es pertinente señalar que en la aceptación del desistimiento del trámite de Retiros Mínimos del Afiliado Gerardo Torrez Antezana no ha existido intencionalidad y tampoco existido (sic) daño para los Fondos, para las AFP, ni para el mercado donde actuamos; tampoco para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado, por lo que nuestra conducta debió ser catalogada dentro del marco de una infracción levísima y no con la gravedad que se nos ha asignado. Por lo que solicitamos a su Autoridad considerar al momento de analizar el presente recurso, la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) ***La existencia de la intencionalidad,*** *dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o* ***reiteración,*** *b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión (las negrillas son nuestras)" por cuanto el monto de la sanción no corresponde a la real gravedad de la infracción imputada.*

II. CON RELACIÓN AL CARGO Nº 2.-

Se resuelve sancionar a nuestra AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us2.500,00 (DOS MIL QUINIENTOS 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 inciso a) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y los artículos 142 y 143 inciso i) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, por lo que es necesarios (sic) *expresar lo siguiente* (sic) *criterios:*

a) *Nuestra Administradora, presto (sic) el servicio y asesoramiento requerido por el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, sin embargo de ello, este no entendió los alcances del marco normativo vigente para la devolución de aportes de la Cuenta individual a través del trámite de Retiros Mínimos manteniendo firme su resolución de obtener el saldo de su cuenta Individual en un solo* (sic) *pago, por lo que sobre la base de las respuesta (sic) que se le dio por escrito, y particularmente sobre la otorgada mediante nota GR.LP.SC. 4179/2008 de 26 de agosto de 2008 (en la cual se le explica el marco normativo por el cual no se puede atender su requerimiento de pago global), éste decidió interponer recursos de REVOCATORIA y posteriormente RECURSO JERÁRQUICO contra la citada nota y el rechazo a su solicitud de pago global.*

b) *Es importante aclarar que de acuerdo a lo establecido por el artículo 37 del Decreto Supremo Nº 27175, los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales y que a criterio del interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos; asimismo el artículo 47 del mismo cuerpo normativo establece que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales; y en la misma línea en artículo 57 establece que el recurso jerárquico se lo presentará ante el mismo Superintendente Sectorial que dictó la resolución*

recurrible. Por lo que de acuerdo a lo establecido por el artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no teníamos competencia para pronunciarnos sobre el tema, más aun (sic) *cuando el acto recurrido es una nota mediante la cual comunicamos al Afiliado que no podemos atender su requerimiento de pago global o único, debido a que no existe un marco normativo que así lo permita, por lo que dicha nota en sí misma, no se constituye en un acto administrativo al no emanar de la Autoridad competente de la Administración Pública.*

c) *El motivo por el que los mencionados memoriales de recursos no fueron corridos en traslado a la ex -SPVS o AP en su momento, obedecen principalmente a que en anterior oportunidad, cuando se presento (sic) un recurso de revocatoria contra una nota emitida por nuestra Administradora de Fondos de Pensiones: y, este fue corrido en traslado a la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, ésta manifestó que NO corresponde su pronunciamiento sobre el caso. Sin embargo este hecho no significa de manera alguna, que no se haya asesorado al Afiliado respecto a su trámite.*
Siempre se le informo (sic) *que por su condición de rentista del Sistema de Reparto, podía acceder al pago de Retiros Mínimos, y que la cuantía de los mismos era el 70% de su Salario Base hasta agotar sus recursos. Importante recordar a su Autoridad que en ese momento no existía marco normativo que permita la devolución en un solo* (sic) *pago cual era el deseo del Afiliado, por lo que no existía mayor información ni asesoramiento que se deba brindar al Afiliado.*

III. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS.-

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expresado, en (sic) imperioso por nuestra parte señalar que el regulador a tiempo de imponer sanción administrativa contra nuestra Administradora de Fondos de Pensiones, no ha configurado como o en qué medida la conducta de nuestra AFP ha sido preterintencional, vulnerando de esta manera el principio de congruencia que rige en materia administrativa.

Por otra parte y vulnerando el principio y la obligación que tiene la administración de buscar la verdad material, el regulador en su nota de cargos AP/DJ/DPC/3642/2010 establece que hubiéramos revertido el único pago emitido y suspendido los demás incorrectamente, olvidándose que el Afiliado no suscribió su contrato, por lo que no se generó la obligación de pago; y en consecuencia, no se ha vulnerado ningún marco normativo. En esta misma línea, el regulador tampoco ha respaldado ni justificado de que manera nuestra AFP no hubiera prestado sus servicios al Afiliado, tomando en cuenta que se ha asesorado al Afiliado respecto a su trámite, se ha recibido su solicitud y se la ha procesado conforme a norma: que la misma no haya concluido como cualquier otro tramite (sic) *de Retiros Mínimos obedece a la posición del Afiliado de querer recibir todo el capital de su cuenta individual en un solo* (sic) *pago, lo que le ha motivado a no firmar o suscribir su contrato y presentar una carta notariada de desistimiento del trámite.*

IV. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP que se extractan de los antecedentes del caso particular, así como de dispuesto (sic) en la Ley de Procedimiento Administrativo, la jurisprudencia sentada por el SIREFI sobre la graduación de las sanciones, es que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC Nº 041-2011 de fecha 18 de febrero de 2011 y adecuarla al marco de la legalidad en conformidad a las reglas del debido proceso administrativo."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 DE FECHA 25 DE JULIO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de fecha 25 de julio de 2011, dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 041-2011 de 18 de febrero de 2011 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que habiéndose notificado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, con la R.A. 041-2011 de 18 de febrero de 2011, en fecha 02 de junio de 2011, mediante memorial de 27 de junio de 2011, recepcionado por esta Autoridad en la misma fecha, interpone Recurso de Revocatoria, donde expresa los fundamentos y agravios que motivan el petitorio.

AL CARGO Nº 1

De la evaluación del Recurso de Revocatoria se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta, que al no suscribirse el Contrato de Retiros Mínimos, no generó la obligación de pago, por lo que la reversión del pago emitido es correcta.

Al respecto, el argumento planteado por la AFP sobre la inexistencia del Contrato, tiene sustento legal, ya que el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009/98 de 23 de diciembre de 1998, establece que una vez suscrito el Contrato la AFP debe proceder al pago; sin embargo, la notificación de cargos se orienta a que la AFP aceptó un desistimiento y suspensión de pagos, cuando la norma no establece que los mismos, una vez que la AFP los ha puesto disponibles, sean suspendidos y revertidos por desistimiento del trámite; este incumplimiento no ha sido desvirtuado ni justificado en el recurso de revocatoria.

Con respecto al argumento expresado por la AFP sobre la inexistencia de daño a los Fondos y a la AFP, concordamos con lo expresado por la AFP; sin embargo, si existió perjuicio al Afiliado quien en una clara desinformación recurrió a distintos medios

legales para pedir a la AFP, una modalidad de retiros de su Cuenta Individual, para la que no cumplía requisitos establecidos en normativa vigente.

En otra parte del análisis se tiene como un hecho comprobado que, la solicitud de desistimiento por parte del Afiliado, fue aceptada por la AFP sin considerar que tal alternativa no existía en normativa alguna relacionada al trámite de Retiros Mínimos, lo cual se constituye en uno de los hechos por el cual se impone sanción, tipificado como infracción en la normativa aplicable.

De la misma forma esta Autoridad se ratifica en los términos expuestos en la R.A. 041 - 2011, que señala lo siguiente:

> *"... sin que medie respuesta formal alguna al Afiliado, aceptando o rechazando lo solicitado en la citada carta notariada, la AFP da por procedente el pedido y coloca el sello de "DESISTIDO" en el ejemplar del formulario de Solicitud N° RMS-0000012458 de Retiros Mínimos que consta en los antecedentes, sin proporcionar copia alguna al interesado."*

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP indica en su recurso impugnatorio que por analogía recurrió al procedimiento establecido por el artículo 4 del Anexo I de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 474 de 25 de julio de 2007 ***(R.A. 474 -2007)*** *normativa que posibilitaría desistir la solicitud, aún cuando se cumplan requisitos antes de la firma del contrato, en el entendido que no se puede obligar al afiliado a proseguir ningún trámite en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo* ***(SSO)****, por cuanto esa decisión es una manifestación de libre y espontánea voluntad. Al respecto, la R.A. 041-2011 explicó con claridad este aspecto, concluyendo que la normativa referida por la AFP, hace referencia al desistimiento, pero en el trámite de Jubilación, para aquellos casos en los que aún no se habría suscrito el Contrato de Jubilación. Por lo que se concluye que, el regulado de forma arbitraria aplicó erróneamente un procedimiento distinto al que correspondía al presente caso de autos (Retiros Mínimos), lo que viene a ratificar la conducta antijurídica incurrida.*

En ese entendido, la AFP estaba obligada a prestar sus servicios, a través del procesamiento debido del caso y consecuentemente otorgar el pago a favor del Afiliado de acuerdo a la Ley y sus reglamentos, conforme lo determinan el artículo 31 inciso a), n) y s) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

La AFP ante la duda para resolver el caso, en lo que respecta al desistimiento del trámite de Retiros Mínimos antes de la suscripción del contrato, tenía la opción de poder recurrir al Ente Regulador, siendo la autoridad competente que controla, supervisa y cuenta con la atribución de normar todos los aspectos relacionados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo; aspecto que no fue considerado por la AFP, adoptando arbitrariamente un procedimiento al margen de la norma y sin el conocimiento de esta Autoridad. Por tanto, el hecho antijurídico no se ve desvirtuado.

En lo referente a la aplicación de la sanción, es necesario dejar en claro que esta Autoridad al calificar la infracción con gravedad leve, lo hizo dentro de los criterios legales previstos en el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el cual señala lo siguiente:

*"**Artículo 286. (CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD).** Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios: ...*

***e) Gravedad leve;** cuando la Infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al Infractor".*

De la transcripción del texto y en lo referente al presente caso, se concluye que hubo preterintencionalidad en la conducta de la AFP, dado que se ha constatado que el regulado conociendo la obligación expresada en la norma imputada en los cargos, aceptó el desistimiento del trámite de Retiros Mínimos solicitado por el Afiliado, sin considerar que tal alternativa no se hallaba prevista, pero además, para dicho fin utilizó un procedimiento distinto, ocasionando de esta manera una distorsión en el procesamiento del trámite. Además de la falta de comunicación al señor Gerardo Torrez Antezana de la medida adoptada, la cual no fue transmitida, quien como consecuencia de ello ha presentado impugnaciones al considerar que sus derechos se vieron vulnerados.

Asimismo, es necesario tomar nota que para la imposición con el máximo de la multa por gravedad leve, el hecho de que fue el ente regulador quien a través de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 079 de 13 de febrero de 2009, ante la falta de solución al caso por la AFP, es que resolvió por aclarar y reconducir el trámite que equívocamente la AFP le estaba dando. Es importante también considerar que, la determinación del regulador no fue recurrida por la AFP, mas al contrario la asumió dando cumplimiento, reconociendo y refrendando de esta manera la infracción y la gravedad de la misma.

Para una mejor apreciación de lo resuelto por la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 079 de 13 de febrero de 2009, se transcribe a continuación:

*"**ARTÍCULO ÚNICO.- I.** Pronunciarse respecto a la solicitud del Afiliado Gerardo Torrez Antezana determinando la improcedencia del acceso a la devolución total por no cumplir los siguientes requisitos del Artículo 17 Decreto Supremo N° 29537 de 1 de mayo de 2008:*

- *Contar con menos de 180 aportes, en el Sistema de Reparto y en el SSO.*
- *Tener una pensión referencia! menor al setenta (70%) del Salario Mínimo Nacional.*

*Al no existir procedimiento para el Desistimiento a tiempo de la solicitud por parte del Afiliado, **la AFP debe reconducir el trámite** desembolsando en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, de notificada la presente Resolución Administrativa, el devengado desde fecha de solicitud hasta el mes de enero/2009 inclusive, salvo pronunciamiento expreso por parte del Afiliado, en cinco (5) días hábiles administrativos de la respectiva notificación, acogiéndose al Artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 229 de 4 de marzo de 2008. (Las negrillas son nuestras).*

II. *La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, iniciará el procedimiento administrativo correspondiente contra Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el evento de corroborarse los indicios de infracción a la normativa de pensiones."*

Es necesario también destacar que una vez emitida la señalada resolución, el cumplimiento de la misma por el regulado, no implica que la infracción no haya dejado de existir, más al contrario se deduce la aceptación de la AFP del cargo sancionado. Asimismo, se concluye que el requerimiento del Afiliado, fue atendido como consecuencia de la intervención del regulador.

Con respecto al impacto de la reversión del primer y único pago generado por Retiros Mínimos el 02 de abril de 2008, ello sólo viene a demostrar que la conducta expresa la falta de un cuidado en cuanto a la administración debida de los trámites y pago del SSO; pues se ha comprobado que la AFP realizó operaciones no previstas por norma ni comunicadas al regulador.

Con relación al principio de Verdad Material, previsto en el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341, esta se refiere a la actividad administrativa, señalando lo siguiente: "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil". Por lo que, esta Autoridad a tiempo de emitir la nota de cargos y la sanción, ha considerado todos y cada uno de los hechos del infractor que vulneraron la normativa de pensiones.

Asimismo, es evidente que en el presente caso de autos, no se advertió (sic) *que como producto de la infracción se haya provocado daño económico o beneficio propio o de personas relacionadas al Infractor, pero sí se ha demostrado el incumplimiento a la normativa y los efectos de perjuicio por la demora en el tiempo transcurrido para la otorgación de las prestaciones objeto del presente proceso administrativo sancionatorio.*

Es necesario dejar establecido como bien lo corrobora la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI N° 031/2011 de 24 de junio de 2011 ***(RMJ 031/2011)****, es potestad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve y aplicar la multa mayor en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo análisis de los hechos y la prueba existente.*

Por tanto, se ratifica el cargo imputado y la sanción impuesta a Futuro de Bolivia - S.A. AFP, al contar esta Autoridad con todos los elementos de convicción que permiten confirmar la misma.

AL CARGO N° 2

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala en su impugnación que ha prestado el servicio y asesoramiento requerido por el Afiliado remitiéndole respuesta escrita mediante nota GR.LP.SC. 4179/2008 de 26 de agosto de 2008. Al respecto, consta en los antecedentes dos (2) notas de respuesta, la primera con Cite GR.LP.SC. 1250/2008 de 13 de marzo de 2008 y la segunda con Cite GR.LP.SC.4179/2008 de 26 de agosto de 2008 (ambas con el mismo tenor). La AFP indica que las notas no fueron entendidas por el Afiliado; sin embargo, si bien la primera nota no fue entendida, la segunda nota debía contener una explicación con mayores argumentos, aspecto que no se

observó en este caso. Por otra parte, en el recurso presentado no explica la razón por la que no dio respuesta a las notas detalladas en el presente cargo.

Con respecto a la falta de competencia del regulado para tramitar y resolver recursos, es importante dejar en claro que lo señalado resulta ser evidente; sin embargo el regulado se encontraba, como buen padre de familia, en la obligación de orientar al Afiliado respecto al alcance de las impugnaciones presentadas y que las mismas no correspondían ser resueltas por esa repartición. En el presente caso, ante la falta de una orientación debida o respuesta precisa, la AFP ocasiona que el señor Torrez haya presentado continuamente y de forma equivocada notas y memoriales.

En otro argumento de la AFP, esta señala que no corrió en traslado al regulador debido a que en una anterior oportunidad ésta habría manifestado que no corresponde su pronunciamiento. Al respecto corresponde señalar que, este argumento ya fue desvirtuado en la R.A. 041-2011, adicionalmente, se recuerda a la AFP, la obligación de asesorar al Afiliado orientado (sic) sobre el procedimiento a seguir en el trámite de Retiros Mínimos.

Futuro de Bolivia S.A. AFP no realizó ninguna actividad como buen padre de familia, que haya orientado al Afiliado reconducir sus pretensiones, lo cual generó que sus derechos se hallen perjudicados en cuanto a su atención oportuna.

Finalmente la AFP señala que informó permanentemente al Afiliado que podía acceder al pago de Retiros Mínimos y que no existía normativa que permita acceder a la devolución en un solo (sic) *pago de los aportes. Al respecto, resulta contradictorio entre lo señalado por el regulado y los hechos que se tiene imputados, toda vez que por verdad material (memoriales y notas) se tiene que el Afiliado no obtuvo respuesta concreta a su caso.*

Con respecto a las imputaciones emitidas en la nota de cargos AP/DJ/DPC/3642/2010 de 29 de diciembre de 2010 notificada el 21 de enero de 2011, se evidencia de forma inequívoca que la AFP no respondió a las cartas y memoriales presentadas por el Afiliado, eludiendo de esta forma la obligación y responsabilidad en atender consultas y requerimientos de forma idónea e inmediata.

En este caso es importante reiterar lo corroborado en la RMJ 031/2011, en la que se determina la potestad de esta Autoridad, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo análisis de los hechos y la prueba existente.

En ese sentido, es necesario dejar en claro que esta Autoridad al calificar la infracción con gravedad leve, lo hizo dentro de los criterios legales previstos en el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Por lo que, en el presente caso hubo preterintencionalidad en la conducta de la AFP, porque el regulado al obrar negligentemente, omitiendo dar una respuesta idónea a las solicitudes y memoriales del Afiliado, generó que el mismo tenga que esperar por

mucho tiempo, hasta la intervención del regulador, para poder satisfacer su pretensión objetiva de pago a través de Retiros Mínimos.

Asimismo, es necesario tomar en cuenta que la AFP sabiendo que no podía resolver los recursos presentados en esa repartición, no los remitió al regulador para que este asuma conocimiento oportuno del caso del Afiliado y que el mismo sea resuelto.

Con relación al principio de Verdad Material, previsto en el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341, esta se refiere a la actividad administrativa, señalando lo siguiente: "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil". Por lo que, esta Autoridad a tiempo de emitir la nota de cargos y la sanción, ha considerado todos (sic) *y cada una de las notas y memoriales que no tuvieron respuesta, así como los descargos presentados.*

Es evidente que en el presente caso de autos, no se advertió (sic) *que como producto de la infracción se haya provocado daño económico o beneficio propio o de personas relacionadas al Infractor; sin embargo ha ocasionado perjuicio al Afiliado al no contar con una respuesta idónea a las diferentes solicitudes presentadas a la AFP.*

Por todo lo expuesto, se ratifica el cargo imputado y la sanción impuesta a Futuro de Bolivia S.A. AFP al confirmarse que no dio respuesta a las reiteradas cartas y memoriales presentados por el Afiliado, observándose que eludió su responsabilidad establecida en normativa vigente.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que posibiliten cambiar la ratio legis de la R.A. 041-2011 emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en consecuencia, se confirma el referido acto administrativo, en el marco del inciso a) artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, esta Autoridad tiene plazo de veinte (20) días hábiles administrativos para sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes…"

*"…**RESUELVE:***

ÚNICO.- *Confirma la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N^{0} 041 - 2011 de 18 de febrero de 2011, emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones."*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 15 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMNISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 185-2011 de fecha 25 de julio de 2011, expresando lo siguiente:

"***CARGO N° 1.-***

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) entra en contradicción cuando señala que el argumento hecho por nuestra AFP tiene sustento legal "...ya que el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009/98 de 23 de diciembre de 1998, establece que una vez suscrito el Contrato la AFP debe proceder al pago; sin embargo la notificación de cargos se orienta a que la AFP acepto (sic) *un desistimiento y suspensión de pagos, cuando la norma no establece que los mismos, una vez que la AFP los ha puesto disponibles, sean suspendidos ...". Por cuanto la nota de cargos AP/DJ/DPC/3642/2010 de fecha 29 de diciembre de 2010 señala que los cargos imputados están referidos a la aceptación de un desistimiento, posterior suspensión incorrecta de pagos y reversión del único pago emitido. Sin considerar que independientemente de la aceptación del desistimiento del Afiliado, la ausencia de un Contrato Firmado que se convierte en un requisito sine quanum, no ha permitido que nuestra AFP ponga a disposición y continué efectuando pagos por el concepto de Retiros Mínimos, por lo que con el mismo sustento legal que admite la APS, se revierte el pago y no se emite ningún otro, por no existir en definitiva, un contrato de devolución de aportes mediante Retiros Mínimos suscrito por nuestra Administradora con el Afiliado Gerardo Torrez Antezana.*

Asimismo el regulador pretende justificar la imposición con una multa del máximo establecido para un infracción calificada como leve, por el hecho de que "...fue el ente regulador quien a través de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 079 de 13 de febrero de 2009, ante la falta de solución al caso por la AFP, es que resolvió por aclarar y reconducir el trámite que equivocadamente la AFP le estaba dando". Llamando la atención que también se pretenda justificar la gravedad con el hecho de que se haya dado cumplimiento a lo resuelto por la R.A. de referencia, es decir, se haya continuado el trámite con la firma del contrato y el desembolso por todos los periodos devengados desde la fecha de solicitud; más aun (sic) *considerando que los recursos se tramitan en el efecto devolutivo, por lo que la intención si hubiera sido el caso de recurrirla, no liberaba a nuestra AFP de cumplir con lo resuelto por la Ex SPVS, sin embargo ello, no puede considerarse una aceptación expresa, vulnerando el principio a la debida defensa. En ese sentido reitero que nuestra Administradora, no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009/98 de 23 de diciembre de 1998; ya que al no haberse suscrito el contrato, no se generó la obligación de pago. Por su parte el Afiliado no suscribió su contrato de*

Retiros Mínimos sino hasta el 4 de marzo de 2009 como una no objeción y en señal de conformidad a lo establecido por artículo único de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 079 de 13 de febrero de 2009; por lo que recién nuestra AFP dispuso el pago respectivo con la retroactividad según la fecha de suscripción de la solicitud.

Por su parte el regulador señala también que: "...Asimismo, se concluye que el requerimiento del Afiliado, fue atendido como consecuencia de la intervención del regulador". Situación ajena a la realidad por cuanto el Afiliado siempre sostuvo su posición de recibir la devolución del dinero de su cuenta individual en UN SOLO PAGO, y no en Retiros Mínimos, tal como se desprende del petitorio vertidos (sic) *por el propio Afiliado a tiempo de plantear recurso de Amparo Constitucional contra nuestra administradora; y transcrito en la Sentencia Constitucional 2661/2010-R de 6 de diciembre de 2010 de la siguiente forma:*

> *"1.1.3. Autoridades recurridas y petitorio*
> *De acuerdo a lo expuesto, el recurrente plantea recurso de amparo constitucional contra Julio Vargas León y Mercedes García Luzio representantes de la AFP "Futuro de Bolivia" S.A.; solicitando se declare procedente el mismo y se disponga:* ***a) La devolución total y global de sus aportes; b) La entrega y pago de los intereses que dicha suma ha percibido, durante la administración de la AFP "Futuro de Bolivia" S.A.****; y, c)..." (las negrillas son nuestras).*

También la APS a tiempo de confirmar la ahora impugnada R.A. señala que el efecto de perjuicio estaría en la demora en el tiempo transcurrido para la otorgación de las prestaciones, sin embargo omite deliberadamente el hecho de que durante el tiempo transcurrido hasta la devolución de los aportes, los mismos han seguido siendo administrados en el fondo del FCI generado (sic) *una rentabilidad superior a las que otorga el sistema financiero nacional y beneficiando de esta manera directamente al Afiliado, al incrementar significativamente su saldo en cuenta individual.*

II. CON RELACIÓN AL CARGO Nº 2.-

Nuestra Administradora, presto (sic) el servicio y asesoramiento requerido por el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, sin embargo de ello, este (sic) mantuvo firme su decisión de querer obtener el saldo de su cuenta Individual en un solo (sic) *pago, por lo que sobre la base de las respuestas verbales y las que se le dio por escrito, y particularmente sobre la otorgada mediante nota GR.LP.SC. 4179/2008 de 26 de agosto de 2008, éste decidió interponer recursos de REVOCATORIA y posteriormente RECURSO JERÁRQUICO contra la citada nota y el rechazo a su solicitud de pago global, e incluso un recurso de Amparo Constitucional, el mismo que le fuera negado. Prueba de lo señalado en este recurso es la Sentencia Constitucional 2661/2010-R de fecha 6 de diciembre de 2010 que en parte de los antecedentes con relevancia jurídica transcribe que el recurrente "Finaliza señalando que, como único propietario de los aportes administrados por la AFP "Futuro de Bolivia" S.A. y en uso de sus derechos, solicitó a esa entidad la devolución de sus aportes por ser éstos propios, legítimos y de*

origen legal; empero, los recurridos ***pretendieron confundir su solicitud con un supuesto trámite de retiros mínimos en cuotas mensuales*** *por el plazo de dos años,* ***pretensión que el recurrente rechazó en reiteradas oportunidades, dado que requiere un retiro total, global y definitivo,*** *al tratarse de dineros que serían utilizados para su atención medica y que su negatoria se convertiría en una retención arbitraria, ilegal e injustificada****; sin embargo, el ultimo*** **(sic)** ***rechazo fue "...mediante nota oficial de la entidad administradora GR.LP. SC 4179/2008 de 26 de agosto..." (sic), siempre con las mismas ilegales argumentaciones,*** *hecho que motivó a que tenga que recurrir a préstamos de dinero, que sobrepasan los Bs50.000.- (cincuenta mil bolivianos); solicitando de la misma manera el pago de daños y perjuicios (las negrillas y el subrayado son nuestros)". Lo anterior, a diferencia de lo expresado por la APS a tiempo de confirmar la sanción con nuestra AFP demuestra fehacientemente que no solo* (sic) *en una, sino en varias oportunidades nuestra AFP informó al Afiliado comunicándole la imposibilidad de atender su requerimiento de devolución en un solo* (sic) *pago. Aspecto corroborado además por la propia Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 079 de 13 de febrero de 2009, situación que implica además que el asesoramiento brindado por nuestra AFP era el correcto. En cuanto a los argumentos por los que lo recursos de REVOCATORIA y JERÁRQUICO presentados ante nuestra AFP no fueron corridos en traslado a la ex SPVS, ratifico lo expresado en el memorial de recurso de revocatoria.*

Asimismo expreso mi desacuerdo con lo señalado por la APS cuando afirma que se hubiera "ocasionado perjuicio al Afiliado al no contra (sic) con una respuesta idónea a las diferentes solicitudes presentadas a la AFP". Pues como señala el Afiliado Gerardo Torrez Antezana en su recurso de Amparo Constitucional siempre se rechazó su pretensión con los mismos argumentos, los establecidos por normativa vigente y que fueron confirmados por la ex SPVS.

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados (sic) *nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de fecha 24 de julio de 2011; que en recurso de revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 041-2011 de fecha 18 de febrero de 2011, ajustándola a derecho conforme a las reglas del debido procedimiento administrativo"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de

la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. CARGO Nº 1: ACEPTACIÓN DE DESISTIMIENTO DEL TRÁMITE DE RETIROS MÍNIMOS SIN QUE EXISTA NORMA, SUSPENSIÓN DE PAGOS Y REVERSIÓN DEL PRIMER PAGO.-

1.1. Antecedentes legales.-

A efectos de la valoración debida, corresponde revisar previamente la normativa relacionada al presente caso de autos, conforme se procede:

- El artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones establece en sus incisos a), n) y s) lo siguiente:

  "…a) Prestar sus servicios a los Afiliados o a quienes tengan derecho a ser Afiliados, sin discriminación…"

  "…n) Pagar las Pensiones, los beneficios de la capitalización y cumplir con otras obligaciones de pago establecidas en la presente ley, pudiendo utilizar servicios de terceros…"

  "…s) Cumplir con otras actividades y obligaciones establecidas por ley, reglamentos o contratos suscritos con la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros…"

- El artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 señala:

  *"**ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE).** A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia."*

- El artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009 de 23 de diciembre de 1998 determina lo siguiente:

  *"**Artículo 9 (PAGO DE RETIROS MÍNIMOS)***

  Una vez firmado el contrato, la AFP procederá al pago de los Retiros Mínimos…"

1.2. Respecto a la aceptación del Desistimiento al trámite de Retiros Mínimos.-

Se tiene que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de 25 de julio de

2011, se confirmó la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 041-2011 de 18 de febrero de 2011, sancionando a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo Nº 1** con una multa en Bolivianos, equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 31 incisos a), n) y s) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009 de 23 de diciembre de 1998, al evidenciar que dentro del trámite de Retiros Mínimos del señor Gerardo Tórrez Antezana, Futuro de Bolivia S.A. AFP aceptó el desistimiento del mismo, sin considerar que no existía normativa al respecto.

Mediante Recurso Jerárquico presentado, Futuro de Bolivia S.A. AFP señala lo siguiente:

> "…*la nota de cargos AP/DJ/DPC/3642/2010 de fecha 29 de diciembre de 2010 señala que los cargos imputados están referidos a la aceptación de un desistimiento, posterior suspensión incorrecta de pagos y reversión del único pago emitido. Sin considerar que independientemente de la aceptación del desistimiento del Afiliado, la ausencia de un Contrato Firmado que se convierte en un requisito sine quanum, no ha permitido que nuestra AFP ponga a disposición y continúe efectuando pagos*…"

Al respecto, de los antecedentes que cursan en el expediente se puede evidenciar que el señor Gerardo Tórrez Antezana, suscribió su Solicitud de Retiros Mínimos en fecha 24 de octubre de 2007, siendo en fecha 17 de diciembre de 2007 que el Afiliado presenta una carta notariada comunicando su desistimiento al trámite de Retiros Mínimos y solicitando la devolución de sus aportes.

De acuerdo a lo señalado en la parte considerativa de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 079 de 13 de febrero de 2009, Futuro de Bolivia S.A. AFP aceptó el desistimiento y colocó el **sello** de "Desistido" en el Formulario de Solicitud de Retiros Mínimos.

A la fecha en la que el Afiliado presentó su solicitud de Desistimiento, la AFP no contaba con procedimiento para que los Afiliados desistan del trámite de Retiros Mínimos y opten por otra modalidad de pago, como lo es actualmente en el Sistema Integral de Pensiones, el pago de Devolución Total.

En ese entendido, es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no puede rechazar ninguna nota, solicitud o consulta que presentan los Afiliados o Derechohabientes, sin embargo, en el presente caso de autos la Administradora de Fondos de Pensiones, no cumplió con su rol de buen padre de familia, ya que al no contar con un procedimiento para este tipo de casos, debió realizar la consulta al Ente Regulador y no aplicar por analogía el procedimiento establecido en el artículo 4º del Anexo I de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 474 de 25 de julio de 2007 (tal como señaló en su nota FUT.AP.BEN 0221/2011 de 04 de febrero de 2011), esto con el fin de dar solución al trámite de Retiros Mínimos del señor Gerardo Tórrez Antezana.

Asimismo, cabe señalar que Futuro de Bolivia S.A. AFP no presenta descargo alguno respecto a la aceptación del desistimiento al trámite de Retiros Mínimos del señor Gerardo

Tórrez Antezana, limitándose a manifestar en su Recurso Jerárquico que **independientemente de la aceptación del desistimiento** del Afiliado, la falta de un contrato firmado no pudo dar lugar al pago de Retiros Mínimos.

Debido a que dicho procedimiento no se encontraba normado a la fecha de presentación de la solicitud de desistimiento al trámite de Retiros Mínimos, la AFP como responsable de la administración y otorgamiento de las prestaciones en el Seguro Social Obligatorio a largo plazo, no debió aceptar el mismo y debió comunicar de manera explícita dicha situación al Afiliado o poner en consideración de la Entidad Reguladora tal situación.

Por lo tanto, se evidencia que Futuro de Bolivia S.A. AFP no actuó con la diligencia necesaria de un buen padre de familia, al haber aceptado el desistimiento de la Solicitud de Retiros Mínimos cuando no existía norma que respalde dicha acción, y al haber aplicado el procedimiento establecido para otro tipo de trámites.

1.3. De la suspensión de pagos de Retiros Mínimos al Afiliado.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, ya que luego de haber emitido el primer pago de los Retiros Mínimos, el 28 de noviembre de 2007, suspendió incorrectamente la emisión de los pagos subsiguientes, no habiendo generado más débitos de la Cuenta Individual del señor Gerardo Tórrez Antezana.

Por memorial de Recurso Jerárquico presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, ésta argumenta lo siguiente:

> *"…la ausencia de un Contrato Firmado que se convierte en un requisito sine quanum, no ha permitido que nuestra AFP ponga a disposición y continué efectuando pagos por el concepto de Retiros Mínimos…"*
>
> *"…nuestra Administradora, no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009/98 de 23 de diciembre de 1998; ya que al no haberse suscrito el contrato, no se generó la obligación de pago. Por su parte el Afiliado no suscribió su contrato de Retiros Mínimos sino hasta el 4 de marzo de 2009 como una no objeción y en señal de conformidad a lo establecido por artículo único de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 079 de 13 de febrero de 2009; por lo que recién nuestra AFP dispuso el pago respectivo con la retroactividad según la fecha de suscripción de la solicitud…"*

Al respecto, es importante señalar que una vez procesado el trámite de Retiros Mínimos por Futuro de Bolivia S.A. AFP y debido a que el Afiliado cumplía los requisitos para acceder al pago de Retiros Mínimos, con el fin de que la AFP pueda poner a disposición los pagos respectivos a favor del Afiliado, correspondía que el señor Gerardo Tórrez Antezana firme el Contrato de Retiros Mínimos, dando conformidad a todas las cláusulas establecidas en el mismo, esto en cumplimiento a lo señalado en el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009/98 de 23 de diciembre de 1998:

"***Artículo 9 (PAGO DE RETIROS MÍNIMOS)***

Una vez firmado el contrato, la AFP procederá al pago de los Retiros Mínimos…"

De acuerdo a lo mencionado por la Administradora de Fondos de Pensiones y de los antecedentes con que se cuentan en el expediente, debido a la negativa del Afiliado de firmar el Contrato de Retiros Mínimos, Futuro de Bolivia S.A. AFP no pudo poner a disposición del Afiliado el primer pago de Retiros Mínimos y los subsiguientes, siendo recién en fecha 04 de marzo de 2009 que el Afiliado suscribió el Contrato de Retiros Mínimos y la AFP realizó el pago con retroactividad desde la fecha de solicitud, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo único de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 079 de 13 de febrero de 2009.

De lo expuesto, es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP no pudo realizar los pagos de Retiros Mínimos al señor Gerardo Tórrez Antezana, debido a que no existía un Contrato de Retiros Mínimos suscrito entre el Afiliado y la Administradora de Fondos de Pensiones, tal como lo establece la normativa vigente, ya que por voluntad propia el Afiliado no quiso firmar el documento esencial para dar continuidad al curso del trámite.

Por lo tanto se concluye que no existió incumplimiento a lo establecido en el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009/98 de 23 de diciembre de 1998, situación confirmada por la Entidad Reguladora que en la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de 25 de julio de 2011, cuando señala:

"…el argumento planteado por la AFP sobre la inexistencia del Contrato, tiene sustento legal, ya que el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 009/98 de 23 de diciembre de 1998, establece que una vez suscrito el Contrato la AFP debe proceder al pago…"

Asimismo, se evidencia que tampoco existió incumplimiento a lo señalado en el artículo 31 inciso n) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, ya que la falta de la suscripción del Contrato de Retiros Mínimos por parte del señor Gerardo Tórrez Antezana ocasionó que Futuro de Bolivia S.A. AFP no realice el pago respectivo.

1.4. De la reversión del primer pago de Retiros Mínimos.-

La Entidad Reguladora sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP debido a que en fecha 02 de abril de 2008, realizó la reversión del primer y único pago generado por Retiros Mínimos a favor del señor Gerardo Tórrez Antezana.

La Administradora de Fondos de Pensiones en su Recurso Jerárquico señala que:

"…por lo que con el mismo sustento legal que admite la APS, se revierte el pago y no se emite ningún otro, por no existir en definitiva, un contrato de devolución de aportes mediante Retiros Mínimos suscrito por nuestra Administradora con el Afiliado Gerardo Torrez Antezana…"

De la misma manera, la parte considerativa de la merituada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 185-2011 de 25 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señala que:

> *"…la norma no establece que los mismos, una vez que la AFP los ha puesto disponibles, sean suspendidos y revertidos por desistimiento del trámite…"*
>
> *"…Con respecto al impacto de la reversión del primer y único pago generado por Retiros Mínimos el 02 de abril de 2008, ello sólo viene a demostrar que la conducta expresa la falta de un cuidado en cuanto a la administración debida de los trámites y pago del SSO; pues se ha comprobado que la AFP realizó operaciones no previstas por norma ni comunicadas al regulador…"*

Al respecto, corresponde inicialmente revisar la siguiente normativa:

- El artículo 7 de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 009/98 de 23 de diciembre de 1998, establece lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 7 (PAGOS NO COBRADOS)***
>
> *Cuando los pagos por Retiros Mínimos no sean cobrados por tres veces consecutivas, la AFP deberá suspender la emisión de dichos pagos y proceder a emitir tres notificaciones al Afiliado o sus Derechohabientes, según corresponda…"*

- La Circular SPVS-IP-DC-120/2003 de 19 de diciembre de 2003, determina que:

> *"Mediante la presente y en relación a la emisión de cheques por pago de pensiones y otros beneficios por parte del FCI que no hayan sido cobrados y que tengan una antigüedad mayor a 120 días, desde la fecha de emisión del cheque, deberán ser anuladas y sus importes **revertidos** …*
> *…todo pago o cheque emitido por los conceptos mencionados y que no haya sido cobrado en un periodo de 120 días, a partir de la fecha de emisión del cheque, deberá ser **revertido** al patrimonio del fondo…"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En ese entendido, independientemente de la aceptación del desistimiento del trámite de Retiros Mínimos realizado por el Afiliado, Futuro de Bolivia S.A. AFP al tener conocimiento de que el señor Gerardo Tórrez Antezana no realizaría la suscripción del Contrato de Retiros Mínimos y al haber emitido el primer pago a favor del Afiliado, en cumplimiento a lo establecido en normativa vigente debió realizar la reversión del mismo al Estado de Cuenta Individual del Afiliado.

De acuerdo a lo desarrollado en el informe INF/SPVS/IP/DPC/F/005/2009 de 29 de enero de 2009 emitido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, la Administradora de Fondos de Pensiones, dio curso al primer desembolso el 28 de noviembre de 2007, por lo que conforme a lo establecido en la norma mencionada precedentemente, debió realizar

la reversión a los 120 días de la emisión del cheque, reversión realizada en fecha 02 de abril de 2008 dentro del plazo establecido.

1.5. De la demora y el perjuicio al Afiliado.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico señala que:

> *"…También la APS a tiempo de confirmar la ahora impugnada R.A. señala que el efecto de perjuicio estaría en la demora en el tiempo transcurrido para la otorgación de las prestaciones, sin embargo omite deliberadamente el hecho de que durante el tiempo transcurrido hasta la devolución de los aportes, los mismos han seguido siendo administrados en el fondo del FCI generado una rentabilidad superior a las que otorga el sistema financiero nacional y beneficiando de esta manera directamente al Afiliado, al incrementar significativamente su saldo en cuenta individual…"*

Lo aseverado por la AFP no corresponde, toda vez que tal como se mencionó precedentemente, la Administradora de Fondos de Pensiones como responsable de la administración y otorgamiento de las prestaciones en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, tenía la obligación de asesorar de manera correcta al Afiliado, respecto a las modalidades establecidas en normativa vigente a esa fecha, mucho más si no contaba con procedimiento para que el Afiliado acceda al pago de Devolución Total.

Asimismo, si la AFP no contaba con procedimiento establecido para el efecto, pudo realizar la consulta a la Entidad Reguladora, a fin de atender de manera oportuna el requerimiento del Afiliado, evitando perjuicios innecesarios.

Con relación a lo aseverado por la AFP respecto a que hasta la devolución de los aportes, los mismos han generado una rentabilidad superior a las que otorga el sistema financiero nacional y beneficiaron al Afiliado incrementando significativamente su saldo en Cuenta Individual, dicho argumento es evidente, mucho más si la AFP no pudo dar curso al pago de Retiros Mínimos debido a la negativa del Afiliado a firmar el Contrato de Retiros Mínimos, sin embargo, Futuro de Bolivia S.A. AFP no atendió oportunamente las consultas realizadas por el Afiliado.

2. CARGO N° 2:

FALTA DE ATENCIÓN A LAS NOTAS Y MEMORIALES PRESENTADOS POR EL AFILIADO.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con el **Cargo N° 2**, con una multa en Bolivianos, equivalente a $us2.500,00 (DOS MIL QUIENIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento a lo establecido en el artículo 31 incisos a) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 142 y 143 inciso i) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar que no atendió las cartas y memoriales presentados por el Afiliado.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico presentado, señaló lo siguiente:

> *"…Nuestra Administradora, presto el servicio y asesoramiento requerido por el Afiliado Gerardo Torrez Antezana, sin embargo de ello, este mantuvo firme su decisión de querer obtener el saldo de su cuenta Individual en un solo* (sic) *pago, por lo que sobre la base de las respuestas verbales y las que se le dio por escrito, y particularmente sobre la otorgada mediante nota GR.LP.SC. 4179/2008 de 26 de agosto de 2008, éste decidió interponer recursos de REVOCATORIA y posteriormente RECURSO JERÁRQUICO contra la citada nota y el rechazo a su solicitud de pago global…"*
>
> *"…nuestra AFP demuestra fehacientemente que no solo* (sic) *en una, sino en varias oportunidades nuestra AFP informó al Afiliado comunicándole la imposibilidad de atender su requerimiento de devolución en un solo* (sic) *pago. Aspecto corroborado además por la propia Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 079 de 13 de febrero de 2009, situación que implica además que el asesoramiento brindado por nuestra AFP era el correcto. En cuanto a los argumentos por los que lo recursos de REVOCATORIA y JERÁRQUICO presentados ante nuestra AFP no fueron corridos en traslado a la ex SPVS, ratifico lo expresado en el memorial de recurso de revocatoria.*
>
> *Asimismo expreso mi desacuerdo con lo señalado por la APS cuando afirma que se hubiera "ocasionado perjuicio al Afiliado al no contar con una respuesta idónea a las diferentes solicitudes presentadas a la AFP". Pues como señala el Afiliado Gerardo Torrez Antezana en su recurso de Amparo Constitucional siempre se rechazo su pretensión con los mismos argumentos, los establecidos por normativa vigente y que fueron confirmados por la ex SPVS…"*

Al respecto, mediante la nota de cargos AP/DJ/DPC/3642/2010 de 29 de diciembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, señaló que Futuro de Bolivia S.A. AFP no atendió las siguientes notas y memoriales presentados por el Afiliado

> *"…- 18 de abril de 2008 nota.*
> *- 25 de abril de 2008 nota.*
> *- 25 de abril de 2008 memorial.*
> *- 30 de junio de 2008 memorial.*
> *- 15 de agosto de 2008 memorial.*
> *- 28 de agosto de 2008 memorial.*
> *- 22 de octubre de 2008 memorial…"*

Futuro de Bolivia S.A. AFP tanto en el Recurso de Revocatoria como en el Recurso Jerárquico, manifiesta que atendió las consultas del Afiliado de manera verbal y con nota GR.LP.SC. 4179/2008 de 26 de agosto de 2008.

La nota de desistimiento presentada por el Afiliado, corresponde al 17 de diciembre de 2007 y pese a varias reiteraciones, la AFP recién las atendió en fecha 26 de agosto de 2008, con ocho meses de retraso, evidenciándose que la AFP hizo caso omiso a las reiteradas notas y memoriales presentados por el Afiliado.

Si bien la posición del Afiliado se mantenía en acceder a la Devolución Total en un sólo pago, procedimiento que como se mencionó precedentemente no estaba normado a esa fecha, la AFP debió brindar respuesta de forma escrita a las notas señaladas precedentemente, así como los memoriales presentados por el Afiliado, tratando de explicar a éste que no podía atender su solicitud, hasta que el Afiliado comprenda el alcance de la norma.

Por lo expuesto, se evidencia que los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP no son aceptados, toda vez que existió incumplimiento a lo establecido en el artículo 31 incisos a) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y a los artículos 142 y 143 inciso i) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.

CONSIDERANDO:

Que, expuestos los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se concluye que Futuro de Bolivia S.A. AFP no pudo negar la solicitud de desistimiento del Afiliado ya que no puede obligar a los Afiliados o Derechohabientes a acceder a un beneficio o prestación contra su voluntad.

Que, sin perjuicio de todo lo mencionado, Futuro de Bolivia AFP S.A. debió solicitar pronunciamiento de la Entidad Reguladora a fin de dar solución oportuna al caso y evitar perjuicios al Afiliado.

Que, es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP no ocasionó daño al Fondo ni al Afiliado, tal como lo señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 185-2011 de 25 de julio de 2011 que a la letra dice:

> *"Con respecto al argumento expresado por la AFP sobre la inexistencia de daño a los Fondos y a la AFP, concordamos con lo expresado por la AFP; sin embargo, si existió perjuicio al Afiliado quien en una clara desinformación recurrió a distintos medios legales para pedir a la AFP, una modalidad de retiros de su Cuenta Individual…"*

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá resolver disponiendo la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- **ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 041-2011 de 18 de febrero de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse una nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
Ministro de Economía y Finanzas Públicas

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 197-2011 DE 01 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 069/2011 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 069/2011

La Paz, 23 de diciembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 197-2011 de 1º de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 040/2011 de fecha 14 de octubre de 2011 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 144/2011 de fecha 21 de noviembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37º del Decreto Supremo Nº 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 22 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** representada legalmente por su Gerente

General, señor Julio Vargas León, tal como acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de 1° de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 016-2011 de 18 de mayo de 2011.

Que, mediante nota APS/DJ/2815/2011 con fecha de recepción de 25 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de 1° de agosto de 2011, recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 26 de agosto de 2011 y notificado a la recurrente el día 29 de agosto de 2011.

Que, en fecha 9 de septiembre de 2011, se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

Los antecedentes y fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se restringen a los extremos que constan impugnados en el Recurso Jerárquico.

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS AP/DJ/DPC/414/2011 DE 9 DE FEBRERO DE 2011.-

La entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), mediante nota AP/DJ/DPC/414/2011 de fecha 09 de febrero de 2011, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos:

> "…***II.- IMPUTACIÓN DE CARGOS:***
>
> ***Cargo N° 1***
>
> *Existen indicios de incumplimiento al artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, al advertir que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido el plazo para que presente la Auditoría Externa para la validación de la Reserva Financiera en cumplimiento al documento de Alcances Mínimos establecidos para tal efecto.*
>
> (…)"

2. NOTA DE DESCARGOS FUT.APS.GG-673/04/11 DE 28 DE ABRIL DE 2011.-

Mediante nota FUT.APS.GG-673/04/11 recibida en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 28 de abril de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** presenta los

siguientes descargos:

"…***Cargo N° 1***

Se nos imputa indicios de incumplimiento al artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 063 de 06 de febrero de 2009 porque nuestra AFP hubiera incumplido el plazo para la presentación de la Auditoría Externa para la validación de la Reserva Financiera en cumplimiento al documento de alcances mínimos establecido para tal efecto, sin embargo su Autoridad debe considerar lo siguiente:

a) *Nuestra Administradora de Fondos de Pensiones en tarea conjunta con BBVA Previsión AFP; y a efectos de dar cumplimiento a la Auditoria determinada mediante Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006; y según lo instruido por la Resolución Administrativa SPVS N° 982 de 12 de septiembre de 2006, así como los alcances mínimos para la realización de auditorías externas para la validación de las reservas financieras establecidos por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, procedió a invitar a las empresas legalmente constituidas y que se* ***encontraban inscritas en el Registro de Auditores Externos del Mercado de Seguros de la ex Superintendencia de pensiones*** (sic) ***Valores y Seguros,*** *a efectos de que se lleve a cabo la auditoria para la validación de los saldos de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de personas que administran los Seguros Previsionales del SSO al 31 de octubre de 2006.*

b) *Como consecuencia de ello ambas AFP, procedieron a la contratación de la Firma de Auditoria ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA, hecho que fue puesto en conocimiento de la ex SPVS mediante nota FUT.SUP. 3036/06 de fecha 10 de octubre de 2006.*

c) *La firma de auditoria ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA., desarrollo su labor en el marco de los Términos de Referencia establecido por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006; emitiendo su informe de acuerdo a Normas Internacionales de Auditoría (NIA) en fecha 23 de diciembre de 2006; y remitiéndonos copia del mismo en fecha 27 de abril de 2007 mediante nota EY 222/07. La ex SPVS recibió de nuestra parte el informe de la firma ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA en fecha 30 de abril de 2007.*

d) *Asimismo y a solicitud de la ex SPVS en fecha 16 de mayo de 2007 se procede a enviar también el contrato, la planificación, y otra información relacionada a la firma luego de la revisión del informe de auditoría y la demás documentación solicitada, la Dirección de Control y Fiscalización de la Intendencia de Seguros mediante informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07 de 24 de mayo de 2007 concluyó que dicho informe no habría cumplido el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de Auditorías Externas para la validación de las Reservas Financieras en las Compañías de Seguros que administran los Seguros Previsionales en razón a que los importes revelados fueron obtenidos a través de procedimientos limitados y previamente acordados, sobre cuya suficiencia el propio auditor externo se ha limitado. Copia del informe de la*

Dirección de Control y Fiscalización de la Intendencia de Seguros SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07 de 24 de mayo de 2007, fue remitida a nuestra AFP mediante nota SPVS/IS/DAD/2192/2007 de fecha 22 de agosto de 2007. Por lo que ya en conocimiento del informe, procedimos a trasladar las observaciones a la firma de auditoría externa que fue contratada por ambas AFP, ERNEST (sic) *& YOUNG LTDA. a efecto de conocer sus apreciaciones sobre las observaciones, hecho que también fue comunicado a la ex SPVS de manera conjunta con BBVA Previsión AFP, mediante nota sin número de fecha 31 de agosto de 2007 entregada el 3 de septiembre de 2007.*

e) *Como consecuencia de lo anterior, la firma ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA responde a las observaciones del informe de auditoría SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07 mediante nota EY 467/07 de fecha 24 de octubre de 2007, en la cual establecen que su trabajo se enmarcó en normas internacionales ISRS 4400 que modifican la ISA 920, emitidas por la Federación Internacional de Contadores; y que los procedimientos acordados se basan en los Términos de Referencia incluidos en la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, por lo que ERNEST* (sic) *& YOUNG E&Y ha considerado que dichos procedimientos acordados cumplen con el objetivo planteado. Asimismo ERNEST* (sic) *& YOUNG en la misma nota resalta el hecho que, la Circular SPVS/IPDP/SSO* (sic) *087/2006 de fecha 26 de septiembre de 2006, no menciona en el apartado "Informes a Presentar" que los saldos sujetos a revisión por el auditor externo concluyan con un dictamen de auditoría (opinión). En otro párrafo de la misma nota, ERNEST* (sic) *& YOUNG asegura que los procedimientos y hallazgos sobre dichos procedimientos cubren los objetivos y alcancen establecidos en la circular referida; por lo que concluyen diciendo que "**En función a lo mencionado en los párrafos anteriores, consideramos que el informe presentado por el auditor externo cumple a cabalidad lo exigido en la circular pertinente".** La citada nota fue enviada a la Intendencia de Seguros mediante nota conjunta con BBVA Previsión de fecha 25 de octubre de 2007 y recibida por la ex SPVS el 29 de octubre de 2007, sin contar con respuesta o pronunciamiento alguno.*

f) *Sin embargo de lo anterior, y pese a haber aclarado las observaciones de la auditoría externa, en fecha 16 de febrero de 2009 fuimos notificados con la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, que establece en su artículo 1° la presentación de una nueva Auditoría Externa dispuesta por el artículo 5ª del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 señalando el alcance mínimo establecido por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, en un plazo de 40 días hábiles administrativos; así mismo la citada Resolución, establece en su artículo 2°, la inclusión del artículo 12 en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 1338 de 30 de noviembre de 2006, señalando que en caso de que en la auditoría externa de validación de la reserva Financiera en las compañías de seguros de personas practicada al 31 de octubre de 1996* (sic)*, se verifiquen la transferencia de saldos excedentarios, las AFP deberán, devolver a las Aseguradoras los montos validados por la firma contratada sin necesidad de la no objeción por parte de la ex SPVS.*

g) *La citada Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009 fue respondida considerando que el problema radica en la interpretación de los resultados tomando en cuenta la existencia de dos criterios concretos; el primero de ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA, de haber cumplido a cabalidad con los alcances mínimos para la validación de la reserva financiera do las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales de acuerdo a los Términos de Referencia establecidos mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006; y el segundo por parte de la Intendencia de Seguros, que observa el informe de auditoría en el sentido que no cumple el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de la auditoría externa aun entrando en contradicción con el numeral 3.2.1 del informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07 de 24 de mayo de 2007 que establece, que el informe de Ernest* (sic) *& Young cumplió con la Norma Internacional de Auditoria NUA* (sic) 920.

   Por ello mediante nota conjunta con BBVA Previsión AFP de fecha 7 de abril de 2009 entregada el 09 del mismo mes, se solicito una reunión con el objeto de aclarar dudas y conciliar criterios respecto al alcance de la Auditoría Externa dispuesta por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, con la participación de las AFP, las Intendencias de Pensiones y Seguros, así como de la firma de auditoría ERNEST (sic) *& YOUNG LTDA. solicitud que tampoco fue atendida.*

h) *En atención a las notas con Cite AP/DPC/CO/0135 y 0136/2010 de fecha 19 de enero de 2010 con relación al cumplimiento de la Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 063 de 6 de febrero de 2009, donde se reclama la presentación de la Auditoría Externa, recordamos a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) mediante nota de fecha 28 de enero de 2010 que aun no teníamos respuesta a nuestra nota de fecha 7 de abril de 2009 en la que se pone en conocimiento la posición de la firma ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA. de haber cumplido a cabalidad lo exigido por la Circular SPVS/IPDP/SSO* (sic) *087/2006 de fecha 26 de septiembre de 2006; y, además ratificamos nuevamente nuestra disposición para que se fije la reunión solicitada a fin de dar una solución definitiva a esta controversia; nota que tampoco generó respuesta alguna por parte de la AP hasta la fecha.*

Como su Autoridad podrá colegir, nuestra Administradora ha dado cumplimiento a los procesos y procedimientos establecidos para que se lleve adelante la Auditoría Externa para la validación de las reservas financieras de las Entidades Aseguradoras que administran los Seguros previsionales al 31 de octubre de 2006 en el marco de lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS N° 982 de 12 de septiembre de 2006, así como los alcances mínimos para la realización de auditorías externas para la validación de las reservas financieras establecidos por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006; presentando el informe respectivo ante la ex SPVS en fecha 30 de abril de 2007.

Ante la controversia suscitada por la interpretación de los resultados del informe de Auditoría de manera previa; y, posteriormente como respuesta a la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, cursamos notas de fechas 07 de

abril de 2009 y 28 de enero de 2010 respectivamente, donde damos a conocer y recordamos la posición de la firma ERNEST (sic) *& YOUNG LTDA afirmando que ha dado cumplimiento cabal a lo dispuesto por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, según su nota EY467/07; además de solicitar oportunamente una reunión que nos permita a los involucrados lograr las aclaraciones que permitan en definitiva, conseguir el objetivo final, considerando para ello lo establecido por la nota SPVS IP 2192/2007.*

Como resultado de lo arriba expresado, consideramos que la controversia sobre la interpretación de resultados y la validación de la auditoría realizada por la firma ERNEST (sic) *& YOUNG sigue siendo un tema pendiente de solución por parte del ente regulador, que en caso de no hacerlo nos dejaría en grave estado de indefensión; por lo que al justificarse la elaboración de una nueva auditoría que en todo caso reflejaría exactamente los mismos resultados de la ya presentada, es que solicitamos a su Autoridad se sirva desestimar el cargo imputado.*

(…)"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 DE FECHA 18 DE MAYO DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 18 de mayo de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presenta los siguientes argumentos:

"…***CONSIDERANDO:***

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis técnico y jurídico de los descargos y argumentos expuestos por el regulado, aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba.

AL CARGO N° 1

El Cargo Nº 1 notificado mediante nota de cargos AP/DJ/DPC/414/2011 de 09 de febrero de 2011 establece: "Existen indicios de incumplimiento al artículo 1º de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 de 06 de febrero de 2009, al advertir que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido el plazo para que presente la Auditoría Externa para la validación de la Reserva Financiera en cumplimiento al documento de Alcances Mínimos establecidos para el efecto".

Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota de descargo FUT.APS.GG-673/04/11 de 28 de abril de 2011, indica lo siguiente:

"...nuestra Administradora ha dado cumplimiento a los procesos y procedimientos establecidos para que se lleve adelante la Auditoría Externa para la validación de las reservas financieras de las Entidades Aseguradoras que administran los Seguros previsionales al 31 de octubre de 2006 en el marco de lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS Nº 982 de 12 de septiembre de 2006, así como los alcances mínimos para la realización de auditorias (sic) externas para la validación de las reservas financieras establecidos por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006; ***presentando el informe***

respectivo ante la ex SPVS en fecha 30 de abril de 2007". *(las negrillas son nuestras)*

De lo anterior cabe señalar que el Cargo N° 1 imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP se refiere al incumplimiento al ***artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009,*** *el cual dispone que las Administradoras de Fondos de Pensiones en el plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos* ***deberán presentar la Auditoría Externa*** *dispuesta por el Decreto Supremo N° 28926, artículo 5°, de 15 de noviembre de 2006; debiendo dicha información cumplir con los objetivos establecidos en el Alcance Mínimo. Por tanto, el argumento de la AFP en cuanto al cumplimiento de la presentación de una auditoría externa y su informe respectivo en fecha 30 de abril de 2007, no desvirtúa el cargo imputado, en tanto la auditoría mencionada fue observada por incumplimiento del alcance mínimo por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) en fecha 24 de mayo de 2007 mediante informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07, razón por la cual se emite la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, disponiendo la realización de una nueva Auditoría Externa en el plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos.*

Adicionalmente la AFP señala que mediante notas enviadas en fecha 07 de abril de 2009 y 28 de enero de 2010, mediante las cuales "...damos a conocer y recordamos la posición de la firma ERNEST & YOUNG LTDA (sic) afirmando que ha dado cumplimiento cabal a lo dispuesto por la Circular SPVS-IP-DPSSP 087/2006, según su nota EY467/07; además de solicitar oportunamente una reunión que nos permita a los involucrados lograr las aclaraciones que permitan en definitiva, conseguir el objetivo final...".

Asimismo menciona: "...consideramos que la controversia sobre la interpretación de resultados y la validación de la auditoria (sic) realizada por la firma ERNEST & YOUNG (sic) sigue siendo un tema pendiente de solución por parte del ente regulador, que en caso de no hacerlo nos dejaría en grave estado de indefensión; por lo que al justificarse la elaboración de una nueva auditoria (sic) que, en todo caso reflejaría exactamente los mismos resultados de la ya presentada...".

Al respecto, cabe señalar que el argumento señalado por la AFP no desvirtúa nuevamente el Cargo imputado, en tanto el ente regulador en su momento, mediante informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07, consideró que la Auditoría Externa realizada por la firma Ernst & Young no cumplía con el Alcance Mínimo, motivo por el cual solicitó mediante norma (Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009) la realización de una nueva auditoría y estableciendo un plazo determinado para su elaboración considerando las observaciones a la ya realizada, por lo que difícilmente reflejaría los mismos resultados, tal como señala el regulado.

En otro punto del análisis, independientemente de la solicitud de reuniones y de la aclaración de la "controversia sobre la interpretación de resultados y la validación de la auditoria (sic) realizada por la firma ERNEST & YOUNG (sic)", la AFP debió haber cumplido lo instruido en el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, al tratarse de una norma de cumplimiento obligatorio para los regulados y que las señaladas reuniones no podrían ir en contra de la norma, siendo esta clara. En todo

caso, en caso (sic) *de desavenencias con la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009 la vía recursiva, en su oportunidad, se veía expedita para el regulado, quien no hizo uso de este mecanismo legal, por lo que su aplicación y cumplimiento es obligatorio.*

Con relación a la afirmación de la AFP ante la posibilidad de encontrarse en "grave estado e indefensión", corresponde señalar que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 48 faculta a los regulados a interponer Recurso de Revocatoria dentro del plazo de quince (15) días de notificado con la Resolución Administrativa impugnada, situación que no ocurrió, quedando por tanto la disposición normativa plenamente vigente y se reitera, de cumplimiento obligatorio, por lo cual la AFP debió cumplir con la elaboración de la Auditoría Externa en el plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos conforme lo establece el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009.

De lo expuesto, se determina que los argumentos presentados por la AFP no son válidos para levantar el cargo imputado, por lo que corresponde su sanción.

(…)

CONSIDERANDO:

Que en fecha 13 de febrero se notifica la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, complementaria a la Resolución Administrativa/SPVS/IP/No 1338 de 30 de noviembre de 2006, la cual establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones, en el plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos, deberán presentar la Auditoría Externa dispuesta por el Decreto Supremo N° 28926, artículo 5º, de 15 de noviembre de 2006. Asimismo, en caso que en la Auditoría Externa se verifique la transferencia de saldos excedentarios, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) deberán devolver a las Entidades Aseguradoras, los montos validados por la firma de auditoría contratada, traducidos en cuotas que resultaren excedentes a la fecha de transferencia por parte de las Entidades Aseguradoras, valoradas al valor cuota del día anterior a la transacción de devolución, sin requerir de la no objeción por parte de la Entidad Reguladora.

Que al presente, al no existir la Auditoría que debía realizar la AFP, corresponde instruir a la misma su elaboración en el mismo plazo a fin de viabilizar lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006…"

En mérito a tales fundamentos, la citada resolución resuelve lo siguiente:

"…***PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009.*

(…) ***TERCERO.- I.*** *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

II. *Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.*

CUARTO.- *Futuro de Bolivia S.A. AFP, independientemente a la sanción impuesta por la presente Resolución Administrativa, en el plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos de notificada con la presente, deberá presentar a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, la Auditoría Externa dispuesta por el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 063 de 2009.*

QUINTO- I. *En caso que en la Auditoría Externa de la validación de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de personas practicada al 31 de octubre de 2006, se verifique la transferencia de saldos excedentarios, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá devolver en el mismo plazo señalado en el artículo anterior a las Entidades Aseguradoras, los montos validados por la firma de Auditoría contratada, traducidos en cuotas que resultaren excedentes a la fecha de transferencia por parte de las Entidades Aseguradoras, valoradas al valor cuota del día anterior a la transacción de devolución. Montos que no requerirán de la no objeción por esta Entidad Reguladora.*

II*. Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos de efectuada la transferencia, deberá remitir copia de la documentación que avale dicha transferencia, bajo apercibimiento de iniciar el proceso administrativo correspondiente y las responsabilidades que establezca según norma…*"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 4 de julio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 016-2011 de 18 de mayo de 2011, con los siguientes argumentos:

"…***II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-***

Relación de Hechos:

Nuestra Administradora de Fondos de Pensiones en tarea conjunta con BBVA Previsión AFP; y a efectos de dar cumplimiento a la Auditoria (sic) *determinada mediante Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006; y según lo instruido por la Resolución Administrativa SPVS N° 982 de 12 de septiembre de 2006, así como los alcances mínimos para la realización de auditorías externas para la validación de las reservas financieras establecidos por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, procedió a invitar a las empresas legalmente constituidas y que se* ***encontraban inscritas en el Registro de Auditores***

***Externos del Mercado de Seguros de** la **ex Superintendencia de pensiones Valores y Seguros,** a efectos de que se lleve a cabo la auditoria para la validación de los saldos de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de personas que administran los Seguros Previsionales del SSO al 31 de octubre de 2006. Como consecuencia de ello ambas AFP, procedieron a la contratación de la Firma de Auditoría ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA, hecho que fue puesto en conocimiento de la ex SPVS mediante nota FUT.SUP. 3036/06 de fecha 10 de octubre de 2006.*

La firma de auditoría ERNEST (sic) *& YOUNG LTDA., desarrolló su labor en el marco de los Términos de Referencia establecido por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006; emitiendo su informe de acuerdo a Normas Internacionales de Auditoría (NIA) en fecha 23 de diciembre de 2006; y remitiéndonos copia del mismo en fecha 27 de abril de 2007 mediante nota EY 222/07. La ex SPVS recibió de nuestra parte el informe de la firma ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA en fecha 30 de abril de 2007.*

Asimismo y a solicitud de la ex SPVS en fecha 16 de mayo de 2007 se procede a enviar también el contrato, la planificación, y otra información relacionada a la firma Luego (sic) *de la revisión del informe de auditoría y la demás documentación solicitada, la Dirección de Control y Fiscalización de la Intendencia de Seguros mediante informe SPVS-IS-DCF-100 Nº 076/07 de 24 de mayo de 2007 concluyó que dicho informe no habría cumplido el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de Auditorías Externas para la validación de las Reservas Financieras en las Compañías de Seguros que administran los Seguros Previsionales en razón a que los importes revelados fueron obtenidos a través de procedimientos limitados y previamente acordados, sobre cuya suficiencia el propio auditor externo se ha limitado. Copia del informe de la Dirección de Control y Fiscalización de la Intendencia de Seguros SPVS-IS-DCF-100 Nº 076/07 de 24 de mayo de 2007, fue remitida a nuestra AFP mediante nota SPVS/IS/DAD/2192/2007 de fecha 22 de agosto de 2007. Por lo que ya en conocimiento del informe, procedimos a trasladar las observaciones a la firma de auditoría externa que fue contratada por ambas AFP, ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA. a fin de conocer sus apreciaciones sobre las observaciones, hecho que también fue comunicado a la ex SPVS de manera conjunta con BBVA Previsión AFP, mediante nota sin número de fecha 31 de agosto de 2007 entregada el 3 de septiembre de 2007.*

Como consecuencia de lo anterior, la firma ERNEST (sic) *& YOUNG LTDA responde a las observaciones del informe de auditoría SPVS-IS-DCF-100 Nº 076/07 mediante nota EY 467/07 de fecha 24 de octubre de 2007, en la cual establecen que su trabajo se enmarcó en normas internacionales ISRS 4400 que modifican la ISA 920, emitidas por la Federación Internacional de Contadores; **y que los procedimientos acordados se basan en los Términos de Referencia incluidos en la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006,** por lo que ERNEST* (sic) *& YOUNG E&Y ha considerado que dichos procedimientos acordados cumplen con el objetivo planteado. Asimismo ERNEST* (sic) *& YOUNG en la misma nota resalta el hecho que, la Circular SPVS/IPDP/SSO 087/2006 de fecha 26 de septiembre de 2006, no menciona en el apartado "Informes a Presentar" que los saldos sujetos a revisión por el auditor externo concluyan con un dictamen de auditoría (opinión). En otro párrafo de la misma nota, ERNEST* (sic) *& YOUNG asegura que los procedimientos y hallazgos sobre*

dichos procedimientos cubren los objetivos y alcances establecidos en la circular referida; por lo que concluyen diciendo que ***"En función a lo mencionado en los párrafos anteriores, consideramos que el informe presentado por el auditor externo cumple a cabalidad lo exigido en la circular pertinente".*** *La citada nota fue enviada a la Intendencia de Seguros mediante nota conjunta con BBVA Previsión de fecha 25 de octubre de 2007 y recibida por la ex SPVS el 29 de octubre de 2007.*

A la fecha expresamos nuevamente que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha cumplido con la contratación de la empresa de Auditoría Externa; y, que ésta a su vez, ha procedido a la elaboración de su informe en cumplimiento a los alcances mínimos señalados por la Circular SPVS/IPDP/SSO 087/2006 de fecha 26 de septiembre de 2006, por lo que la misma tiene plena validez.

Vulneración del principio de Verdad Material.-

Su Autoridad en parte de los considerandos que atañen el cargo Nº 1 señala que "…independientemente de la solicitud de reuniones y de la aclaración de la controversia sobre la interpretación de resultados y la validación de la auditoría realizada por la firma ERNEST (sic) *& YOUNG, la AFP debió haber cumplido lo instruido en el artículo 1º de la resolución* (sic) *Administrativa SPVS/IS/ N 063 de 06 de febrero de 2009, al tratarse de una norma de cumplimiento obligatorio para los regulados y que las señaladas reuniones no podrían ir en contra de la norma, siendo esta clara." Por lo que es prudente remitirse a la Verdad Material por cual* (sic) *la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil. De ello se desprende que en este caso no se ha tomado en cuenta que:*

a) *La citada Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 de 06 de febrero de 2009 fue respondida por ambas AFP, considerando que el problema principal radica en la interpretación de los resultados tomando en cuenta la existencia de dos criterios concretos; el primero de ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA, de haber cumplido a cabalidad con los alcances mínimos para la validación de la reserva financiera de las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales de acuerdo a los Términos de Referencia establecidos mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006; y el segundo por parte de la Intendencia de Seguros, que observa el informe de auditoría en el sentido que no cumple el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de la auditoría externa, aun entrando en contradicción con el numeral 3.2.1 del informe de Ernest* (sic) *& Young cumplió con la Norma Internacional de Auditoria NUA* (sic) *920.*

b) *La nota conjunta con BBVA Previsión AFP de fecha 7 de abril de 2009 entregada el 09 del mismo mes, mediante la cual se solicitó una reunión con el objeto de aclarar dudas y conciliar criterios respecto al alcance de la Auditoría Externa dispuesta por el artículo 5º del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, con la participación de las AFP, las Intendencias de Pensiones y Seguros, así como de la firma de auditoría ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA., solicitud que no fue atendida.*

c) *Que en atención a las notas con Cite AP/DPC/CO/0135 y 0136/2010 de fecha 19 de enero de 2010 con relación al cumplimiento de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 063 de 6 de febrero de 2009, donde se reclama la presentación de la Auditoría Externa, recordamos a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) mediante nota de fecha 28 de enero de 2010 que aun no teníamos respuesta a nuestra nota de fecha 7 de abril de 2009 en la que se pone en conocimiento la posición de la firma ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA de haber cumplido a cabalidad lo exigido por la Circular SPVS/IPDP/SSO 087/2006 de fecha 26 de septiembre de 2006; y, además ratificamos nuevamente nuestra disposición para que se fije la reunión solicitada a fin de dar una solución definitiva a esta controversia; nota que tampoco generó respuesta alguna.*

Sobre lo arriba expresado, se tiene que el informe de Auditoría debió ser considerado por la EX SPVS y ex AP como válido, sin embargo el regulador sin entrar en mayores consideraciones, y sin fundamentar ni desarrollar las observaciones que estarían enfocadas a ciertos procesos previamente acordados -que está (sic) *permitidos por normas internacionales de Auditoria - se limita a expresar que, la elaboración de una nueva auditoría "considerando las observaciones a la ya realizada ... difícilmente reflejaría los mismos resultados", aseveración que carece también de la fundamentación y motivación necesaria.*

IV. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE.-

En otra parte de los considerandos de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011, se señala que "En todo caso, en caso de desavenencias con la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 063 de 06 de febrero de 2009 la vía recursiva, en su oportunidad, se veía expedita para el regulado, quien no hizo uso de es (sic) *mecanismo legal, por lo que su aplicación y cumplimiento es obligatorio". Sin embargo de ello ambas AFP en el marco de lo dispuesto por el artículo 4, inciso e) de la ley* (sic) *de Procedimiento Administrativo que establece el Principio de buena fe por el cual en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe; así como la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, hicieron las solicitudes necesarias para aclarar las observaciones y la controversia sobre la Auditoría Externa dispuesta por el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, y poder cumplir con el objetivo de la misma como se desprende de las notas conjuntas cursadas en fechas 07 de abril de 2009 y 28 de enero de 2010 respectivamente donde damos a conocer y luego recordamos al regulador la posición de la firma ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA afirmando que ha dado cumplimiento cabal a lo dispuesto por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, según su nota EY467/07; además de solicitar oportunamente una reunión que nos permita a los involucrados lograr las aclaraciones que permitan en definitiva, conseguir el objetivo final, considerando para ello lo establecido por la nota SPVS IP 2192/2007; evitando procesos recursivos tendientes a dilatar más la validación de la Auditoría Externa.*

III. DE LA GRAVEDAD DE LA SANCIÓN Y LA FALTA DE FUNDAMENTO PARA LA CUANTIA DE LA SANCIÓN.-

Su Autoridad al momento de emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 18 de mayo de 2011, no ha establecido de que manera nuestra conducta hubiera estado enmarcada dentro del concepto de la preterintencionalidad, siendo pertinente citar que de acuerdo a lo expresado por el artículo 286 inciso c) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, para que se califique una infracción, acción u omisión como de gravedad leve deben concurrir necesariamente:

a) Provocación de manera preterintencional

b) No exista beneficio propio o de personas relacionadas al infractor.

En el presente caso la ex AP no ha fundamentado ni respaldado la concurrencia de una conducta preterintencional que pueda justificar la calificación de gravedad leve en el presente caso, es decir, que no ha establecido de manera certera la realidad de los hechos imputados mediante la prueba para determinar las razones o motivos que han incidido en la conducta de nuestra Administradora, considerando además las solicitudes efectuadas de manera conjunta con la otra Administradora a fin de cumplir con el Objetivo de la Auditoria (sic).

De lo anterior se desprende que en vulneración a lo establecido por el artículo 288 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 carece de la motivación necesaria puesto que no existe la fundamentación y motivación para que su Autoridad haya impuesto una multa equivalente a $us5.000,00 (Cinco Mil 00/00 Dólares de los Estados Unidos de America (sic)*).*

IV. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos expresados por nuestra Administradora de Fondos de Pensiones y al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/ Nº 016-2011 de fecha 18 de Mayo (sic) *de 2011, adecuando así el caso de Autos al marco de la legalidad en conformidad a las reglas del debido proceso administrativo…*"

5. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS POR ANTE EL ENTE REGULADOR.-

En fecha 8 de julio de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos por ante el Ente Regulador, la que fuera dispuesta por auto de fecha 30 de junio de 2011.

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 197-2011 DE 1º DE AGOSTO DE 2011.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 262-2011 de 25 de agosto de 2011, resolvió confirmar totalmente "*la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS*", con los siguientes fundamentos:

"…***CONSIDERANDO:***

(…)Que en primera instancia corresponde señalar que, en su momento el informe de auditoría elaborado por la Firma Ernst & Young fue observado mediante Informe SPVS-IS-DCF-100 Nº 076/07, concluyendo que la misma no habría cumplido el Alcance Mínimo establecido mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006 como condición para que Futuro de Bolivia S.A. AFP pueda dar cumplimiento a la norma, aspecto que fue señalado en los Considerandos de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 de 06 de febrero de 2009, la cual no fue recurrida por Futuro de Bolivia S.A. AFP en su momento, tornándose por tanto la misma en una norma administrativa de aplicación y cumplimiento obligatorio.

Que asimismo, no se discute el hecho que la AFP haya contratado los servicios de Auditoría Externa de Ernst & Young, sin embargo se considera que ésta no habría desarrollado su labor en el marco de los Términos de Referencia establecidos por los Alcances Mínimos expresados mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, por lo cual corresponde señalar que los mismos señalan, en lo pertinente lo siguiente:

"TRABAJO DE AUDITORÍA EXTERNA Y OPINIÓN DEL AUDITOR

4º *Los auditores deberán, efectuar la validación del saldo de la reserva financiera por el período comprendido entre el 1º de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2006, desde su transferencia a la entidad aseguradora hasta la finalización del periodo de contratación, según saldos que se expongan en los estados financieros correspondientes al 31 de octubre de 2006, y emitir un informe independiente que determine el importe definitivo del saldo de Reserva Financiera al 31/10/06, considerando las transferencias realizadas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, el porcentaje dispuesto como saldo al final del quinto año de vigencia del contrato, y las deducciones de los pagos especificados según norma vigente y efectivamente desembolsados.*

Las operaciones de la Reserva Financiera, están interrelacionadas con otras cuentas, tanto del balance (sic) *General como del estado de Resultados, consecuentemente, el auditor externo deberá considerar en su trabajo, todas las cuentas de los estados financieros que estén interrelacionadas, relacionadas* (sic) *y que en forma importante afectan la información sobre la reserva financiera, no siendo posible considerar la Reserva Financiera, como un componente aislado.*

El informe deberá señalar expresamente que el componente auditado ha sido preparado de conformidad con la normativa legal señalada anteriormente.

No puede interferir en el informe del auditor, ni sustentar dicho informe, ninguna conciliación realizada o importes determinados por la Intendencia de Seguros, durante la vigencia del contrato.

***5º** La **opinión del auditor externo**, debe surgir de una base de pruebas y evidencias que sustenten los importes y revelaciones del componente objeto del trabajo, considerando las aseveraciones de los estados financieros, de propiedad, exposición, integridad, existencia y valuación, y la obtención de evidencia suficiente y pertinente obtenida directamente de la fuente de origen, que respalde la opinión del Auditor..." (las negrillas son nuestras)*

De lo anterior, se advierte con meridiana claridad que entre otras actividades que se deben considerar en la Auditoría externa, son la determinación del importe definitivo del saldo de la Reserva Financiera al 31/10/06 y la opinión (punto 5º), a fin de lograr el cumplimiento del objetivo previsto en los Alcances Mínimos.

Que al presente, se concluye que, las observaciones del informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07 de 24 de mayo de 2007, no fueron cumplidas por el regulado hasta la fecha, considerando el plazo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, ni tampoco se dio atención estricta a los Términos de Referencia establecidos en la SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006.

CONSIDERANDO:

Que es importante resaltar que, el cumplimiento de lo establecido por la norma es obligación exclusivamente del regulado, pero que sin embargo, precisa de la participación de la firma de Auditoría Externa como interviniente esencial para el cumplimiento de la obligación impuesta al regulado, quien debía realizar la Auditoría Externa en el plazo establecido por la resolución (sic) *Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009.*

Que en relación a la audiencia para la exposición de fundamentos solicitada por ambas AFP, llevada a cabo en lecha 08 de julio de 2011, en lo pertinente se tiene lo siguiente:

"Futuro de Bolivia S.A. AFP.-** Remite su participación a los personeros en la empresa de auditoría Ernst A Young al ser un tema técnico. **Asimismo, señala su predisposición a cumplir con lo dispuesto en norma y lo sostenido en reunión.

***ERNST & YOUNG.-** En lo principal señala:*

- *El trabajo de auditoría fue realizado conforme a norma.*
- *La empresa de auditoría no puede dar una opinión sobre la auditoría realizada*

al 100%, la cual no corresponde por racionalidad, procedimiento, una opinión determinante, concluyendo que no pueden señalar aquello.

- *Si se da un dictamen al 100% no tendría racionalidad y sería un retroceso.*
- *El esquema de informe no pedía opinión.*
- ***El señor Percy Fernández señala que la exigencia de la APS estuvo en los términos de referencia.***
- *Concluyen que* ***elaborarán un documento adicional a la auditoría ya realizada con los aspectos considerados en la audiencia, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en norma vigente.***

APS.- *Refiere:*

- *Indica que* ***los términos de referencia y la norma son claras en lo que refiere a la Auditoría a realizar,*** *en lo que se debe emitir un informe independiente que determine el importe definitivo del saldo de Reserva Financiera al 31/10/06, para cada una de las entidades aseguradoras. Se reitera que el objetivo de la norma es claro... (las negrillas son nuestras)."*

Que de lo expuesto en la audiencia y considerando que la participación en la Audiencia de Ernst & Young fue asentida por la Futuro de Bolivia S.A. AFP; puede deducirse la aceptación tácita de la empresa de Auditoría Ernst & Young sobre la necesidad de elaborar un informe complementario de auditoría, ***a objeto de proporcionar mayor claridad, exactitud y con la finalidad de dar cumplimiento a los términos de referencia establecidos en la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006.***

Que en la audiencia mencionada, a su vez la APS reiteró que los términos de referencia y la norma son claras en lo que se refiere la Auditoría a realizar, en la cual ***se debe emitir un informe independiente que determine el importe definitivo del saldo de la reserva Financiera al 31 de octubre de 2006, para cada una de las Entidades Aseguradoras.***

Que por lo expuesto en el presente análisis, es importante señalar que la AFP al señalar su predisposición a cumplir con lo establecido en la norma vigente, reconoce tácitamente que la Auditoría Externa presentada no cumple con todos los aspectos de los Términos de Referencia de la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, remarcando en lo posterior conducirse conforme a lo que se sostenga en la reunión.

CONSIDERANDO:

(…)

Que respecto al inciso a), corresponde señalar que el objetivo fundamental de la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, la cual establece el Alcance Mínimo para la realización de Auditorías Externas, es: "Determinar el saldo de la Reserva Financiera a la finalización del contrato, al 31 de octubre de 2006, considerando el importe efectivamente transferido por las Administradoras de Fondos

de Pensiones al inicio del contrato, transferencias posteriores por este mismo concepto, si hubiera y las liberaciones de reserva, conforme la normativa vigente.", lo cual se encuentra refrendado por el último párrafo del quinto Considerando de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, objeto de imputación del cargo.

Que asimismo, el párrafo cuarto del sexto Considerando de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, señala: "Que, la Dirección de Control y Fiscalización de la Intendencia de Seguros mediante Informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07 de 24 de mayo de 2007, concluyó que no se ha cumplido el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de Auditorías Externas para la validación de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales del S.S.O. al 31 de octubre de 2006, ***orientando a establecer el saldo de la Reserva Financiera*** *(las negrillas son nuestras)."*

Que en el Informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07 de 24 de mayo de 2007 no existe contradicción en la observación al informe de auditoría realizado por Ernst & Young, ya que independientemente de haberse considerado el cumplimiento de la Norma Internacional de Auditoría NIA 920, se consideró que el mismo no cumplió con el objetivo del Alcance Mínimo, el cual exige ***establecer el saldo de la Reserva Financiera,*** *expresado en un dictamen final y su opinión, el cual indique el saldo resultante para cada una de las Entidades Aseguradoras, dictamen que no se presentó en el mencionado informe de auditoría realizado.*

Que respecto a los incisos b) y c) corresponde aclarar que la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, señala en su artículo 1°:

"... en el plazo de 40 días hábiles administrativos, deberán presentar la Auditoría externa dispuesta por el Decreto Supremo 28926, artículo 5°, de 15 de noviembre de 2006; debiendo dicha información cumplir con los objetivos establecidos en el Alcance Mínimo..."

Que por lo expuesto, la Administradora debió presentar la Auditoría Externa que cumpla lo señalado por el Alcance Mínimo, verificándose que a la fecha de remisión de las notas no se había cumplido con lo señalado.

Que no puede existir vulneración al principio de verdad material, si bien al momento de emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DFC/N° 016-2011 de 18 de mayo de 2011, se tomó en consideración toda la documentación que hace al expediente, y en particular la nota de solicitud de reunión de aclaración remitida por ambas AFP en fecha 07 de abril de 2009; sin embargo al contrastar fechas de envío, queda en evidencia que la misma fue presentada en una fecha en la cual la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009 ya se encontraba ejecutoriada, al haber caducado el derecho de las AFP de recurrir la misma conforme a norma así como para poder requerir precisiones o aclaraciones oportunamente; por tanto ***su cumplimiento es de carácter obligatorio*** *para ambas*

AFP.

Que la AFP en su memorial también señala: "... se tiene que el informe de Auditoría debió ser considerado por la EX SPVS y ex AP como válido, sin embargo el regulador sin entrar en mayores consideraciones, y sin fundamentar ni desarrollar las observaciones que estarían enfocadas a ciertos procesos previamente acordados - que está permitidos (sic) por normas internacionales de Auditoria - se limita a expresar que, la elaboración de una nueva auditoría "considerando las observaciones a la ya realizada ... difícilmente reflejaría los mismos resultados", aseveración que carece también de la fundamentación y motivación necesaria."

Que al respecto, es lógico señalar que la elaboración de la auditoría en base a observaciones que se han realizado al informe de auditoría presentado por la firma Ernst & Young, resultaría en un informe que refleje lo requerido por la Entidad Reguladora y en consecuencia por los Alcances Mínimos, siendo la observación principal la no emisión de un dictamen y opinión por parte de Ernst & Young que establezca el saldo de la Reserva Financiera.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP en su memorial también señala lo siguiente: "En otra parte de los considerandos de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011, se señala que "En todo caso, en caso (sic) *de desavenencias con la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 063 de 06 de febrero de 2009 la vía recursiva, en su oportunidad, se veía expedita para el regulado, quien no hizo uso de es (sic) mecanismo legal, por lo que su aplicación y cumplimiento es obligatorio". Sin embargo de ello ambas AFP en el marco de lo dispuesto por el artículo 4, inciso e) de la ley de Procedimiento Administrativo que establece el Principio de buena fe por el cual en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe; así como la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, hicieron las solicitudes necesarias para aclarar las observaciones y la controversia sobre la Auditoría Externa dispuesta por el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, y poder cumplir con el objetivo de la misma como se desprende de las notas conjuntas cursadas en fechas 07 de abril de 2009 y 28 de enero de 2010 respectivamente donde damos a conocer y luego recordamos al regulador la posición de la firma ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA (sic) afirmando que ha dado cumplimiento cabal a lo dispuesto por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, según su nota EY467/07; además de solicitar oportunamente una reunión que nos permita a los involucrados lograr las aclaraciones que permitan en definitiva, conseguir el objetivo final, considerando para ello lo establecido por la nota SPVS IP 2192/2007; evitando procesos recursivos tendientes a dilatar más la validación de la Auditoría Externa."*

Que de lo señalado por la AFP, corresponde señalar que si bien la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, en el inciso c) del artículo 4º establece el principio de buena fe, el mismo es independiente a lo que se refiere al cumplimiento de una Resolución Administrativa una vez que la misma se encuentra

con fuerza ejecutiva conforme lo señala el artículo 55º de la misma disposición normativa. "Las resoluciones definitivas de la Administración Pública, una vez notificadas, serán ejecutivas y la Administración Pública podrá proceder a su ejecución forzosa por medio de los órganos competentes en cada caso".

Que el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, otorga al regulado el derecho de presentar Recurso de Revocatoria contra toda Resolución definitiva emitida por el Ente Regulador, cuando se considere que la misma cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.

Que de igual manera el artículo 48 de la señalada disposición normativa otorga el plazo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución impugnada al regulado para presentar el Recurso de Revocatoria.

Que de la relación de hechos en el presente caso, se advierte que la AFP no presentó recurso alguno dentro del plazo estipulado por norma, caducando por tanto el derecho de impugnación, dándose lugar a su ejecución obligatoria.

Que de lo señalado anteriormente y por las facultades que confiere la norma, se considera que no se ha vulnerado el principio de buena fe que señala el Regulado, toda vez que el Ente Regulador a lo largo del proceso para la Transferencia de la Reserva Financiera tuvo, a través de los actos administrativos emitidos y comunicados, interacción con el Regulado para que este cumpla con las actividades determinadas por norma. Por lo que se determina que se ha obrado con Futuro de Bolivia S.A. AFP con buena fe.

CONSIDERANDO:

(…)Que al respecto, la AFP no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 1º de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, al no haber presentado hasta la fecha un informe y dictamen de Auditoría Externa en las condiciones y plazos señalados por la misma, considerando que para dicho propósito se encuentra en la obligación de dar cumplimiento con los Términos de Referencia establecidos en los Alcances Mínimos dispuestos mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, adicionalmente(sic)

Que de lo anterior y aplicado al caso, la preterintencionalidad en el accionar de la AFP se expresa en tanto las Entidades Aseguradoras, ante el incumplimiento del regulado al no haber presentado el informe de Auditoría Externa conforme a norma, no pudieron contar con los recursos que les eran debidos por concepto de saldo de Reserva Financiera al 31 de octubre de 2006.

Que en consecuencia, el perjuicio ocasionado a las Entidades Aseguradoras se advierte en tanto las mismas hasta la fecha no cuentan con la devolución del monto que debió haberse establecido mediante el dictamen de Auditoría Externa sobre las

Reservas Financieras al 31 de octubre de 2006 y al tratarse de recursos objetivos, deben los mismos ser tratados con mayor delicadeza.

Que es importante también considerar que fue mediante la participación de la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, que por medio de la nota AP/DPC/CO/0135/2010 de 19 de enero de 2010 instruyó a la AFP a presentar a la ex AP y a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, los resultados de la Auditoría Externa que fue dispuesta mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009.

Que la AFP hizo caso omiso a la nota anteriormente mencionada, la cual conmina al Regulado nuevamente a realizar y presentar los resultados y opiniones de la Auditoría Externa de reserva Financiera, pese a que el plazo estaba vencido y que la respuesta que se dio posteriormente, reitera una posición pasiva, supeditando arbitrariamente su accionar a la fijación de una fecha para una reunión.

Que es necesario dejar establecido que como bien lo corrobora la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI N° 031/2011 de 24 de junio de 2011, es potestad de esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo análisis de los hechos y la prueba existente.

Que por todo lo anteriormente señalado y considerando que no existió daño económico, por cuanto el artículo 2° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, establece que los saldos excedentarios identificados deberán devolverse a las Entidades Aseguradoras traducidos en cuotas que resultaren excedentes a la fecha de transferencia por parte de las Entidades Aseguradoras, valoradas al valor cuota del día anterior a la transacción de devolución, pero por el tiempo transcurrido a raíz del incumplimiento y en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sancionó la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, razón por la cual se consideró aplicar sanción pecuniaria con gravedad leve de Bolivianos, equivalente a $us5.000,00 (Cinco mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América)…"

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 22 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de 1° de agosto de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:***

A tiempo de ratificar lo expresado mediante nuestro memorial de fecha 30 de junio de 2011, por el cual interpusimos Recurso de Revocatoria contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 197-2011 de 18 de Mayo de 2011, tengo a bien expresar lo siguiente:

Vulneración del Principio de Verdad Material.-

Su Autoridad ha expresado que:

> *"No puede existir vulneración al principio de verdad material, si bien al momento de emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/016-2011 de 18 de mayo de 2011, se tomó en consideración toda la documentación que hace al expediente, y en particular la nota de solicitud de reunión de aclaración remitida por ambas AFP en fecha 07 de abril de 2009, sin embargo al contrastar fechas de envió* (sic)*, queda en evidencia que la misma fue presentada en una fecha en la cual la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 de 06 de febrero de 2009 ya se encontraba ejecutoriada, al haber caducado el derecho de las AFP de recurrir la misma conforme a norma así como para poder requerir precisiones o aclaraciones oportunamente; por tanto su* ***cumplimiento es de carácter obligatorio*** *para ambas AFP (el subrayado es nuestro)."*

Al respecto cabe señalar que si la intención de nuestra AFP hubiese sido la de recurrir dicha Resolución, lo hubiésemos hecho; sin embargo la voluntad objetiva ante la controversia suscitada por el informe presentado por ERNEST (sic) *& YOUNG LTDA y su posición de haber cumplido a cabalidad con los alcances mínimos para la validación de la reserva financiera de las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales de acuerdo a los Términos de Referencia establecidos mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, y la posición de la Intendencia de Seguros, que observa el informe de auditoría en el sentido que no cumple el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de la auditoría externa; era la de aclarar las observaciones al informe ya presentado y en consecuencia si correspondiese, presentar el informe aclaratorio.*

Su Autoridad no debe confundir el hecho de que la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 063 de 06 de febrero de 2009 se encuentre ejecutoriada por el transcurso del plazo legal para recurrirla; con el plazo para la presentación del informe que fue fijado en 40 días hábiles. Éste último se empezó a computar desde el día siguiente de la notificación, conforme a lo establecido por el artículo 21, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo, teniendo entonces ambas AFP como plazo para presentar dicho informe el día 15 de abril de 2009.

Considerando lo anterior, si la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros hubiera atendido la nota conjunta con BBVA Previsión AFP de fecha 7 de abril de 2009, mediante la cual se solicitó una reunión con el objeto de aclarar dudas y conciliar criterios respecto al alcance de la Auditoría Externa dispuesta por el artículo 5º del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, con la participación de las AFP, las Intendencias de Pensiones y Seguros, así como de la firma de auditoría

ERNEST (sic) *& YOUNG LTDA., ambas AFP, hubiéramos podido dar cumplimiento a las exigencias sobre el informe ya presentado, pues no ameritaba la elaboración de una nueva auditoría, como su Autoridad podrá colegir de los antecedentes del caso.*

Es importante señalar que nuestra AFP mantuvo siempre su posición respecto al informe de auditoría que fuese presentado en su oportunidad, por ello insistimos en tener la reunión que permita aclarar las observaciones efectuadas por la Ex SPVS, solicitando para ello se nos conceda una audiencia; la misma que se llevo a acabo (sic) *en fecha 08 de julio de 2011, la misma que permitió dilucidar la controversia y de esta manera poder dar cumplimiento a lo exigido por la APS en relación al informe ya presentado, como bien señala su Autoridad al expresar que:*

> *"...de lo dispuesto en la audiencia y considerando que la participación en la Audiencia de Ernst & Young fue asentida por Futuro de Bolivia S.A. AFP; puede deducirse la aceptación tácita de la empresa de Auditoria Ernst & Young sobre la necesidad de elaborar un informe complementario de auditoría,* ***a objeto de proporcionar mayor claridad, exactitud y con la finalidad de dar cumplimiento a los términos de referencia establecidos en la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006*** *(el subrayado es nuestro)".*

La aceptación de futuro (sic) *de Bolivia S.A. AFP, para que se* ***elabore un informe aclaratorio al originalmente presentado, y no así una nueva auditoría****, no puede considerarse una aceptación tácita de infracción a la norma, ya que el informe fue presentado en su oportunidad, y la Ex SPVS no atendió n* (sic) *cuando correspondía la solicitud efectuada por ambas AFP para aclarar las observaciones, aspecto que hubiera logrado que esta controversia no se prolongue más de lo debido; ya que reitero, no era necesario la elaboración de una nueva auditoría.*

Vulneración del Principio de Buena Fe.-

Lo precedentemente descrito, confirma lo expresado en nuestro memorial de Recurso de Revocatoria, pues la voluntad de ambas AFP en el marco de lo dispuesto por el artículo 4, inciso e) de la ley de Procedimiento Administrativo que establece el Principio de buena fe por el cual en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe; así como la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; era la de aclarar las observaciones y la controversia sobre la Auditoría Externa dispuesta por el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, y poder cumplir con el objetivo de la misma como se desprende de las notas conjuntas cursadas en fechas 07 de abril de 2009 y 28 de enero de 2010 respectivamente donde primero damos a conocer, y luego recordamos al regulador la posición de la firma ERNEST (sic) *& YOUNG LTDA afirmando que ha dado cumplimiento cabal a lo dispuesto por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, según su nota EY467/07.*

III.- DE LA GRAVEDAD DE LA SANCIÓN Y LA FALTA DE FUNDAMENTO PARA LA CUANTÍA DE LA SANCIÓN:

Su Autoridad no ha justificado la imposición del monto de la cuantía de la sanción pecuniaria; y, aunque su Autoridad tiene la discrecionalidad para la asignación de las mismas; es pertinente remitirse a lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia Nº 1464/2004-R que en la parte pertinente señala:

> *"Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los* (sic) *intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
>
> *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley* (sic) *de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."*

De la citada sentencia constitucional se desprende que la falta de fundamentación para la asignación de la cuantía o monto de la sanción, resulta en que la misma sea desproporcionada; y vulnere además lo establecido por el artículo 288 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ya que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011; y, la resolución (sic) *Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 197-2011 de 01 de Agosto* (sic) *de 2011, carecen de la motivación necesaria puesto que no existe la fundamentación por la que su Autoridad haya impuesto una multa equivalente a $us5.000,00 (Cinco Mil 00/00 Dólares de los Estados Unidos de América).*

Asimismo su Autoridad al momento de emitir la ahora impugna (sic) *Resolución Administrativa no ha establecido de que manera nuestra conducta hubiera estado enmarcada dentro del ámbito de la preterintencionalidad, siendo este un elemento esencial para la configuración de la infracción administrativa a efectos que esta se califique como de gravedad leve; limitándose a expresar que:*

> *"...el concepto de preterintencionalidad de acuerdo a lo establecido por el Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Guillermo Cabanellas, el cual en*

su Tomo IV señala: "Superación del propósito por los Hechos. Circunstancia atenuante (v.) de la responsabilidad criminal cuando se causa un mal superior al querido o planeado... 1.Concepto técnico. Jiménez de Asúa expresa que la preterintención -sinónimo menos difundido- consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido..."; y luego que "...aplicado al caso, la preterintencionalidad en el accionar de la AFP se expresa en tanto la Entidades Aseguradoras, ante el incumplimiento del regulado al no haber presentado el informe de Auditoría Externa conforme a norma, no pudieron contar con los recursos que les eran debidos por concepto de saldo de reserva Financiera al 31 de octubre de 2006".

Argumentos que no son suficientes como para determinar una conducta antijurídica preterintencional, más aun cuando como lo reconoce la propia APS, no existe daño económico, toda vez que los saldos de las reservas deben ser expresados en cuotas de capital reconociéndoles (sic) *la rentabilidad obtenida.*

Por lo anteriormente expresado, al no haberse demostrado la conducta preterintencional, y al no haberse causado daño económico a los Afiliados ni a los Fondos que administramos, siendo más bien nuestra conducta desarrollada en el marco de la No Intencionalidad, no corresponde la calificación de las infracciones como Leve.

IV.- PETITORIO:

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo (sic) *66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de fecha 01 de agosto de 2011; que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 18 de mayo de 2011, ajustándola a derecho conforme a las reglas del debido procedimiento administrativo…*"

8. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 9 de septiembre de 2011 se lleva adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

9. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

9.1. Documentación complementaria presentada por la entidad recurrente.-

Mediante memorial presentado en fecha 6 de septiembre de 2011, a tiempo de adjuntar documentación complementaria, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES señala que:

> "…*la reunión aclaratoria que se solicito en su oportunidad para poder dar cumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 063 de 06 de febrero de 2009, recién fue concedida dentro del recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011; y como consecuencia de la misma, la empresa Esnst* (sic) *& Young Ltda. concluyó que elaboraría un documento (informe) adicional a la auditoría ya realizada, lo que confirma que no era necesario elaborar una nueva auditoría; y que, sí el regulador hubiese atendido nuestra solicitud en su oportunidad, hubiera permitido a ambas AFP cumplir con la presentación del informe de la Auditoria de acuerdo a los términos de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 063 de 06 de febrero de 2009, y por cuyo incumplimiento ahora se nos sanciona*…"

Expresado ello, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta la siguiente documentación complementaria:

- Acta de la audiencia de exposición de fundamentos de fecha 8 de julio de 2011, llevada a cabo por ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

- Copia con sello de recepción 5 de agosto de 2011, de una nota remitida por la señora Marioly Aguilera Rosado por BBVA Previsión AFP S.A. y por el señor Julio Vargas León por AFP Futuro de Bolivia S.A., con referencia "*En cumplimiento de las RA APS/DJ/DPC/No. 016-2011 y APS/DJ/DPC/No. 017-2011*" y que señala que:

  > "…*En atención a las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/No. 016-2011 y APS/DJ/DPC/No. 017-2011, dirigidas a AFP Futuro de Bolivia S.A. y BBVA Previsión AFP S.A. respectivamente, y en cumplimiento al Artículo CUARTO y dentro del plazo señalado por mismas* (sic)*, tenemos a bien hacerle llegar adjunta la Auditoría Externa dispuesta el* (sic) *Art. 1ro. de la RA SPVS/IS/ no* (sic) *063 del 2009*…"

- "*Informe complementario del auditor independiente sobre la base de procedimientos previamente acordados*" con más un anexo, presentada por Ernst & Young Ltda., con fecha 19 de julio de 2011, en cuya parte final señala:

  > "…*Este informe es parte integrante del "Informe especial del auditor independiente sobre la base de procedimientos previamente acordados" de fecha 23 de diciembre de 2006 y ha sido emitido para información y uso exclusivo de BBVA PREVISION* (sic) *ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. Y FUTURO DE BOLIVIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. para su presentación a la Autoridad de Supervisión y Control Social de Pensiones y Seguros y no debe ser utilizado para ningún otro propósito ni ser distribuido a terceros*…"

9.2. Documentación complementaria presentada por la instancia.-

Mediante nota APS/DJ/DPC/4763/2011 recibida en fecha 11 de noviembre de 2011 y conforme le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 266/2011 de 3 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta la documentación complementaria, consistente en:

- Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el 26 de septiembre de 2006, en dos ejemplares, uno dirigido a Futuro de Bolivia S.A. AFP, y el otro a BBVA Previsión AFP S.A., que refiere:

  "…*remito el documento "Alcance mínimo para la realización de auditorías externas para la validación de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales del SSO al 31 de octubre de 2006".*

  Este documento es de uso obligatorio y como su nombre especifica, constituye el alcance mínimo que debe contemplar el trabajo a ser realizado…"

- Documento "Alcance mínimo para la realización de auditorías externas para la validación de la Reserva Financiera en las compañías de seguros de personas que administran los seguros previsionales del SSO al 3 de octubre de 2006"; en partes sobresalientes señala:

  "…*OBJETIVO*

  Determinar el saldo de la Reserva Financiera a la finalización del contrato, al 31 de octubre de 2006, considerando el importe efectivamente transferido por las Administradoras de Fondos de Pensiones al inicio del contrato, transferencias posteriores por este mismo concepto, si hubiera, y las liberaciones de reserva, conforme la normativa vigente.

  (…) TRABAJO DE AUDITORÍA EXTERNA Y OPINIÓN DEL AUDITOR

  4° Los auditores deberán efectuar la validación del saldo de la reserva financiera por el período comprendido entre el 1° de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2006, desde su transferencia a la entidad aseguradora hasta la finalización del período de contratación, según saldos que se expongan en los estados financieros correspondientes al 31 de octubre de 2006, y emitir un informe independiente que determine el importe definitivo del saldo de la Reserva Financiera al 31/10/06, considerando las transferencias realizadas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, el porcentaje dispuesto como saldo al final del quinto año de vigencia del contrato, y las deducciones de los pagos especificados según norma vigente y efectivamente desembolsados .

  Las operaciones de la Reserva Financiera, están interrelacionadas con otras

cuentas, tanto del Balance General como del Estado de Resultados, consecuentemente, el auditor externo deberá considerar en su trabajo, todas las cuentas de los estados financieros que estén interrelacionadas, relacionadas y que en forma importante afectan la información sobre la reserva financiera, no siendo posible considerar la Reserva Financiera, como un componente aislado.

El informe deberá señalar expresamente que el componente auditado, ha sido preparado de conformidad con la normativa legal señalada anteriormente.

No puede interferir en el importe del auditor, ni sustentar dicho informe, ninguna conciliación realizada o importes determinados por la Intendencia de Seguros, durante la vigencia del contrato.

5º La opinión del auditor externo, debe surgir de una base de pruebas y evidencias que sustenten los importes y revelaciones del componente objeto del trabajo, considerando las aseveraciones de los estados financieros, de propiedad, exposición, integridad, existencia y valuación, y la obtención de evidencia suficiente y pertinente obtenida directamente de la fuente de origen, que respalde la opinión del auditor.

a) El análisis del componente, deberá abarcar desde la transferencia inicial recibida de las Administradoras de Fondos de Pensiones y transferencias posteriores, si hubieran, para lo cual dichas entidades certificarán el importe efectivamente transferido a cada compañía de seguros.

b) Se debe considerar el saldo de la reserva financiera a la finalización del contrato, de acuerdo con los porcentajes establecidos en la normativa.

c) Deben considerarse las liberaciones adicionales de reserva según normativa, en los siguientes casos:

c.1 Es admitida la disminución de la reserva, únicamente cuando existan pagos efectivamente desembolsados a requerimiento del SENASIR. No son susceptibles de deducción de reserva, las planillas e importes que habiendo sido requeridos por el SENASIR no hubieran sido efectivamente desembolsados por la Compañía.

c.2 A los efectos de liberaciones o deducciones de la Reserva Financiera, se deben considerar solo aquellos casos que no hubieran estado incluidos en la Base de Datos de la licitación de origen, teniendo especial cuidado con los casos cuyas matrículas han sido modificadas por Resolución del SENASIR, para lo cual el SENASIR proporcionará los documentos y/o base de datos de los casos cuyas matrículas han sido modificadas.

c.3 Asimismo, se incluyen en las liberaciones o deducciones de reserva, los requerimientos del SENASIR por las Planillas de Rentas Anticipadas, según normativa emitida.

c.4 No pueden considerarse para la liberación adicional de reserva, los pagos efectuados a Derechohabientes, cuyo titular esté incluido en la Base de Datos de la licitación.

d) Se debe considera como áreas de riesgo, las siguientes, en su carácter enunciativo pero no limitativo:

d.1 Casos adicionales, no incluidos en la Base de Datos de la licitación.

d.2 Pagos globales no incluidos en las Bases de Datos.

d.3 Pagos por aportes sociales a las Cajas de Salud

d.4 Pagos por aportes a COSSMIL

d.5 Pagos por aportes a los organismos sindicales o gremiales

e) El trabajo debe realizarse considerando el 100% de las transacciones, no pudiendo limitarse a ningún tipo de muestra.

f) El auditor externo, deberá considerar en su trabajo, la tecnología de información inherente y relacionada con el componente objeto del trabajo encomendado.

Lo señalado anteriormente, puede ser ampliado (pero no restringido) de acuerdo a las circunstancias, aplicando procedimientos necesarios para obtener evidencia suficiente y pertinente que respalde los informes requeridos…"

- Informe especial del auditor independiente sobre la base de procedimientos acordados (con más sus Anexos I y II), de fecha 23 de diciembre de 2006, dirigido por Ernst & Young, a BBVA Previsión AFP S.A. y a Futuro de Bolivia AFP S.A., y que establece:

  "…1. A vuestro pedido, hemos aplicado los procedimientos acordados para la validación de la reserva financiera por el período comprendido desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2006, y que fue realizado de acuerdo con las Normas Internacionales de Auditoría ("NIA") para la aplicación de procedimientos acordados.

  2. La suficiencia de los procedimientos es responsabilidad de BBVA Previsión

AFP y Futuro de Bolivia AFP S.A. basados en la normativa 982/06 emitida por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. En consecuencia, no expresamos una manifestación con respecto a la suficiencia de tales procedimientos ya sea para el propósito para el cual se nos ha solicitado este informe o para cualquier otro propósito.

3. Los resultados de la ejecución de los procedimientos acordados sobre la revisión de la reserva financiera por el período comprendido desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2006 se describen en el Anexo II.

4. Debido a que los procedimientos descriptos en el Anexo I no constituyen una auditoría realizada de acuerdo con Normas Internacionales de Auditoría, no expresamos una opinión sobre la información mencionada en el párrafo 1 de este informe. Si hubiéramos realizado procedimientos adicionales o una auditoría de acuerdo con Normas Internacionales de Auditoria, otros asuntos podrían haber llamado nuestra atención y habrían sido informados a Ustedes…"

- Informe SPVS-IS-DCF-100-Nº 076/07 de fecha 24 de mayo de 2007, emitido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, referido a "*ARE 015/07 – ANÁLISIS Y REVISIONES ESPECIALES – RESERVA FINANCIERA EN SEGUROS PREVISIONALES*", y que concluye señalando que:

  "*…esta comisión concluye que no se ha cumplido el objetivo del Alcance Mínimo para la Realización de Auditorías Externas para la Validación de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Provisionales* (sic) *del SSO al 31/10/06, orientado a establecer el saldo de la reserva financiera; debido a que los importes revelados fueron obtenidos a través de procedimientos limitados y previamente acordados, sobre cuya suficiencia el propio auditor externo se ha limitado. la naturaleza del trabajo realizado por el auditor, es que el solicitante debe evaluar por si mismo los resultados informados por el auditor emergente de los procedimientos previamente acordados, extrayendo sus propias conclusiones, que en todo caso, podría corresponder a quiénes acordaron tales procedimientos aplicados; siendo absoluta responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones…*"

- Informe SPVS-IS-DCF-200-Nº 197/07 de fecha 6 de noviembre de 2007, emitido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, referido a "*ARE 026/07 – ANÁLISIS Y REVISIONES ESPECIALES – RESERVA FINANCIERA EN SEGUROS PREVISIONALES*", y que concluye señalando que:

  "*…el trabajo presentado por la firma de auditoría Ernest* (sic) *& Young Ltda. sobre la reserva financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales del SSO al 31/10/06, fue desarrollado sin cumplir con el objetivo determinado en el Decreto Supremo 28926, artículo 5;*

por lo que a objeto de ejercer medidas regulatorias antes que sancionarlas: se recomienda al Intendente de Seguros, instruir a las Administradoras de Fondos de Pensiones BBVA Previsión S.A. y AFP Futuro de Bolivia S.A., contratar los servicios de auditoría externa y/o complementar el trabajo presentado a través de la firma de auditoría Ernest (sic) *& Young, a los efectos de obtener una opinión independiente sobre la suficiencia de la reserva financiera al 31 de octubre de 2006 transferida por La Vitalicia Seguros y Reaseguros S.A. y Seguros Provida S.A., para cumplir con lo previsto en el mencionado Decreto Supremo…*"

- Comunicación Interna DCF Nº 114/09 de fecha 21 de abril de 2009, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, referida a la Circular SPVS-IP-DPSSO-087/06, que establece que:

  "*…las discrepancias de criterio que expresan las administradoras de fondos de pensiones y el auditor externo contratado por dichas entidades, deberá ser atendido por esa Intendencia* -se refiere a la Intendencia de Pensiones-*, como entidad reguladora de las Administradoras de Fondos de Pensiones, que en su caso puede incluso revisar el criterio técnico emitido por la Intendencia de Seguros, a los efectos de obtener un tercer criterio dirimidor, con el cual se puede seguir las acciones correctivas, si corresponde; a los efectos de dar solución definitiva a este caso…*"

- Nota SPVS/IP/DPC/0891/2009 de 23 de abril de 2009, remitida por la entonces Intendencia de Pensiones a la entonces Intendencia de Seguros, con referencia "*Comunicación Interna DCF Nº 114/09*", y que señala:

  "*…Corresponde aclarar que la RA 63 no fue emitida por la Intendencia de Pensiones, así como no elaboramos las condiciones requeridas del Anexo de la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006. Por el contrario, ambos documentos fueron elaborados por la Intendencia de Seguros, particularmente el anexo a la Circular por la Dirección de Control y Fiscalización de su Intendencia.*

  En la carta de 7 de abril pasado, ambas AFP requieren aclaraciones que la Intendencia de Pensiones no las puede absolver por no ser un tema de su competencia, pero al ser Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. regulados de esta Intendencia, ésta puede participar como facilitador, pero en ningún caso hacerse cargo del tema (Reserva Financiera)…"

- Nota presentada el 5 de agosto de 2011, remitida por BBVA Previsión AFP S.A. y por AFP Futuro de Bolivia S.A., e "*Informe complementario del auditor independiente sobre la base de procedimientos previamente acordados*" de fecha 19 de julio de 2011 (referidos también en el numeral 9.1 supra).

- Nota PREV-OP 1066/2011 (con más documentación de respaldo) de fecha 9 de agosto de 2011, presentada por BBVA Previsión AFP S.A. a la Autoridad de

Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, y referida al "*cumplimiento de la RA APS/DJ/DPC/No. 017-2011*".

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante el artículo 2º de la Resolución Administrativa SPVS Nº 982 de 12 de septiembre de 2006, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estableció el deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de contratar una firma de auditores para la validación de los saldos de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales del SSO, concretamente señala:

> "…*Futuro de Bolivia S.A. AFP y Previsión BBVA S.A., de manera conjunta, deberán contratar una firma que se halle inscrita en el registro de Auditores Externos del Mercado de Seguros de la Superintendencia para la validación de los saldos de la Reserva Financiera. La ejecución del trabajo de auditoría mencionado, deberá iniciarse dentro de los siguientes cinco (5) días calendario de efectuada la venta de al menos dos (2) pliegos para la Licitación Pública. El plazo para la conclusión del referido trabajo de auditoría no deberá exceder los sesenta (60) días calendario*…"

Para ello, mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros remitió a las Administradoras de Fondos de Pensiones, el documento referido al "*Alcance mínimo para la realización de auditorías externas para la validación de los saldos de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros previsionales del SSO al 31 de octubre de 2006*".

El 15 de noviembre de 2006 y mediante Decreto Supremo Nº 28926, de dispone que:

> "…***ARTÍCULO 1.- (OBJETO)***
>
> ***I.*** *El presente Decreto Supremo tiene por objeto disponer que las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP's administren totalmente las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, conforme establece la Ley Nº 1732 – Ley de Pensiones, a partir de la publicación del presente Decreto Supremo en forma transitoria, hasta la fecha a ser*

determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS. Se determina como fecha de inicio de cobertura del periodo administrado por las AFP's el 1 de noviembre de 2006…

*(…)**ARTÍCULO 5. (REGULACIÓN).** La SPVS, mediante Resolución Administrativa, instruirá la transferencia del saldo de Reserva Financiera correspondiente, en actual administración de las Entidades Aseguradoras, para que sea integrado en la Cuenta de Riesgos Profesionales a cargo de cada una de las AFP's a través de una auditoría externa, sin perjudicar la ejecución de la mencionada transferencia…"*

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1338 de 30 de noviembre de 2006, se reguló el procedimiento de transferencia de la Reserva Financiera, disponiendo que las Entidades Aseguradoras transfieran de manera previa la totalidad del saldo de las Reservas Financieras al 31 de octubre de 2006 a su cargo, a las Administradoras de Fondos de Pensiones. Asimismo, su artículo 8º establece que una vez conocido el saldo auditado de la Reserva Financiera al 31 de agosto de 2006, se realizará el ajuste de los montos transferidos, hasta que los montos queden resueltos.

La firma de auditores contratada para realizar el trabajo de auditoría externa, fue Ernst & Young Ltda., cuyo Informe Especial, emitido en fecha 23 de diciembre de 2006, establece que:

"…1. A vuestro pedido, hemos aplicado los procedimientos acordados para la validación de la reserva financiera por el período comprendido desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2006, y que fue realizado de acuerdo con las Normas Internacionales de Auditoría ("NIA") para la aplicación de procedimientos acordados.

2. La suficiencia de los procedimientos es responsabilidad de BBVA Previsión AFP y Futuro de Bolivia AFP S.A. basados en la normativa 982/06 emitida por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. En consecuencia, no expresamos una manifestación con respecto a la suficiencia de tales procedimientos ya sea para el propósito para el cual se nos ha solicitado este informe o para cualquier otro propósito.

3. Los resultados de la ejecución de los procedimientos acordados sobre la revisión de la reserva financiera por el período comprendido desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2006 se describen en el Anexo II.

4. Debido a que los procedimientos descriptos en el Anexo I no constituyen una auditoría realizada de acuerdo con Normas Internacionales de Auditoría, no expresamos una opinión sobre la información mencionada en el párrafo 1 de este informe. Si hubiéramos realizado procedimientos adicionales o una auditoría de acuerdo con Normas Internacionales de Auditoria, otros asuntos podrían haber llamado nuestra atención y habrían sido informados a Ustedes…"

En fecha 30 de abril de 2007, las Administradoras de Fondos de Pensiones remiten el informe de auditoría externa realizado por la firma Ernst & Young; no obstante, el 24 de mayo del mismo año y en el informe SPVS-IS-DCF-100 Nº 076/07 de 24 de mayo de 2007, remitido para conocimiento de las Administradoras de Fondos de Pensiones en fecha 22 de agosto de 2007, la ex Dirección de Control y Fiscalización de la Intendencia de Seguros concluye que no cumple con el alcance mínimo establecido en la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, al señalar que:

> *"…Conforme lo descrito en los resultados el examen en relación del objetivo señalado y examen de los documentos señalados en el punto 3.1. esta comisión concluye que no se ha cumplido el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de Auditorías Externas para la Validación de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Provisionales del SSO al 31/10/06, orientado a establecer el saldo de la reserva financiera, debido a que los importes revelados fueron obtenidos a través de procedimientos limitados y previamente acordados, sobre cuya suficiencia el propio auditor externo se ha limitado. La naturaleza del trabajo realizado por el auditor, es que el solicitante debe evaluar por sí mismo los resultados informados por el Auditor emergente de los procedimientos previamente acordados, extrayendo sus propias conclusiones, que en todo caso, podría corresponder a quienes acordaron tales procedimientos aplicados; siendo de absoluta responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones."*

En fecha 24 de octubre de 2007, la firma de auditores Ernst & Young Ltda. hace presente la nota EY 467/07 de 24 de octubre de 2007, por la que comunica que:

> *"…Nuestro trabajo se enmarcó dentro de lo establecido en la ISRS 4400 (International Standards on Related Services) la cual modifica la ISA 920 (Internacional Standard of Auditing), emitidas ambas por la Federación Internacional de Contadores referentes a trabajos sobre la aplicación de procedimientos previamente acordados sobre información financiera.*
>
> *El objetivo de un trabajo de procedimientos previamente acordados es que el auditor lleve a cabo procedimientos con naturaleza de auditoría que una entidad y un tercero han acordado reportar sobre la base de hallazgos.*
>
> *Debido a que el auditor proporciona un informe de los hallazgos reales de los procedimientos previamente acordados, no se emite una opinión. En lugar de ello, los usuarios de los reportes analizan por si mismos los procedimientos y los hallazgos reportados por el auditor y extraen sus conclusiones del trabajo del auditor.*
>
> *Los procedimientos aplicados fueron acordados por BBVA Previsión AFP S.A. y AFP Futuro de Bolivia S.A. y, a nuestro entender, se basan en los Términos de Referencia incluidos en la Circular SPVS-IP-DPSSO-087/06 con el objetivo de*

"determinar el saldo de la Reserva Financiera a la finalización del contrato", y consideramos que dichos procedimientos acordados cumplen con el objetivo planteado.

De acuerdo a la circular SPVS IP DPSSO 087/2006 emitida en fecha 26 de septiembre de 2006, referida a la "Validación de la Reserva Financiera" no menciona en el apartado "Informes a Presentar" que los saldos sujetos a revisión por el auditor externo concluyan con dictamen de auditoría (opinión).

El informe de la Intendencia de Seguros menciona que los procedimientos acordados limitan el alcance de los mismos. Entendemos que estas limitaciones no merman el objetivo del trabajo pues esta redacción corresponde a modelos estándar de la práctica. Sin embargo los procedimientos y hallazgos sobre dichos procedimientos cubren los objetivos y alcance establecidos en la circular referida.

Estos procedimientos previamente acordados fueron ejecutados por nosotros de acuerdo al alcance de los mismos. Este alcance nos fue dado por los contratantes (BBVA Previsión AFP S.A. y AFP Futuro de Bolivia S.A.), y, según entendemos, cumplen con en (sic) *el alcance mínimo incluido en la circular referida arriba y bajo este principio nuestra ejecución no incluye una evaluación de los mismos.*

Los procedimientos acordados entre ambas AFP incluyen la revisión de la totalidad de la reserva y sus transacciones asociadas. Los hallazgos correspondientes, de existir, están expuestos al finalizar cada uno de los procedimientos con el objetivo de que el lector tenga un escenario más detallado de las deficiencias respecto al tema revisado.

En función a lo mencionado en los párrafos anteriores, consideramos que el informe presentado por el auditor externo cumple a cabalidad lo exigido en la circular pertinente."

Nuestras conclusiones surgen de nuestra interpretación de las normas y a los hechos planteados por las Sociedades. No somos responsables de las decisiones que pudieran ser tomadas de la lectura de nuestros informes, puesto que la responsabilidad de gestión siempre recae en la gerencia de la Sociedad y en el uso de los mismos. Tampoco somos responsable", por otra-, interpretaciones y/o (sic) *opiniones diferentes que sobre el particular pudieran existir por parte de los reguladores y/o terceras personas..."*

La Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063, pronunciada por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el 6 de febrero de 2009, establece que:

"…*Artículo 1°.- Las Administradoras de Fondos de Pensiones, independientemente de las sanciones que correspondan por el incumplimiento a la Circular SPVS-IP-DPSSO-*

087/06; en el plazo de 40 días hábiles administrativos, deberán presentar la Auditoría Externa dispuesta por el Decreto Supremo 28926, artículo 5º, de 15 de noviembre de 2006; ***debiendo dicha información cumplir con los objetivos establecidos en el Alcance Mínimo para la realización de Auditorías Externas para la validación de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales del S.S.O. al 31 de octubre de 2006, remitido mediante Circular SPVS-IP-DPSSO-087/06 de 26 de septiembre de 2006****…*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En fecha 8 de julio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia para la exposición oral de fundamentos solicitada por ambas Administradoras, en la cual la firma de auditores Ernst & Young, representada por los señores Javier Iriarte y Percy Fernández, señaló que elaboraría "*un documento adicional a la auditoría ya realizada con los aspectos considerados en la audiencia, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en norma vigente*", documento adicional que fue remitido en fecha 3 de agosto de 2011.

En relación al procedimiento sancionatorio por el incumplimiento a la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, que sugiere la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) ha emitido la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/414/2011 de 9 de febrero de 2011 que hace referencia a dos Cargos (Nros. 1 y 2); no obstante, a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011, se desestima el Cargo Nº 2, extremo que determina que, a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico de fecha 22 de agosto de 2011, el mismo se limita al Cargo Nº 1 con exclusión del Cargo Nº 2, conforme se evidencia del memorial de fojas 110 a 112.

Entonces, en los términos del artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 que establece el que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, en la presente oportunidad de resolver el Recurso Jerárquico, resulta no existir fundamento alguno que refiera afectación, lesión o perjuicio que acuse la recurrente con referencia al Cargo Nº 2, puesto que la recurrente no ha manifestado ningún agravio contra el mismo, por lo que esta instancia jerárquica considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta; en definitiva no existe impugnación alguna referida al Cargo Nº 2.

Tal postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico; consiguientemente y en observancia al mencionado artículo 58º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, determina que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración única del Cargo Nº 1 y que según la nota AP/DJ/DPC/414/2011 de 9 de febrero de 2011, consisten en que:

"*…Existen indicios de incumplimiento al artículo 1º de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 de 06 de febrero de 2009, al advertir que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido el plazo para que presente la Auditoría Externa para la validación de la Reserva Financiera en cumplimiento al documento de Alcances Mínimos establecidos para tal efecto…*"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la vulneración a los principios del Derecho Administrativo.-

2.1.1. Principio de verdad material.-

En oportunidad de su Recurso de Revocatoria de fecha 4 de julio de 2011, la recurrente ha alegado que:

> "…*en este caso no se ha tomado en cuenta que:*
>
> *a) La citada Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 de 06 de febrero de 2009 fue respondida por ambas AFP, considerando que el problema principal radica en la interpretación de los resultados tomando en cuenta la existencia de dos criterios concretos;* (…)
>
> *b) La nota conjunta con BBVA Previsión AFP de fecha 7 de abril de 2009 entregada el 09 del mismo mes, mediante la cual se solicitó una reunión con el objeto de aclarar dudas y conciliar criterios respecto al alcance de la Auditoria* (sic) (…)
>
> *c) Que en atención a las notas con Cite AP/DPC/CO/0135 y 0136/2010 de fecha 19 de enero de 2010 con relación al cumplimiento de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 063 de 6 de febrero de 2009, donde se reclama la presentación de la Auditoría Externa, recordamos a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP) mediante nota de fecha 28 de enero de 2010 que aun no teníamos respuesta a nuestra nota de fecha 7 de abril de 2009* (…)
>
> *Sobre lo arriba expresado, se tiene que el informe de Auditoría debió ser considerado por la EX SPVS y ex AP como válido, sin embargo el regulador sin entrar en mayores consideraciones, y sin fundamentar ni desarrollar las observaciones que estarían enfocadas a ciertos procesos previamente acordados -que está* (sic) *permitidos por normas internacionales de Auditoria - se limita a expresar que, la elaboración de una nueva auditoría "considerando las observaciones a la ya realizada ... difícilmente reflejaría los mismos resultados", aseveración que carece también de la fundamentación y motivación necesaria*…"

Sobre el extremo se pronunció la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011, al señalar que:

> "…*no puede existir vulneración al principio de verdad material, si bien al momento de emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DFC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011, se tomó en consideración toda la documentación que hace al expediente, y en particular la nota de solicitud de reunión de aclaración remitida por ambas AFP en fecha 07 de abril de 2009; sin embargo al contrastar fechas de envío, queda en evidencia que la misma fue presentada en una fecha en la cual la Resolución*

Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009 ya se encontraba ejecutoriada, al haber caducado el derecho de las AFP de recurrir la misma conforme a norma así como para poder requerir precisiones o aclaraciones oportunamente; por tanto ***su cumplimiento es de carácter obligatorio*** *para ambas AFP…*"

Al presente, el Recurso Jerárquico insiste sobre tal pretensión cuando señala:

"*…la voluntad objetiva ante la controversia suscitada por el informe presentado por ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA y su posición de haber cumplido a cabalidad con los alcances mínimos para la validación de la reserva financiera de las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales de acuerdo a los Términos de Referencia establecidos mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, y la posición de la Intendencia de Seguros, que observa el informe de auditoría en el sentido que no cumple el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de la auditoría externa; era la de aclarar las observaciones al informe ya presentado y en consecuencia si correspondiese, presentar el informe aclaratorio.*

Su Autoridad no debe confundir el hecho de que la Resolución Administrativa SPVS/IS/N°063 de 06 de febrero de 2009 se encuentre ejecutoriada por el transcurso del plazo legal para recurrirla; con el plazo para la presentación del informe que fue fijado en 40 días hábiles. Éste último se empezó a computar desde el día siguiente de la notificación, conforme a lo establecido por el artículo 21, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo, teniendo entonces ambas AFP como plazo para presentar dicho informe el día 15 de abril de 2009…"

De estos argumentos, se concluye que la recurrente confunde el plazo que tenía para impugnar la Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 063 de 6 de enero de 2009, con el plazo que impone la misma para presentar la Auditoría Externa. Como en definitiva no existió impugnación alguna contra tal Resolución Administrativa, la misma ganó en efectividad plena, de cuyo efecto y entre otros, hizo que a los cuarenta días de haber sido notificada, fuera exigible la obligación de presentar la Auditoría Externa en conformidad con las exigencias del documento sobre Alcance Mínimo para la realización de Auditorías Externas.

Por tanto, es correcta la posición del ente recurrido, cuando señala que:

"*…la nota de solicitud de reunión de aclaración remitida por ambas AFP en fecha 07 de abril de 2009; sin embargo al contrastar fechas de envío, queda en evidencia que la misma fue presentada en una fecha en la cual la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009 ya se encontraba ejecutoriada…*"

Determinando que no le correspondía al mismo ente, en oportunidad posterior a la de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 (6 de febrero de 2009) considerar "*como válido*" -como pretende la recurrente- al Informe de Auditoría presentado en fecha 23 de diciembre de 2006, cuando el fundamento de tal Resolución Administrativa es, precisamente, que tal Informe de Auditoría no cumple con los objetivos del Alcance Mínimo para la realización de

Auditorías Externas.

No obstante, constituía obligación del Ente Regulador dar observancia al Principio de verdad material, conforme se encuentra dispuesto por el artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341 (de Procedimiento Administrativo) y que en el presente caso hace a la imputación misma, por cuanto, conforme ha sucedido en fecha 3 de agosto de 2011, la controversia se salvó con la presentación de una complementación a la Auditoría Externa inicial por parte de la firma auditora, conforme fuera anunciado en la audiencia de fecha 8 de julio de 2011, sin que en esta última oportunidad hubiera existido objeción alguna por parte del Ente Regulador; entonces tal Principio también correspondió aplicarse en lo que atañe al monto de la sanción, por cuanto los elementos ahora señalados determinan una calificación distinta.

2.1.2. Principio de buena fe.-

El Recurso Jerárquico señala que:

> "…*la voluntad de ambas AFP en el marco de lo dispuesto por el artículo 4, inciso e) de la ley* (sic) *de Procedimiento Administrativo… era la de aclarar las observaciones y la controversia sobre la Auditoria* (sic) *Externa dispuesta por el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, y poder cumplir con el objetivo de la misma como se desprende de las notas conjuntas cursadas en fechas 07 de abril de 2009 y 28 de enero de 2010 respectivamente donde primero damos a conocer, y luego recordamos al regulador la posición de la firma ERNEST* (sic) *& YOUNG LTDA afirmando que ha dado cumplimiento cabal a lo dispuesto por la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006, según su nota EY467/07*…"

No obstante, de la revisión del expediente que hace al proceso, se evidencia que en las actuaciones correspondientes al Ente Regulador, no existe evidencia de que este último hubiera acusado desconfianza, deslealtad o falta de cooperación en la actividad de la recurrente, en la buena intención de la misma.

Transcribiendo la parte pertinente de la Nota de Cargos AP/DJ/DPC/414/2011 de 9 de febrero de 2011, lo que más allá de la intencionalidad de la recurrida se está sancionando, es:

> "…*que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido el plazo para que presente la Auditoría Externa para la validación de la Reserva Financiera en cumplimiento al documento de Alcances Mínimos establecidos para tal efecto*…"

Circunstancia que refiere una realidad objetiva, susceptible de demostración material (conforme consta en el numeral 2.2 infra) y que escapa a cualquier interpretación que pueda basarse en la intencionalidad de la recurrente a ese efecto.

En definitiva, no ha existido dentro del caso de autos, vulneración al principio de buena fe.

2.2. Insuficiencia del informe de auditoría externa.-

En su Recurso Jerárquico, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** argumenta que:

> "…*la voluntad de ambas AFP… era la de aclarar las observaciones y la controversia sobre la Auditoria* (sic) *Externa dispuesta por el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006, y poder cumplir con el objetivo de la misma*…"

Previo al análisis, se debe tener en cuenta que el trabajo de Auditoría Externa solicitado debió contemplar entre otros, los siguientes puntos:

- El objetivo de la auditoría era determinar el saldo de la Reserva Financiera al 31 de octubre de 2006, fecha de finalización del contrato con las Entidades Aseguradoras, para lo cual, el alcance mínimo que debía contemplar el trabajo a ser realizado, era la validación de la Reserva Financiera en las Compañías de Seguros de Personas que administran los Seguros Previsionales del SSO por el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2006.

- Otra de las actividades que debía contemplar la auditoría externa, era la emisión de un Informe de Auditoría Externa que determine el importe definitivo del saldo de la Reserva Financiera al 31 de octubre de 2006.

- Toda vez que las operaciones de la Reserva Financiera, están interrelacionadas con otras cuentas (tanto del Balance General como del Estado de Resultados), el auditor externo debió considerar en su trabajo, todas las cuentas de los estados financieros que estén interrelacionadas o que afectan la información sobre la reserva financiera, no siendo posible considerar la Reserva Financiera como un componente aislado.

- La opinión del auditor externo debió surgir de una base de pruebas y evidencias que sustenten los importes y revelaciones del componente objeto del trabajo.

- Informe con la identificación del Importe final de la Reserva Financiera.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de fecha 1° de agosto de 2011, señaló lo siguiente:

> *"…Que en primera instancia corresponde señalar que, en su momento el informe de auditoría elaborado por la Firma Ernst & Young fue observado mediante Informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07, concluyendo que la misma no habría cumplido el Alcance Mínimo establecido mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006…*

…ésta no habría desarrollado su labor en el marco de los Términos de Referencia establecidos por los Alcances Mínimos…

…que entre otras actividades que se deben considerar en la Auditoría externa, son la determinación del importe definitivo del saldo de la Reserva Financiera al 31/10/06 y la opinión (punto 5º), a fin de lograr el cumplimiento del objetivo previsto en los Alcances Mínimos…

…tampoco se dio atención estricta a los Términos de Referencia establecidos en la SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006…

…que el objetivo fundamental de la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, la cual establece el Alcance Mínimo para la realización de Auditorías Externas, es: "Determinar el saldo de la Reserva Financiera a la finalización del contrato, al 31 de octubre de 2006, considerando el importe efectivamente transferido por las Administradoras de Fondos de Pensiones al inicio del contrato, transferencias posteriores por este mismo concepto, si hubiera y las liberaciones de reserva, conforme la normativa vigente…

…independientemente de haberse considerado el cumplimiento de la Norma Internacional de Auditoría NIA 920, se consideró que el mismo no cumplió con el objetivo del Alcance Mínimo, el cual exige ***establecer el saldo de la Reserva Financiera,*** *expresado en un dictamen final y su opinión, el cual indique el saldo resultante para cada una de las Entidades Aseguradoras, dictamen que no se presentó en el mencionado informe de auditoría realizado…"*

La firma Ernst & Young, a solicitud de las Administradoras de Fondos de Pensiones, aplicó procedimientos acordados para la validación de la Reserva Financiera por el periodo comprendido desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2006, el cual fue realizado de acuerdo a la Norma Internacional de Auditoría Nº 4400.

El propósito de la Norma Internacional de Auditoría Nº 4400 es aplicar procedimientos de revisión **previamente convenidos** con el cliente o terceras partes, y se aplican generalmente, uno o más componentes, cuentas o partidas específicas de los Estados Financieros. Sin embargo, debido a las limitaciones técnicas, el auditor sólo informa sobre los hallazgos sin dar ninguna seguridad de auditoría; el informe se restringe a aquello que las partes han convenido y **no está en posibilidad de expresar una opinión**, los destinatarios del informe deben formarse sus propias conclusiones a partir del informe del auditor.

En ese entendido, **es evidente que el informe presentado por la empresa Ernst & Young Ltda. no cumple con el alcance mínimo de la Auditoría Externa, ya que tal como se mencionó precedentemente, sólo informa sobre los hallazgos, absteniéndose de emitir una opinión al respecto, siendo que uno de los puntos establecidos en los términos de referencia, es la opinión del auditor externo**.

Asimismo, la Auditoría debía determinar el saldo de la Reserva Financiera al 31 de octubre

de 2006, realizar la validación respectiva y emitir un informe con el importe definitivo del saldo de la Reserva Financiera y su importe final, aspectos, que como señaló la Entidad Reguladora, no fueron contemplados en el Informe de Auditoría Externa.

No obstante y en la pretensión de la recurrente, la Entidad Reguladora simplemente se limitó a señalar que el Informe no cumplía con el Alcance Mínimo establecido mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, empero no comunicó a los Regulados, todas y cada una de las observaciones que tenía contra el Informe o si el procedimiento de auditoría aplicado era o no el correcto.

Tal extremo es intrascendente, por cuanto, **conforme ha dispuesto el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 6 de febrero de 2009 (una vez constatado el incumplimiento), la necesaria presentación de la Auditoría Externa dispuesta por el Decreto Supremo 28926 con observancia a los objetivos establecidos en el Alcance Mínimo, es independiente "*de las sanciones que correspondan por el incumplimiento a la Circular SPVS-IP-DPSSO-087/06*"; por tanto, el proceso administrativo sancionador, ahora en estado de Recurso Jerárquico, ha tratado sobre el incumplimiento a la Circular SPVS-IP-DPSSO-087/06, constatado a fecha 26 de septiembre de 2006, no así sobre su cumplimiento ulterior o las controversias que se hubieran generado con posterioridad a tal fecha**.

En este sentido, se debe dejar constancia que varias de las alegaciones que salen del Recurso Jerárquico (sobre la elaboración de un informe -de auditoría externa- aclaratorio, sobre si el mismo constituye una nueva auditoría externa o una complementación a la anterior, y sobre el compromiso -unilateral- asumido por la firma de auditores en la audiencia de fecha 8 de julio de 2011), se circunscriben a las actuaciones que han podido sucederse como emergencia de la determinación contenida en la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 6 de febrero de 2009, cuando es la misma Resolución Administrativa que establece que sus determinaciones se pronuncian "*independientemente de las sanciones que correspondan por el incumplimiento a la Circular SPVS-IP-DPSSO-087/06*", determinando entonces que la controversia del Proceso Sancionador resulte por el incumplimiento a la Circular SPVS-IP-DPSSO-087/06 de 26 de septiembre de 2006.

2.3. Calificación de la infracción y consiguiente sanción pecuniaria.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, a tiempo de su Recurso Jerárquico, señala que:

> "…*al no haberse demostrado la conducta preterintencional, y al no haberse causado daño económico a los Afiliados ni a los Fondos que administramos, siendo más bien nuestra conducta desarrollada en el marco de la No Intencionalidad, no corresponde la calificación de las infracciones como Leve*…"

Tales presupuestos exigen el análisis que sigue.

2.3.1. Preterintencionalidad de la conducta sancionada.-

El Recurso Jerárquico establece que:

> "…*al momento de emitir la ahora impugna* (sic) *Resolución Administrativa no ha establecido de que* (sic) *manera nuestra conducta hubiera estado enmarcada dentro del ámbito de la preterintencionalidad, siendo este un elemento esencial para la configuración de la infracción administrativa a efectos que esta se califique como de gravedad leve*…"

Al respecto, es pertinente dejar constancia lo señalado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006 que, en cuanto a la preterintencionalidad de la conducta sancionable, determinó que:

> *"Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción)* ***preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto****, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente.*
>
> *Por otra parte, se ha precisado en la doctrina que se requiere que se dé una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado, y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo género de interés lesionado.*
>
> *La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.*
>
> *Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor*".

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), ***sino también por una actitud culposa u omisiva****…"*

En el mismo sentido, cuando el Cargo sancionado ha señalado que "*Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido el plazo para que presente la Auditoría Externa para la validación de la Reserva Financiera en cumplimiento al documento de Alcances Mínimos establecidos para tal efecto*", viene a determinar una omisión culposa constituida por la conducta omitida por la Administradora de Fondos de Pensiones, siendo ahora la conducta más grave que la prevista, la determinada por el ente regulador.

En tal sentido, se tiene que el Ente Regulador se ha pronunciado sobre cuál habría sido la conducta omitida por parte de la ahora recurrente, y después estableció la conducta más grave, encuadrándola de esta manera en la figura de preterintencionalidad, misma que derivo en que la sanción impuesta sea considerada como una sanción de gravedad leve, conforme lo prevé el artículo 286°, inciso c), del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, a cuyo respecto, la Resolución Administrativa recurrida (APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de 1° de agosto de 2011) ha rescatado el concepto básico que, de *preterintencionalidad*, establece Cabanellas en su Diccionario: "*Superación del propósito por los Hechos… producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido…*"

Asimismo, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011, a efectos de determinar la concurrencia de la preterintencionalidad en la actuación de la recurrente, ha determinado que:

"…la AFP no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, al no haber presentado hasta la fecha un informe y dictamen de Auditoría Externa en las condiciones y plazos señalados por la misma, considerando que para dicho propósito se encuentra en la obligación de dar cumplimiento con los Términos de Referencia establecidos en los Alcances Mínimos dispuestos mediante Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006,…

Que de lo anterior y aplicado al caso, la preterintencionalidad en el accionar de la AFP se expresa en tanto las Entidades Aseguradoras, ante el incumplimiento del regulado al no haber presentado el informe de Auditoría Externa conforme a norma, no pudieron contar con los recursos que les eran debidos por concepto de saldo de Reserva Financiera al 31 de octubre de 2006…"

De lo anterior, son pasibles las conclusiones siguientes:

Contrariamente a lo sugerido en el Recurso Jerárquico, la autoridad recurrida sí ha determinado oportunamente la concurrencia de una conducta antijurídica preterintencional, en la actuación de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

La evidencia de ello sale de la Resolución Administrativa -sancionadora- APS/DJ/DPC/N° 016-2011 de 18 de mayo de 2011, la que establece que:

> "…*cabe señalar que el Cargo N° 1 imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP se refiere al incumplimiento al* ***artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009,*** *el cual dispone que las Administradoras de Fondos de Pensiones en el plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos* ***deberán presentar la Auditoría Externa*** *dispuesta por el Decreto Supremo N° 28926, artículo 5°, de 15 de noviembre de 2006; debiendo dicha información cumplir con los objetivos establecidos en el Alcance Mínimo. Por tanto,* ***el argumento de la AFP en cuanto al cumplimiento de la presentación de una auditoría externa y su informe respectivo en fecha 30 de abril de 2007, no desvirtúa el cargo imputado, en tanto la auditoría mencionada fue observada por incumplimiento del alcance mínimo por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) en fecha 24 de mayo de 2007 mediante informe SPVS-IS-DCF-100 N° 076/07, razón por la cual se emite la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009****, disponiendo la realización de una nueva Auditoría Externa en el plazo de cuarenta (40) días hábiles administrativos*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, en el caso de autos la intencionalidad de la ahora recurrente consiste en omitir la presentación del Informe de Auditoría externa, pero dada la no aceptación por parte del Ente Regulador, ha dado lugar a una consecuencia más grave que resulta en la inexistencia de un Informe de Auditoría Externa aprobado y que sirva a los fines para los que ha sido dispuesto.

Entonces, en ello ha existido la preterintencionalidad que exige la norma a efectos de calificar la sanción, por cuanto los resultados no han sido queridos o buscados, sino que los mismos han resultado de la omisión por la que en definitiva ha sido sancionada la regulada recurrente, y ello porque se configura la infracción preterintencional, por su omisión, por cuanto resulta evidente que el Informe inicialmente presentado no cumple con los alcances establecidos en el documento base, lo que era de conocimiento de la ahora recurrente, que no obstante ello, insistió en pretender sea aceptado y aprobado, determinando en definitiva las sucesivas solicitudes de audiencias, y que injustificadamente no fueron atendidas por el ente regulador, hasta que fue por una de ellas que se determinó la presentación del informe complementario con el que finalizó la controversia principal.

Entonces, de esa descripción se concluye haber existido la progresión que exige la doctrina, con sus características de: a) propósito de cometer un ilícito determinado (incumplir la norma que dispone las características y condiciones concretas de los Informes de Auditoría Externa; b) La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente (la inexistencia de un informe aprobado sobre el que puedan desarrollarse las funciones a las que estaba destinado); c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido, este es, la Autoridad Reguladora; y e) La calificación legal del hecho según el resultado.

Al tiempo, para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), sino también por una actitud culposa u omisiva, conforme ha sucedido.

Consiguientemente, la sancionada conducta de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se enmarca en el ámbito de la preterintencionalidad.

2.3.2. Existencia de perjuicio.-

El Recurso Jerárquico acusa también, que:

> "…*como lo reconoce la propia APS, no existe daño económico, toda vez que los saldos de las reservas deben ser expresados en cuotas de capital reconociéndoles* (sic) *la rentabilidad obtenida*…"

Al respecto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de fecha 1° de agosto de 2011, señaló que:

> *"…las Entidades Aseguradoras, ante el incumplimiento del regulado al no haber presentado el informe de Auditoría Externa conforme a norma, no pudieron contar con los recursos que les eran debidos por concepto de saldo de Reserva Financiera al 31 de octubre de 2006.*
>
> *Que en consecuencia, el perjuicio ocasionado a las Entidades Aseguradoras se advierte en tanto las mismas hasta la fecha no cuentan con la devolución del monto que debió haberse establecido mediante el dictamen de Auditoría Externa sobre las Reservas Financieras al 31 de octubre de 2006 y al tratarse de recursos objetivos, deben los mismos ser tratados con mayor delicadeza…"*
>
> *"…Que la AFP hizo caso omiso a la nota anteriormente mencionada, la cual conmina al Regulado nuevamente a realizar y presentar los resultados y opiniones de la Auditoría Externa de Reserva Financiera, pese a que el plazo estaba vencido y que la respuesta que se dio posteriormente, reitera una posición pasiva, supeditando arbitrariamente su accionar a la fijación de una fecha para una reunión…"*
>
> *"…Que por todo lo anteriormente señalado y considerando que no existió daño económico, por cuanto el artículo 2° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, establece que los saldos excedentarios identificados deberán devolverse a las Entidades Aseguradoras traducidos en cuotas que resultaren excedentes a la fecha de transferencia por parte de las Entidades Aseguradoras, valoradas al valor cuota del día anterior a la transacción de devolución, pero por el tiempo transcurrido a raíz del incumplimiento y en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sancionó la preterintencionalidad en el accionar de la AFP…"*

De lo señalado, resulta evidente que la conducta sancionada de **FUTURO DE BOLIVIA S.A.**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, no ocasionó daño ni a los Afiliados, ni a los Fondos que administra; sin embargo, si bien la transferencia excedentaria de la Reserva Financiera se debe realizar en cuotas a la fecha de transferencia por parte de las Entidades Aseguradoras, valoradas al valor cuota del día anterior a la transacción de devolución, es indiscutible que existió un perjuicio a las Entidades Aseguradoras en la oportunidad de obtener el monto excedentario transferido a las Administradoras de Fondos de Pensiones.

A mayor abundancia, es pertinente remitirse al análisis sobre la preterintencionalidad que consta en el numeral 2.3.1 supra.

2.3.3 Inexistencia de fundamento a la cuantía de la sanción.-

El Recurso Jerárquico establece también, que:

> *"…Su Autoridad no ha justificado la imposición del monto de la cuantía de la sanción pecuniaria; y, aunque su Autoridad tiene la discrecionalidad para la asignación de las mismas; es pertinente remitirse a lo expresado por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia N° 1464/2004-R que en la parte pertinente señala:*
>
> > *"Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según Los* (sic) *intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.*
> >
> > *Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La ley* (sic) *de Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento..."*
>
> *De la citada sentencia constitucional se desprende que la falta de fundamentación para la asignación de la cuantía o monto de la sanción, resulta en que la misma sea desproporcionada; y vulnere además lo establecido por el artículo 288 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, ya que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 016-2011; y, la resolución* (sic) *Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de 01 de Agosto* (sic) *de 2011, carecen de la motivación necesaria puesto que no existe la fundamentación por la que su Autoridad haya*

impuesto una multa equivalente a $us5.000,00 (Cinco Mil 00/00 Dólares de los Estados Unidos de America (sic) *)*…"

De la revisión de los antecedentes que hacen al caso de autos, fundamentalmente de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011, se evidencia que la misma, no obstante haber calificado correctamente la infracción como de gravedad leve, no establece ni fundamenta (en ejercicio de la discrecionalidad expresada) el motivo al porqué, pudiendo sancionar en un monto hasta $us. 5.000.- (son cinco mil 00/100 dólares americanos) -artículo 291°, inciso c), del artículo 291° del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997-, ha impuesto la sanción en precisamente esa y no una cuantía menor, importando la infracción a lo señalado por el artículo 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, con los alcances señalados por la recurrente.

Lo anterior resulta lo determinante a la decisión definitiva que sale en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por cuanto importa una transgresión al debido proceso administrativo, señalado por el artículo 4º, inciso c), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

2.3.4. Otros alegatos que salen del Recurso Jerárquico.-

Sin perjuicio de las conclusiones que han correspondido a los numerales anteriores, es pertinente establecer el análisis a otros extremos señalados en el memorial de Recurso Jerárquico, conforme consta a continuación:

a. Requerimiento de complementación del informe de auditoría.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES señala en su Recurso Jerárquico, que no ameritaba la elaboración de una nueva Auditoría, ya que el informe de Auditoría Externa fue presentado en su oportunidad, y que la voluntad objetiva ante la controversia suscitada, era aclarar las observaciones al informe ya presentado y en consecuencia si correspondiese, presentar un informe aclaratorio.

A este respecto, mediante Informe SPVS-IS-DCF-200-1 197/07 de 6 de noviembre de 2007, emitido por la ex Intendencia de Seguros, se concluyó que la Auditoría Externa fue desarrollada sin cumplir con el objetivo determinado en el Decreto Supremo N°28926 y recomienda instruir a las Administradoras de Fondos de Pensiones, a contratar los servicios de Auditoría Externa y/o **complementar el trabajo presentado** por la empresa Ernst & Young Ltda. a efectos de obtener una opinión independiente sobre la suficiencia de la reserva financiera al 31 de octubre de 2006.

La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en fecha 6 de febrero de 2009 y mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063, determinó que las Administradoras de Fondos de Pensiones presenten la Auditoría Externa, siendo en fecha 8 de julio de 2011 que se llevó a cabo la Audiencia para la exposición de fundamentos solicitada por las

Administradoras de Fondos de Pensiones, oportunidad en la cual, la firma de auditores Ernst & Young Ltda. se comprometió unilateralmente a presentar un Informe Complementario de la Auditoría Externa, que en definitiva, fue remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones el 3 de agosto de 2011.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 197-2011 de fecha 01 de agosto de 2011, señaló lo siguiente:

> *"…Que de lo expuesto en la audiencia y considerando que la participación en la Audiencia de Ernst & Young fue asentida por la Futuro de Bolivia S.A. AFP; puede deducirse la aceptación tácita de la empresa de Auditoría Ernst & Young sobre la necesidad de elaborar un informe complementario de auditoría,* ***a objeto de proporcionar mayor claridad, exactitud y con la finalidad de dar cumplimiento a los términos de referencia establecidos en la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006…"***
>
> *"…Que por lo expuesto en el presente análisis, es importante señalar que la AFP al señalar su predisposición a cumplir con lo establecido en la norma vigente, reconoce tácitamente que la Auditoría Externa presentada no cumple con todos los aspectos de los Términos de Referencia de la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, remarcando en lo posterior conducirse conforme a lo que se sostenga en la reunión…"*

Llama a la atención el que una vez llevada a cabo la audiencia, la Entidad Reguladora acepte la presentación de un Informe Complementario de la Auditoría Externa, siendo que mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 determinó una Auditoría Externa, limitándose a expresar en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 197-2011 de fecha 1º de agosto de 2011, que la predisposición de Futuro de Bolivia S.A. AFP sobre la necesidad de elaborar un informe complementario de auditoría, confirma que la Auditoría Externa presentada no cumplía con el objetivo de la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006.

En este sentido, se extraña el pronunciamiento de la Entidad Reguladora, referido a si el Informe Complementario cumple con el objetivo de la Auditoría Externa solicitada, situación que a su vez, debió ser considerada a tiempo de la imposición del monto de la sanción.

b. Audiencia de exposición de fundamentos.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES sugiere en su Recurso Jerárquico, que si la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros hubiera atendido la nota de fecha 7 de abril de 2009, remitida por ambas Administradoras de Fondos de Pensiones y su reiteración de 28 de enero de 2010, en las cuales solicitaron una reunión con el objeto de aclarar dudas y conciliar criterios (respecto al alcance de la Auditoría Externa dispuesta por el artículo 5º del Decreto Supremo Nº 28926 de 15 de noviembre de 2006), se hubieran cumplido las exigencias sobre el informe ya presentado, pues en su criterio, no corresponde la elaboración de una nueva auditoría.

Asimismo, señala que la audiencia solicitada recién se llevó a cabo el 8 de julio de 2011, en la cual se pudo dilucidar la controversia y dar cumplimiento a lo exigido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Tal aseveración tiene su fundamento en la existencia de dos criterios contrapuestos, referidos al Informe Especial de auditoría externa presentado por la firma de auditoría Ernst & Young Ltda., emitido en fecha 23 de diciembre de 2006, conforme se describen a continuación:

1. La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, concluyó que no se cumplió con el objetivo del Alcance Mínimo para la realización de la Auditoría Externa para la validación de la Reserva Financiera, debido a que los saldos fueron obtenidos a través de procedimientos acordados, sobre cuya suficiencia el propio auditor externo se ha limitado.

2. La empresa Ernst & Young ha señalado que el informe presentado por el auditor externo, cumple a cabalidad lo exigido en la Circular SPVS-IP-DPSSO 087/2006 de 26 de septiembre de 2006, nota que fue remitida a la Entidad Reguladora el 25 de octubre de 2007.

Sobre esta situación y con el fin de aclarar las dudas y conciliar criterios, las Administradoras de Fondos de Pensiones solicitaron mediante notas de fecha 7 de abril de 2009 y 28 de enero de 2010, se lleve a cabo una reunión, la cual fue atendida recién el 8 de julio de 2011, después de la notificación con cargos.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 197-2011 de fecha 1° de agosto de 2011, se limita a señalar lo siguiente:

> *"… en particular la nota de solicitud de reunión de aclaración remitida por ambas AFP en fecha 07 de abril de 2009; sin embargo al contrastar fechas de envío, queda en evidencia que la misma fue presentada en una fecha en la cual la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009 ya se encontraba ejecutoriada, al haber caducado el derecho de las AFP de recurrir la misma conforme a norma así como para poder requerir precisiones o aclaraciones oportunamente; por tanto su cumplimiento es de carácter obligatorio para ambas AFP…"*
>
> *"…el Ente Regulador a lo largo del proceso para la Transferencia de la Reserva Financiera tuvo, a través de los actos administrativos emitidos y comunicados, interacción con el Regulado para que este cumpla con las actividades determinadas por norma. Por lo que se determina que se ha obrado con Futuro de Bolivia S.A. AFP con buena fe…"*

Es preciso señalar que, de los antecedentes con los que se cuenta en el expediente de autos, no existe evidencia de que la Entidad Reguladora haya atendido las solicitudes realizadas por las Administradoras de Fondos de Pensiones de manera oportuna, si bien al

tomar conocimiento de la posición que tenía la empresa Ernst & Young, la Entidad Reguladora emitió el Informe SPVS-IS-DCF-200-1 197/07 de 6 de noviembre de 2007, el que concluye reiterativamente, en que el trabajo de auditoría no cumple con el objetivo determinado en el Decreto Supremo Nº 28926; así tampoco existe evidencia de que se haya comunicado observación alguna al regulado, desvirtuando lo aseverado por la Entidad Reguladora en sentido de que a lo largo del proceso hubiera interactuado con el regulado a efectos cumpla con las actividades determinadas en norma.

Sin perjuicio de ello, mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 de 06 de febrero de 2009, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determinó la realización y presentación de una Auditoría Externa; en lugar de ello, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en fecha 7 de abril de 2009 -dos meses después- solicitó una reunión a la Entidad Reguladora, para la aclaración de dudas y conciliación de criterios entre las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y la empresa Ernst & Young Ltda.

Por lo expresado, se concluye que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** hizo caso omiso a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 063 de 6 de febrero de 2009, justificando su falta y actitud pasiva, con el envío de notas a la Entidad Reguladora, solicitando reuniones para aclarar dudas y conciliar criterios; sin embargo, de ello resulta evidente que la Entidad Reguladora no brindó asesoramiento respecto a las observaciones existentes en el Informe de Auditoría Externa a fin de solucionar de manera oportuna las observaciones, pudiendo evitar la dilación de la Auditoría.

Asimismo, si la intención de la Administradora de Fondos de Pensiones era cumplir a cabalidad con los alcances mínimos para la validación de la reserva financiera, pudo solicitar dichas reuniones al momento de tomar conocimiento de las discrepancias existentes entre la Entidad Reguladora y la empresa de Auditoría, y no en fecha posterior como ha sucedido.

CONSIDERANDO:

Que, de lo expuesto se tiene que **la ahora recurrente FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, ha sido sancionada por haber incumplido el artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 063 de 06 de febrero de 2009, referido al plazo para que presente la Auditoría Externa para la validación de la Reserva Financiera en cumplimiento al documento de Alcances Mínimos establecidos para tal,** enmarcándose la conducta sancionada en el ámbito de la preterintencionalidad.

No obstante, las actuaciones de la recurrida no fundamentan el motivo a la sanción de $us. 5.000.- (son cinco mil 00/100 dólares americanos) y no una cuantía menor, en infracción a lo señalado por el artículo 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, ni ha tomado en cuenta las circunstancias mismas del caso en estricto cumplimiento del principio de verdad material.

Que, sin perjuicio de ello y bajo el principio de economía procesal, esta Autoridad ha realizado la compulsa necesaria para la correcta aplicación de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 18 de mayo de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
Ministro de Economía y Finanzas Públicas

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 198-A-2011 DE 01 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 070/2011 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2011

La Paz, 23 de diciembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Seguros Illimani S.A.,** contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 198-A -2011 de 1 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 033-2011 de 21 de enero de 2011, esta última emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 145 de 22 de noviembre de 2011, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 22 de agosto de 2011, Fernando Arce Grandchant en representación de Seguros Illimani S.A., tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 0488/2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nª 101 del Distrito Judicial La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 198-A -2011 de 1 de agosto de 2011, que en Recurso de

Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 033-2011 de 21 de enero de 2011.

Que, en fecha 29 de agosto de 2011, se notificó a Seguros Illimani S.A., con el proveído de fecha 26 de agosto de 2011, determinando que en un plazo no mayor a tres días hábiles administrativos, presente la entidad aseguradora documentación que acredite la personería de sus representantes legales.

Que en fecha 1 de septiembre de 2011 Seguros Illimani S.A., presenta la documentación extrañada.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de septiembre de 2011, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Seguros Illimani S.A., mismo que fue notificado el 8 de septiembre de 2011.

Que, mediante Auto de fecha 8 de septiembre de 2011, se hizo un llamamiento a los terceros interesados Ministerio de Educación (Programa de Post Alfabetización) para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DDC/R-130367/2010 de 10 de diciembre de 2010, se notifica a Seguros Illimani S.A. en su persona como Representante legal con las siguientes contravenciones en las que habría incurrido la entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

> *" -Al artículo 1033 del Código de Comercio, toda vez que el Programa de Post Alfabetización del Ministerio de Educación, cumplió con la presentación de toda la documentación inherente al siniestro, sin que hubiese pronunciamiento alguno por más de treinta días, concordante con el literal a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, por la no cobertura de dos pólizas de garantías referentes a correcta inversión de anticipo y cumplimiento de contrato signadas con los números 92-26-LPCI0900702 y 92-25-LPCM0900110 respectivamente.*
>
> *-Al literal j) del artículo 12 de la Ley N° 1883, al no haber remitido información requerida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero…"*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 7 de enero de 2011 mediante CITE.PE. 0025/2011 Seguros Illimani S.A., presentó descargos refiriendo lo siguiente:

*"**1.-** La Clausula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas menciona que la ejecución de la Póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del **original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la entidad pública que corresponda;** el mencionado documento no fue presentado hasta la fecha, pese a que el Beneficiario mediante sus notas cite DGP-PNP N° 823 y N° 827 de fecha 3/12/09 hace alusión al mismo documento para proceder con la ejecución solicitada. Si bien la Clausula de Ejecución Inmediata Condicional hace referencia a que solo se requiere del Documento mencionado para el pago de las Pólizas en ejecución, debemos basarnos en lo que menciona el Artículo 1031 del Código de Comercio sobre la obligación de facilitar a requerimiento del Asegurador, todas las informaciones que se tengan sobre los hechos y circunstancias del siniestro, a suministrar las evidencias conducentes a la determinación de la causa, Identidad de las personas o intereses asegurados y cuantía de los daños, así como permitir las indagaciones pertinentes necesarias a tal objeto, situación que nos permitiría pronunciarnos con fundamento en relación a la aceptación o al rechazo del siniestro.*

2.-**Con relación al Artículo 12 inciso j) de la Ley N° 1883, no se remitió a, ese **despacho lo solicitado debido a que las Pólizas en cuestión no fueron aún ejecutadas por lo expuesto en el punto anterior.

***3.-** Por último nuevamente haremos mención a nuestra nota cite PE.2278/2010 de fecha 26 de Octubre del año en curso en la que hacemos saber a ese ente regulador sobre la existencia de un proceso penal en contra de funcionarios del Programa Nacional de Post-alfabetización, proceso iniciado por nuestro..//.. Afianzado Sr. Jorge Víctor Peñaranda Guzmán Representante Legal de TOPE Import-Export por los delitos de uso indebido de influencias, extorsión y la existencia de un posible fraude al seguro, documentación que fue requerida por Seguros Illimani S.A. a la Dra. Patricia Oblitas Fiscal que lleva adelante la investigación del caso signado con el N°10679/09, Fiscal que nos negó la solicitud efectuada por existir personal ejecutivo del Ministerio de Educación comprometido con estos ilícitos, por lo que estamos a la espera de las pruebas ofrecidas por el Sr. Jorge Víctor Peñaranda Guzmán (Afianzado), asimismo, adjunto a la presente remitimos copia del memorial presentado al Dr. Jorge Lizandro Alvarez, Fiscal de Materia División Delitos Económicos Financieros."*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 033/2011 DE 21 DE ENERO DE 2011.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI Nº033/2011 de 21 de enero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

*"**PRIMERO.-** Sancionar a Seguros Illimani S.A., con una multa global en Bolivianos equivalente a 100.000 Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV) por la contravención al artículo 1033 del Código de Comercio y los incisos a) y j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

SEGUNDO.- *Ordenar a Seguros Illimani S.A. dar cumplimiento al Contrato de Seguro suscrito con el programa de Post Alfabetización del Ministerio de Educación, y a lo dispuesto en las pólizas de caución emitidas como efecto del mismo.*

TERCERO.- *La multa impuesta deberá ser depositada en la Cuenta N° 4010695761 Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el Banco Mercantil Cruz S.A., en el plazo máximo de 10 días computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir dentro los siguientes 5 días hábiles, la papeleta de depósito de la multa impuesta.*

CUARTO.- *Notificar con la presente Resolución, al Ministerio de Educación como reclamante de conformidad con lo previsto por el artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002."*

Argumentando, con relación al cargo 1 referido al incumplimiento del artículo 1033 del Código de Comercio concordante con el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 se realiza el siguiente análisis:

"…De la revisión de los descargos presentados por la entidad aseguradora y la documentación cursante en el expediente administrativo, se establece que con relación al argumento de Seguros Illimani S.A. referido a que el Ministerio no hubiera presentado la Resolución de la Máxima Autoridad Ejecutiva, se evidencia que mediante Resolución Ministerial N° 775/09 de fecha 10 de noviembre de 2009, el Ministerio de Educación determinó el incumplimiento a la cobertura de la Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos LPCI0900702 por Bs491.200, la misma que fue notificada al afianzado mediante carta DGP-PNP N° 786/2009, e incumplimiento a la Póliza de Cumplimiento de Suministros LPCM0900110 por Bs171.920, notificada al afianzado mediante carta DGP-PNP N° 786/2009 de fecha 11 de noviembre de 2009 y ***comunicada a Seguros Illimani S.A. con carta DGP-UA N° 629/2009 de 12 de noviembre de 2009, conforme lo disponía la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional(….)"***

Que el artículo 1033 del Código de Comercio establece que el asegurador debe pronunciarse sobre el derecho del asegurado o beneficiario dentro de los treinta días de recibida toda la información adicional requerida. La entidad aseguradora no dio cumplimiento a lo contractualmente pactado contraviniendo la disposición contemplada en el inc. a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1833…"

Con relación al cargo 2 referido al incumplimiento del inciso j) del artículo 12 de la Ley Seguros N° 1883 se establece lo siguiente:

De la revisión de antecedentes cursantes en el presente proceso administrativo, se evidenció que de manera posterior al Silencio de Seguros Illimani S.A., el citado proyecto del Ministerio de Educación presentó su reclamo ante este Órgano Regulador, quien mediante cartas ASFI/DAJ/R-34849/2010, ASFI/DDC/R-53394/2010, ASFI/DDC/99215/2010, ASFI/DDC/R-99215/2010, y ASFI/DDC/R-108908/2010 recibidas por la entidad aseguradora en fechas 13 de abril, 1 de junio, 5 y 22 de octubre de 2010 respectivamente, instruyó de manera reiterada a Seguros Illimani S.A. la remisión de

Informes y documentación emergente del reclamo presentado por el Programa de Post Alfabetización.

Seguros Illimani S.A. hasta la fecha no presentó la documentación solicitada por esta Autoridad de Supervisión y, de los supuestos informes presentados por la Entidad Aseguradora no existió una respuesta seria y fundamentada, que contemple las causales por las cuáles Seguros Illimani S.A., no podía dar cumplimiento a lo solicitado por la Autoridad de Supervisión, eludiendo su obligación a través de argumentos ajenos, fuera de contexto y no conducentes con la realidad del reclamo.

Que, el requerimiento de presentación de documentación e información emitido por la Autoridad de Supervisión estaba destinado al establecimiento de la verdad material u objetiva. Seguros Illimani S.A. hasta la fecha no presentó la documentación e información suficiente hecho que obstaculizó y dilató el procedimiento administrativo emergente del reclamo del Programa de Post Alfabetización del Ministerio de Educación, por lo que se ratifica el cargo imputado…"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 18 de febrero de 2011, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 033/2011 de fecha 21 de enero de 2011 con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS DJ/DS/N° 198-A-2011 DE 1 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 198-A-2011 de 1 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó confirmar parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 033/2011 de 21 de enero de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmándose en parte el resuelve primero y revocando el resuelve segundo, conforme lo siguiente:

> **"** ***I.*** *Se* ***CONFIRMA Y MODIFICA*** *el* ***RESUELVE PRIMERO*** *con el siguiente texto:*
>
> ***'PRIMERO.- SANCIONAR A SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *con una multa en bolivianos equivalente a 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravenir el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998".*
>
> ***II.*** *Se* ***INCLUYE*** *el* ***RESUELVE SEGUNDO*** *con el siguiente texto:*
>
> ***'SEGUNDO.- SANCIONAR A SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *con una multa en bolivianos equivalente a 20.000,00 UFV's (Veinte Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravenir el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998"*

III.*Se* ***REVOCA EL RESUELVE SEGUNDO*** *de la Resolución ASFI N° 033/2011 de 21 de enero de 2011, por los argumentos expuestos en la presente Resolución Administrativa.*

IV. *Se* ***RATIFICA*** *el* ***RESUELVE TERCERO*** *de la Resolución ASFI N° 033/2011 de 21 de enero de 2011.*

V. *Se* ***CONFIRMA EL RESUELVE CUARTO*** *de la Resolución, ASFI N° 033/2011 de 21 de enero de 2011".*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"(…) Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo

Que se han dejado reseñados los antecedentes que dieron lugar a la emisión de la Resolución ASFI 033/2011 de 21 de enero de 2011 contra ***SEGUROS ILLIMANI S.A.*** *y se han dejado también reseñadas las razones expuestas por la Entidad Aseguradora para fundar su Recurso de Revocatoria. Procede entonces efectuar el correspondiente análisis, a efectos de establecer si la entidad contravino el artículo 1033 del Código de Comercio y los incisos a) y j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

Que para abordar el tema se seguirá el orden expositivo: (i) en primer lugar se abordará la cuestión de competencia del ente regulador; (ii) se referirá al incumplimiento del artículo 1033 del Código de Comercio y los incisos a) y j) de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998; (iii) se analizará si el Ministerio de Educación presentó su reclamo de manera extemporánea; (iv) se tocará lo relacionado al cumplimiento de procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento del contrato entre la Empresa TOPE IMPORT EXPORT y el Ministerio de Educación y, finalmente, (v) se referirá al monto de la multa de la sanción impuesta.

(i) Con respecto a la Competencia del Órgano de Fiscalización para ordenar el cumplimiento del contrato de seguros suscrito con el programa de Post Alfabetización del Ministerio de Educación y *a* ***lo dispuesto en las pólizas de caución emitidas como efecto del mismo.***

Que el análisis partirá su desarrollo a partir de la naturaleza jurídica del Seguro de Caución.

Que el artículo 5 de la Ley de Seguros N° 1883, define el Seguro de Caución como: "aquel por el que el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro (afianzado) de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad, los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador debe serle reembolsado por el tomador del seguro a cuyo efecto dicho asegurador deberá obtener las garantías suficientes".

Que aunque las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica del Seguro de Caución se han inclinado por diferentes figuras, debe inferirse por la definición dada en la Ley de Seguros N° 1883 que se asemeja ampliamente con la fianza que al igual que el seguro de caución tiene una función de garantía, sin embargo el contrato de seguro tiene elementos propios, tipificantes, como lo son "el evento" y el "interés asegurable" que no existe en el contrato de fianza regulado por el Capítulo XII, Sección I del Código Civil.

Que la especialidad de este seguro se manifiesta por la existencia de tres sujetos (el empresario o tomador, la entidad estatal y el asegurador), y dos contratos (uno principal de suministro y otro subordinado a aquel, consistente en la póliza de seguro que cauciona el cumplimiento total y temporáneo de las obligaciones asumidas por el tomador).

Que en resumen puede decirse que la principal característica jurídica del Seguro de Caución radica en que existe una relación tripartita y dos contratos, uno principal que obliga al afianzado (empresario) con el beneficiario (entidad estatal) y otro accesorio instrumentado a través de una póliza, que vincula al fiador (compañía de seguros) con el beneficiario (entidad estatal) sólo en caso de siniestro.

Que en este sentido se observa, en un primer lugar, que la Resolución impugnada al ordenar a Seguros Illimani dar cumplimiento al contrato de seguro suscrito con el programa de Post Alfabetización, no ha tomado en consideración que quien contrata el Seguro de Caución es el empresario, proveedor del suministro, y que a raíz de ello nace una obligación accesoria, ***no un contrato*** *sino una garantía a favor del beneficiario, de cumplimiento obligatorio por parte de la Aseguradora al momento de otorgar la garantía solicitada por el beneficiario al afianzado, por ello cuando el Ministerio de Educación menciona que: "El Ministerio de Educación en ningún momento suscribió un contrato con la aseguradora Illimani S.A., es decir no se trataría del cumplimiento de un contrato" lo hace precisamente para demostrar que la póliza es una garantía exigible para los procesos de contratación del Estado, en caso de que se produzca un siniestro por incumplimiento del tomador frente al asegurado.*

(ii) Respecto a lo alegado por el Recurrente sobre el incumplimiento del artículo 1033 del Código de Comercio y los incisos a) y j) de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que el artículo 1 del Código de Comercio al determinar el alcance de dicha Ley establece: "El Código de Comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial. ***En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de este Código y, en su defecto las del Código Civil"***

Que mediante Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007 la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobó los Textos Únicos,

Uniformes y de Pago al Contado de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro para Entidades Públicas y de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, entre otras, por lo que al encontrarse estos casos regulados expresamente, conforme disposición de la norma transcrita precedentemente, el Código de Comercio no le es aplicable.

Que respecto al incumplimiento del artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883, el recurrente alega haber remitido toda la documentación requerida y toda la que cursaba en el file correspondiente sin restricción alguna.

Que cabe hacer un análisis pormenorizado de lo aseverado a efecto de determinar, mediante las pruebas cursantes en el expediente, si tal hecho se verificó fehacientemente, así se tiene:

1. *En fecha 28 de mayo de 2010, mediante carta ASFI/DDC/R-53394/2010 la ASFI textualmente menciona: "en atención al reclamo presentado por el Ministerio de Educación 'Programa Nacional de Post Alfabetización', y toda vez que a la fecha no existe respuesta que contenga argumentos técnico legales que impidan la ejecución de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipo N° 92-25-LPCM0900110 y Póliza de Garantía de Cumplimiento de contrato N° 92-26-LPC10900702, solicitó remitir al Ente Regulador una respuesta seria y fundamentada que contemple las causales técnicas y jurídicas, para la no ejecución de las referidas Pólizas".*

2. *En respuesta y mediante nota CITE P.E. 00698/2010, Seguros Illimani S.A. comunica que "tiene conocimiento de la existencia de un proceso penal iniciado por la Empresa Tope contra ejecutivos del Programa Nacional de Post Alfabetización por los delitos de corrupción pública en sentido que los anticipos recibidos habrían sido entregados a los mismos funcionarios del Programa" por lo que se encontrarían a la espera de la documentación correspondiente al proceso.*

3. *La ASFI mediante carta ASFI/DDC/R-99215/2010 de 28 de septiembre de 2010 responde la carta anterior mencionando que "los argumentos citados no perjudican la ejecución de las pólizas, más aún cuando dicha cartera gubernamental cumplió con todos los requisitos preestablecidos en el procedimiento para la ejecución de las garantías, contenido en el contrato principal. En ese sentido (…) la entidad a su cargo deberá remitir en el plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles administrativos, contados a partir de la recepción del presente requerimiento, documentación que acredite la ejecución de las Pólizas mencionadas".*

4. *Mediante carta CITE P.E. 2172/2010 de 7 de septiembre (sic) de 2010, la Entidad Aseguradora comunica que "(…) en fecha 28 de septiembre de 2010 se ha dado inicio a una fiscalización instruida por la Dirección de Supervisión de*

Seguros y que a requerimiento de la misma hemos proporcionado todos los antecedentes sobre el caso de referencia a la comisión que actualmente trabaja en nuestras oficinas. En este sentido, consideramos que debemos esperar a la finalización de la fiscalización en curso para poder pronunciarnos jurídicamente respecto a su solicitud"

5. *Mediante carta ASFI/DDC/R-108908 de 19 de octubre de 2010 la ASFI menciona que: "(...) nuevamente los argumentos citados no perjudican la emisión de una respuesta íntegra y objetiva con relación a lo solicitado por este Ente Regulador, por lo que reiteramos lo solicitado en nuestra carta ASFI/DDC/R-99215/2010, para que en el marco de las atribuciones otorgadas a este Ente Regulador por la normativa en actual vigencia, la entidad a su cargo deba remitir en el plazo improrrogable de dos (2) días hábiles administrativos, contados a partir de la recepción del presente requerimiento, documentación que acredite la ejecución de las pólizas de caución reclamadas por el Programa de Post Alfabetización del Ministerio de Educación, bajo alternativa de iniciar proceso sancionatorio en contra de Seguros Illimani S.A. por incumplir instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero*".

6. *Mediante carta Cite P.E. 2278/2010 de 28 de octubre de 2010, Seguros Illimani ratifica su nota Cite: PE. 698/2010 debido a que: "al existir un proceso penal contra los ejecutivos del Programa Nacional de Post Alfabetización por los delitos de corrupción pública y al haber solicitado la documentación correspondiente a la Fiscal a cargo del caso, para determinar la existencia de un posible fraude al seguro, recién podrían pronunciarse cuando la documentación les sea remitida*".

Que lo supra transcrito deja entrever con meridiana claridad que Seguros Illimani S.A. incumplió de manera reiterada las instrucciones emanadas por el Órgano Fiscalizador, conducta que sin lugar a dudas contraviene el inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros al no haber presentado a requerimiento fundamentado de ASFI la documentación que acredite la ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo N° 92-25-LPCM0900110 y de Garantía de Cumplimiento de Contrato N° 92-26-LPC10900702.

Que en cuanto al incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros, alega el Recurrente que dicho extremo corresponde a otra instancia del Estado el establecer el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones convenidas en las pólizas y mientras no exista Laudo Arbitral o Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que determine el incumplimiento no se puede establecer sanción alguna.

Que cabe mencionar que el inciso e) del artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883 establece como una de las funciones y objetivos de Órgano de Fiscalización: "Cumplir y hacer cumplir la presente Ley (de Seguros) y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos".

Que en este sentido el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 establece como obligación' de las aseguradoras "indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista".

Que al estar esta obligación contenida en la Ley de Seguros y en sus reglamentos es deber del Órgano de Fiscalización hacerla cumplir, cuando no se ha suscitado como en el caso que se analiza una controversia (es decir que la Entidad Aseguradora en ningún momento curso nota formal (sic) al Beneficiario para hacerle conocer su negativa de pago), máxime si se considera que mediante Resolución Administrativa IS/N° 731 que aprueba los textos únicos, uniformes y de pago al contado de las Pólizas de Contrato de Suministro y Correcta Inversión de Anticipo, entre otras para Entidades Públicas, se ha establecido un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere ***ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL*** *(Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva)* ***NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN,*** *como textualmente lo menciona: "(en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado o reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares,* ***EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS*** *de acuerdo a procedimiento citado en el siguiente párrafo,* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.*** *La ejecución de la póliza,* ***NO ESTARÁ SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA A NIVEL EJECUTIVO CITADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MÁXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA QUE CORRESPONDA (…)"***

Que por los antecedentes cursados en el expediente, se observa que las Pólizas de Seguro por Garantía de Correcta Inversión de Anticipo y de Cumplimiento de Suministro para entidades públicas fue contratada por el tomador a Seguros Illimani S.A. con vigencia del 15 de septiembre al 19 de noviembre de 2009.

Que el condicionado general de las pólizas determina en la cláusula 10.- que "Otorgada la presente póliza, ésta adquiere carácter de irrevocable hasta que se cumpla la vigencia de la misma, no pudiendo el Fiador demandar su rescisión por causas imputables al Afianzado, ***NI QUEDAR LIBERADO DE SU OBLIGACIÓN MIENTRAS ESTA PÓLIZA SE ENCUENTRE VIGENTE".***

Que a su vez, el artículo 12 del mismo condicionado general determina: "Las acciones emergentes de un Contrato de Seguro de Caución prescriben en dos años a contar de la fecha del siniestro".

Que estas dos cláusulas se explican por sí mismas, primero el fiador no queda librado de su obligación mientras la póliza se encuentre vigente y ni siquiera el arbitraje estipulado en la cláusula 14 del condicionado general afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución inmediata condicional, es decir dentro de los 15 días a partir de la presentación de la Resolución que declare el incumplimiento, emitida por la MAE; segundo no existe un plazo establecido para que la entidad beneficiaria comunique el incumplimiento, bastará simplemente que lo haga dentro de la vigencia de la póliza; aún más tomándose en cuenta los efectos del artículo 12 del condicionado general antes señalado.

Que en este entendido se ha verificado que el Ministerio de Educación mediante Resolución Ministerial N° 776/09 de 10 de noviembre de 2009, complementada por Resolución Ministerial N° 780/09 de 11 de noviembre resolvió declarar el incumplimiento y resolución del Contrato de Provisión ME/VEAE/DGP/PNP N° 01/2009, suscrito en fecha 23 de septiembre de 2009 con la Empresa TOPE IMPORT EXPORT y como consecuencia de dicho incumplimiento instruyó se proceda a la ejecución de las Pólizas de Seguro de Garantía d Cumplimiento de Contrato N° 92-25-LPCM0900110 y de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo N° 92-26-LPC10900702.

Que el Ministerio de Educación mediante carta CITE: DGP-UA N° 0629/2009 de 12 de noviembre de 2009, recibida por Seguros Illimani S.A. el 16 de noviembre del mismo año, 3 días antes del vencimiento de la vigencia, remitió las Pólizas y el original de la Resolución Ministerial N° 776/09 de 10 de noviembre de 2009, documentación con la que cumplió a plenitud lo establecido en la cláusula de ejecución inmediata condicional.

Que se ha evidenciado asimismo que en la misma fecha en que el Ministerio de Educación solicitó la ejecución de las pólizas, Seguros Illimani S.A. a través de notas CITE: 709, 710 y 711 de 16 de noviembre de 2011, notificadas a horas 9:36 y 14:06, solicitó documentación complementaria no contemplada por la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007, ya que la ejecución de las Pólizas ***NO ESTA SUJETA NI POR LA PROPIA PÓLIZA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA A NIVEL EJECUTIVO CITADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MÁXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA.***

Que a pesar de que el Ministerio de Educación dio curso a la solicitud de la documentación mediante notas DGP-PNP N° 0807/2009 y DGP-PNP N° 0808/2009 de 19 de noviembre de 2009, Seguros Illimani S.A. a través de las cartas CITE: DR 720 y 721 de 23 de noviembre de 2009, notificadas el 25 del mismo mes, y Cite DR 733/2009 de 14 de diciembre, notificada el 16 de diciembre de 2009 siguió insistiendo en la remisión de documentación adicional, amparándose en el artículo 1031 del Código

de Comercio, no aplicable al presente caso (pólizas de caución) para su ejecución por las razones ya expuestas.

(iii) Con relación al argumento de que "el reclamo del Ministerio de Educación sería extemporáneo".

*Que los fundamentos ampliamente desarrollados en el punto anterior demuestran lo contrario, puesto que la Entidad estatal presentó dentro del plazo de vigencia de las pólizas la Resolución Administrativa firmada por la MAE, único requisito exigido por la Resolución Administrativa IS N° 731 para la ejecución, que declara el incumplimiento del suministro, por parte de la Empresa TOPE IMPORT EXPORT, por el ello cuando el recurrente alega que**: "No es posible otorgar validez alguna en el presente caso, a la Resolución N° 780/09 debido a que la misma fue presentada igualmente en forma extemporánea a Seguros Illimani S.A",** no consideró esta situación.*

(iv) Sobre el Incumplimiento del procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento del contrato entre TOPE y el Ministerio de Educación.

Que de la atenta lectura del inciso 19.2A de la Minuta de Contrato ME/VEAE/DGP/PNP/N° 01/2009 se establece que conforme a las reglas aplicables a la resolución, el Ministerio mediante carta DGP-PNP N° 0767/2009 de 3 de noviembre de 2009 notificó a la Empresa TOPE IMPORT EXPORT la intención de resolución del contrato de adquisición de 10.000 reproductores de DVD; que vencido el término de los cinco (5) días hábiles desde su legal notificación, sin que el proveedor hubiere respondido, mediante carta DGP- N° 0786/2009 de 11 de noviembre de 2009 se notificó que la resolución del contrato se había hecho efectiva, acompañando para el efecto las Resoluciones Ministeriales 776/09 de 10 de noviembre de 2009 y 780/09 de 11 de noviembre de 2009.

Que lo aseverado por el Recurrente en sentido de que el Ministerio de Educación hace aparecer una carta notariada (sólo una cuando debían ser dos) que no tiene efecto legal primero debido a que el contrato refiere a dos cartas notariadas y no una y segundo porque dicha carta por el tenor que lleva y la representación de la notaría encargada de llevarla, jamás cumplió con la finalidad de notificar a TOPE", no es real puesto que adjunto a la denuncia del Ministerio de Educación, presentada a la ASFI el 16 de marzo de 2010 se adjuntaron, además de otras pruebas, las dos cartas a que refiere el contrato y con respecto al segundo elemento alegado, éste se encuentra previsto en el inciso 19.2.4, cuando menciona "si al vencimiento del término de los cinco (5) días no existe ninguna respuesta, el proceso de resolución continuará a cuyo fin el comprador notificará mediante carta notariada a la otra parte, que la resolución del contrato se ha hecho efectiva". No obstante lo anteriormente expuesto, nada impide al recurrente hacer patente su derecho de recurrir por la vía arbitral.

(v) De los hechos ilícitos y de la cobertura del seguro

Que a pesar de la abundante prueba que adjunta el Recurrente y que dan cuenta de la sustanciación de dos procesos penales, uno iniciado a instancias de Jorge Víctor Peñaranda Guzmán, representante legal de TOPE IMPORT EXPORT, y otro a instancias de Seguros Illimani S.A. contra funcionarios del Ministerio de Educación, este Órgano de Fiscalización no puede emitir ningún juicio de valor por no ser de su competencia y por encontrarse los presuntos ilícitos en proceso de investigación.

Que sin embargo debe considerarse que el Beneficiario de las Pólizas de Caución es una Entidad del Estado Plurinacional (como tal está comprometido el interés público, el interés social) y no una o varias personas naturales y, que el siniestro en el seguro de caución se produce por el incumplimiento del tomador frente al beneficiario, Ministerio de Educación. Pero este incumplimiento en su origen es aleatorio y configura un evento futuro e incierto pues no se trata de una condición potestativa del beneficiario sino de un hecho del tomador quien a su vez, es responsable ante el asegurador, razón por demás que fundamenta la premisa de que el asegurador debe pagar y subrogarse los derechos del beneficiario emergentes del contrato, ya que notificado del incumplimiento del afianzado, sólo le queda expedirse sobre el derecho del beneficiario dentro de los 15 días.

(vi) La Resolución recurrida no es motivada

Que el regulado alega que: "La resolución Administrativa recurrida no es motivada no explica desde la perspectiva jurídica cómo es que llega a la multa que sanciona"

Que no obstante ser claras las determinaciones contenidas en la Resolución impugnada con respecto a la aplicación de sanciones, es menester responder a las observaciones efectuadas, como sigue:

***Con relación al cargo N° 1.-** Se impuso una multa de 80.000 Unidades de Fomento a la Vivienda al haberse evidenciado incumplimiento al artículo 1033 del Código de Comercio y al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros.*

- *Con respecto al primer incumplimiento, es decir al artículo 1033 del Código de Comercio, el cargo debe ser revocado porque, conforme ya ha sido expuesto en la presente Resolución, dicha norma no es aplicable a los seguros de caución involucrados en el presente proceso, por existir regulación expresa contenida en la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.*

- *Con respecto al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros la sanción se mantiene incólume toda vez que a través del desarrollo de la presente Resolución se ha verificado de manera cierta qué:*

- La conducta de la Entidad Aseguradora ha estado dirigida a evadir el cumplimiento de su obligación so pretexto de procesos penales que se encuentran aún en la fase investigativa contra funcionarios del Ministerio de Educación.

- Objetivamente existe daño al Beneficiario (Ministerio de Educación, Programa de Post Alfabetización) y perjuicio a los terceros que a nivel nacional deben beneficiarse con la tele-clase en los puntos de Post Alfabetización.

Cumplidos los dos presupuestos anteriores previstos en el artículo 52 de La Ley de Seguros N°1883, la sanción se impuso en el grado máximo determinado para el inciso e) del numeral II) del artículo 16 de la Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003, que prevé: "Se consideran infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a la suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayor a ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento a la Vivienda (...)".

***Con relación al cargo N° 2.-** Referido al incumplimiento del inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros, a raíz de la no presentación del informe solicitado en varias oportunidades por la ASFI y evadido de manera reiterativa por Seguros Illimani, como se ha demostrado ampliamente en la presente Resolución, la sanción de 20.000 Unidades de Fomento a la Vivienda responde al grado medio determinado por el inciso e) del numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003, que prevé: "Se consideran infracciones leves, sujetas a la imposición de sanción de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186 Unidades de Fomento a la Vivienda (...) las omisiones en la calidad de los contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público", por haberse verificado de manera cierta qué:*

- *La conducta de la Entidad Aseguradora ha estado dirigida a evadir el cumplimiento de la instrucción de la ASFI de las causales técnicas y jurídicas, para la no ejecución de las Pólizas so pretexto de procesos penales que se encuentran aún en la fase investigativa contra funcionarios del Ministerio, y*

- *La Entidad Aseguradora ha demostrado una conducta reiterativa, al no haber dado curso a las varias instrucciones emitidas por el Ente Regulador(…)"*

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 22 de agosto de 2011, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS DJ/DS N° 198-A-2011 de 1 de agosto de 2011, argumentado lo siguiente:

"…Recurso Jerárquico.-

Amparado al efecto por los Artículos 16 II, 52 y siguientes del Decreto Supremo No.-27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 fundando el presente acto recursivo en derechos e intereses legítimos la empresa aseguradora que represento, poniendo de manifiesto los agravios sufridos paso a exponer los motivos jurídicos que impulsan el presente recurso jerárquico:

*1. **Inmotivado cambio de criterio por parte de la APS a fin de favorecer al Ministerio de Educación - Inseguridad Jurídica y el Principio de igualdad.-** De forma increíble la Resolución ahora impugnada establece que las disposiciones contenidas en el Código de Comercio relativas a los **CONTRATOS DE SEGURO** (Arts. 979 y siguientes C. de Com.) no son aplicables en el caso de que en la relación tripartita intervenga el Estado. Dicho razonamiento difiere de todas las Resoluciones sancionatorias pronunciadas por el ente regulador hasta la fecha y contiene en realidad una nueva doctrina inédita en el mundo entero. Más allá de que dicho razonamiento es sencillamente deleznable, la Resolución ahora impugnada no hace consideración legal alguna a los fundamentos jurídico doctrinales que ampararían semejante aseveración que trastoca seriamente principios básicos del derecho. El trato desigual y discriminatorio que se está imprimiendo a Seguros Illimani es inédito, caprichosos y carente (sic) de respaldo legal, si lo que se desea es cobrar a ultranza conceptos ilegales a Seguros Illimani S.A. no es necesaria tanta ilegal perorata que carece de respaldo jurídico, bastaba entonces señalar tan solo que por capricho propio de la APS se están cobrando las multas que establecen las resoluciones que dieron origen al proceso del exordio, las instancias recursivas en ese caso no tiene sentido alguno, el resultado siempre será el mismo, favorecer al Estado sin importar la legalidad. No perdamos de vista que el presente proceso sancionatorio fue iniciado a instancias de la ASFI por supuesto incumplimiento a previsiones contenidas en el Código de Comercio. Luego fuimos sancionados por supuestas infracciones relacionadas con el incumplimiento a previsiones contenidas en el Código de Comercio. Posteriormente a fin de forzar las cosas en un cambio de criterio inédito e infundado, sin paragón, la APS señala que en el presente caso las normas contenidas en el Código de Comercio no son aplicables **¿? - DONDE ESTAMOS ;.?** La APS no indica las razones jurídicas para semejante aseveración, dicha elucubración no es jurídica ni puede tener respaldo legal alguno, el contenido del Código de Comercio no puede ser alegremente soslayado por la APS con la única finalidad de avalar y apuntalar a ultranza la posición del Ministerio de Educación, escogiendo, según el caso, que normas aplicar a fin de provocar el mayor daño a la empresa que represento: Seguros Illimani S.A. es un ente de derecho comercial y la actividad que desarrolla se halla amparada por el Código de Comercio, no puede sustraerse de la aplicación de dicha norma, **NO SE PUEDEN FORZAR LAS COSAS;** El Código de Comercio es una Ley del Estado Plurinacional de Bolivia cuyo cumplimiento es obligatorio e insoslayable para todos los bolivianos y para todos los entes sean estos públicos o privados, el razonamiento contenido en la Resolución impugnada es sencillamente absurdo, atenta contra la Seguridad Jurídica y discrimina a los actores del **CONTRATO** de Seguro en provecho del Estado, extremo este INCONSTITUCIONAL conforme la VINCULANTE, SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1435/2005-R Sucre, 11 de noviembre de 2005 que señala textualmente lo siguiente: "En este sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así la SC 0042/2004, de 22 de abril, entre otras, determinó que: "toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el*

*derecho a la defensa ,……..; **asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y la seguridad.***

Solo este punto es suficiente argumento para revocar la póliza impugnada pues la misma es absolutamente insuficiente en cuanto a argumentación para sostener lo señalado.

***2. Dice que la Póliza no es un contrato - que cuando se afianzan intereses estatales, el estado carece de obligaciones frente a la empresa aseguradora -se contradice.-** De manera increíble y contradiciendo dicha posición en varios puntos de la misma Resolución ahora impugnada se señala que la Póliza que se otorga para afianzar contratos con el Estado **NO ES UN CONTRATO** dice que es una garantía no señala su naturaleza jurídica. Es decir que. conforme la Resolución impugnada, nuestro Código de Comercio se halla equivocado, la Póliza **NO ES UN CONTRATO** y es una especie de garantía, solo cuando esta el Estado de por medio, de ejecución **incontenible** no importa nada, delitos, corrupción, todo vale, menos que no se pague una póliza a favor del Estado, ello sencillamente trastoca una sana práctica comercial y nos lleva a pensar de que el Estado es un ente carente de responsabilidad que sus funcionarios se hallan válidamente autorizados por la norma. a decir del criterio de la Resolución impugnada, a hacer lo que les venga en gana, a cometer el error que sea, sus actos en el presente análisis estarán siempre cubiertos. SIN DERECHO A RECLAMO ALGUNO, por parte de una empresa aseguradora, razonamiento este que no tiene asidero legal alguno; a estas alturas la APS no puede inventar una nueva teoría sobre seguros y relativos a la responsabilidad del Estado y principalmente de sus funcionarios, el capricho de dicho ente no puede sobrepasar años de un entendimiento correcto del negocio asegurador, no es posible que se pretenda semejante cambio sin explicación jurídica alguna. La póliza de Seguro SIEMPRE es un contrato, es accesorio por naturaleza y se halla regulado por el Código de Comercio, la Póliza, así afiance intereses estatales no es una figura amorfa carente de regulación, el Código de Comercio señala claramente cuál es su naturaleza y establece a detalle las incidencias de su ejecución. Lo más increíble de todo el análisis contenido en la Resolución ahora impugnada es que señala que las pólizas dadas a favor de intereses del Estado se pagan sin necesidad de ningún trámite o acción judicial, se pagan a solo requerimiento, NO HAY PLAZOS, LA ASEGURADORA NO TIENE DERECHO DE AVERIGUAR LA VERACIDAD DEL SINIESTRO. NO EXISTE NINGUNA POSIBILIDAD DE RECLAMAR ANTE FRAUDE O INCUPLIMIENTO POR PARTE DEL ENTE ESTATAL; Así lo señala en varios puntos la merituada resolución ahora recurrida. En consecuencia lo señalado es tan serio que amerita que la resolución impugnada sea revocada a fin de que la APS explique el alcance de esta nueva doctrina sobre seguros; explique que es entonces la póliza, como es que el Código de Comercio no se aplica y como es que inquisitivamente, sin derecho a nada, las empresas aseguradoras deben pagar pólizas a favor del Estado a su solo requerimiento, sustrayéndose de toda la normativa comercial sin derecho a reclamo alguno así el cobro tenga origen fraudulento.*

3. Da validez a hechos manifiestamente controvertidos para darles efectos negativos a Seguros Illimani S.A. y favorecer al Ministerio olvidando que las partes que litigan son

iguales ante la ley. *Por nuestra parte hemos explicado claramente que el Ministerio de Educación mediante nota cite DGP - PP No 0808/2009 de fecha 19 de noviembre de 2009 ha confesado hechos de importancia vital en el análisis del presente caso, no entendemos las razones jurídicas por las cuales la APS no da valor legal alguno a dicha confesión que contradice documentos emitidos por el Ministerio de Trabajo a todas luces fraudulentos o manifiestamente controvertidos, confesión que es relativizada de manera ligera en la RA ahora impugnada: la APS tiene la obligación de actuar con seriedad, no puede forzar las cosas, frente a la evidente contradicción que se presenta no puede optar por la solución sencilla y ligera de darle validez a documentos con el único fin de provocar efectos adversos a la entidad que represento y favorecer a ultranza y de manera forzada al Ministerio de Educación. En este sentido la Resolución ahora impugnada debe ser revocada hasta que la APS de manera seria y objetiva, desprovista de cargas emocionales que puedan nublar su probidad establezca claramente las razones por las cuales una confesión NO TIENE VALOR LEGAL ALGUNO EN EL PRESENTE CASO y a cambio se de valor legal absoluto a documentos controvertidos.*

4. El principio Non Reformatio In Peius.- *Así mismo y en cualquier caso solicito a los superiores considerar en el presente caso el principio de* ***non reformatio in pejus.*** *según Eduardo J. Couture, en el mismo texto citado anteriormente se tiene que:* ***"La reforma en perjuicio (reformatio in pejus) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario.".***

5. La Resolución impugnada omite referirse de forma puntual a los puntos establecido e en el memorial mediante el cual se interpone recurso de revocatoria - estado de indefensión.- *La Resolución impugnada se limita a transcribir inextenso el memorial mediante el cual he solicitado la revocatoria de la Resolución Administrativa ASF1 No.-033/2011 de fecha 21 de enero de 2011 y no fundamenta ni explica cuales las razones legales para desvirtuar los argumentos esgrimidos por mi parte en contra de la merituada resolución, accionar que se traduce en un acto omisivo que vulnera la legítima defensa y nos sume en estado de indefensión pues no sabemos a ciencia cierta cuáles han sido los argumentos legales que han motivado a la APS a desestimar en parte la solicitud hecha por nuestra parte. En consecuencia persisten todos los elementos denunciados en el memorial de revocatoria pues los mismos no han sido desvirtuados por la APS, elementos y argumentos que* ***reitero en forma textual,*** *conforme paso a exponer:*

a. Resolución Impugnada invade competencias ajenas a la ASFI - Solicitud de Arbitraje por parte del Ministerio de Educación.- *La Resolución Administrativa Impugnada de forma increíble señala textualmente lo siguiente en el artículo segundo de la parte dispositiva:* ***"Ordenar a Seguros Illimani S.A. dar cumplimiento al Contrato de Seguro suscrito con el programa de Post Alfabetización del Ministerio de Educación, y a lo dispuesto en las pólizas de caución emitidas como efecto del mismo."*** ***(sic)*** *dicha sola aseveración en la parte resolutiva del acto impugnado no tiene respaldo legal alguno, la parte considerativa de la Resolución impugnada no refiere a fundamento alguno por el cual la ASFI de valor a semejante criterio, constituyendo el artículo segundo de la Resolución impugnada una aseveración carente de fundamento legal y dictada sin*

competencia alguna. Los extremos inherentes al cumplimiento o incumplimiento de los contratos no son atribución de la ASFI, ello ha sido ya tratado en varias resoluciones uniformes de los entes reguladores estatales, cualquier cuestión relativa al cumplimiento o incumplimiento de los contratos es potestad privativa y exclusiva de los jueces ordinarios, la ASFI no puede invadir competencias ajenas su accionar se halla claramente delimitado por las normas que la regulan y en ningún caso puede interferir con competencias que no le corresponden. La Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo año ha establecido claramente lo siguiente: ***"La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las entidades reguladas y sus clientes o usuarios emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales establecidas en la legislación boliviana ..."(SIC)*** *- La competencia de la ASFI se halla limitada a emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios financieros auxiliares conforme lo señala en forma expresa el artículo I, parágrafo IV de la Ley No. 3067 de 20 de junio de 2005, cualquier cuestión relativa al cumplimiento de contratos o su incumplimiento es atribución privativa de los juzgados ordinarios de la república, la ASFI carece de competencia para referirse o analizar cuestión alguna relativa a dicho punto, así lo ha ratificado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SÍREFI RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 (adjunta) en forma incuestionable. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG S1REF1 RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005 (adjunta). Tan elocuente es lo señalado que adjunto a la presente la Nota Cite DGAJ - GF No. 63/11 de fecha 14 de enero de 2011 mediante la cual el Ministerio de Educación solicita al Subgerente de Arbitraje y Conciliación de la cámara Nacional de Comercio el inicio de un proceso arbitral apara la (sic) solución del conflicto que presentan, desvirtuando con ello cualquier consideración contenida en la Resolución ahora impugnada relativa a la competencia que le asiste a la ASFI para el tratamiento de temas controversiales referidos al cumplimiento o incumplimiento de los contratos entre los entes supervisados y los particulares.*

b. incumplimiento del artículo 1033 del Código de Comercio y los incisos a) y j) del artículo 12 de la Ley de Seguros No.- 1883 de 25 de junio de 1998.- *La Resolución Administrativa impugnada señala que por nuestra parte habríamos incumplido el artículo 1033 del Código de Comercio y los incisos a) y j) del artículo 12 de la Ley de Seguros No.- 1883 de 25 de junio de 1998, al efecto sanciona a Seguros Illimani S.A. con una multa global en Bolivianos equivalente a 100.000 Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV) - Sin embargo la Resolución impugnada no dice en qué forma y como habríamos incumplido con dichas disposiciones legales, extremo que nos sume en indefensión pues nos es imposible defendernos al no conocer a cabalidad cuales con los extremos fácticos que motivaron al ente regulador a establecer que por nuestra parte habríamos incumplido con las citadas normas imponiéndonos al efecto la multa que refieren. A fin de analizar el supuesto incumplimiento a lo previsto por el artículo 1033 del Código de Comercio, es necesario realizar un análisis retrospectivo de los antecedentes del caso; en fecha 12 de noviembre de 2009, el Ministro de Educación solicita la ejecución de las pólizas de seguro, manifestando que de acuerdo a la Resolución Ministerial No. 776/09 de fecha 10*

de noviembre de 2009 se declaró el incumplimiento del contrato de provisión y suministro por parte de TOPE, adjunta la citada resolución a su nota. Por su parte Seguros Illimani S.A. mediante nota DR. 709/2009 solicita los diferentes documentos que respaldan el siniestro, además de una enmienda a la resolución 776/09, debido a que en ningún momento se establecía el incumplimiento por parte de TOPE. El Ministerio de Educación remite los documentos solicitados, sin embargo y como se aprecia de la prueba que adjunto, algunos informes llegaron sin firmas, además que las copia no eran legalizadas, por lo que se solicito al Ministerio de Educación mediante nota se presenten los documentos en forma legal, quiere decir conforme a los requerimientos realizados. El Ministerio de Educación mediante nota nuevamente presenta la documentación solicitada sin mayores modificaciones, asimismo, solicitamos algunas pruebas adicionales mediante nota, como el comprobante de pago y en especial el cumplimiento al procedimiento en caso de declaratoria de resolución del contrato, es decir la carta de intención de resolución, la misma que en opinión de Seguros Illimani S.A. jamás ha sido cursado y existe duda razonable sobre su legalidad por los extremos que expondremos más adelante. La carta que nos remite el Ministerio de educación, ya no solo hace referencia a los documentos, sino más bien nos manifiestan que la ejecución inmediata se la aplica con la sola resolución de la MAE es decir de la Máxima Autoridad Ejecutiva y solicita nuevamente el pago del siniestro.

Frente a esta situación y toda vez que no existía la documentación necesaria a fin de procesar la solicitud del Ministerio de Educación, Seguros Illimani S.A. mediante nota reitera su solicitud y el Ministerio de Educación reitera el tenor de sus anteriores comunicaciones mediante nota. Esta situación se repite por lo que a la fecha el plazo establecido en el artículo 1033 del Código de Comercio se halla suspendido en virtud de las notas señaladas y toda vez que hasta la fecha el Ministerio de Educación no ha enviado la documentación requerida por Seguros Illimani S.A. En este marco de antecedentes no corresponde que se haga responsable a Seguros Illimani S.A. por el supuesto incumplimiento al artículo 1033 del Código de Comercio; más bien es el Ministerio de Trabajo el que incumplió con el envió de la documentación referida en el artículo 1031 del Código de Comercio; en consecuencia y con respecto a este punto y el supuesto incumplimiento al artículo 12 inciso j) de la Ley No 1883, se remitió a la ASFI la documentación señalada y toda la que cursaba en el file correspondiente al caso en análisis sin restricción alguna. En cuanto al incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No.- 1883 de 25 de junio de 1998 dicho extremo no corresponde pues como analizamos en el presente memorial, corresponde a otra instancia del Estado el establecer el incumplimiento o incumplimiento de las prestaciones convenidas en las pólizas; en consecuencia a fin de darle consistencia y contenido legal al supuesto incumplimiento de esta norma, la ASFI deberá previamente muñirse de la Resolución ejecutoriada emanada de Autoridad competente (Laudo Arbitral - Sentencia de Juez ordinario Ejecutoriada) que determine el incumplimiento por parte de Seguros Illimani S.A. con la prestación debida, entre tanto ello no ocurra no se puede establecer sanción alguna contra Seguros Illimani S.A. por este punto, aclarando que la ASFI no tiene atribución alguna para determinar si el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones inherentes a las pólizas fue legal o ilegal en cuyo caso y existiendo dicha

consideración emanada de Autoridad Competente recién podrá la ASFI establecer si procede una multa por el punto señalado ANTES ES JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE.

c. Reclamo Extemporáneo del Ministerio De Educación a Seguros Illimani S.A.- *Corresponde añadir que el Ministerio de Educación ha incumplido adicionalmente con lo previsto al efecto en el artículo 1028 del Código de Comercio pues la Resolución Ministerial No. 776/09 fue emitida en fecha 10 de noviembre de 2009 (fecha en la que se habría dado conocimiento material del siniestro) y se comunicó dicho extremo a Seguros Illimani S.A. recién en fecha 16 de noviembre de 2009 mediante la nota cite: DGP - UA N° 0629/2009 de fecha 12 de noviembre de 2009 mediante la cual el Ministro de Educación solicita la ejecución de las pólizas N° LPCM0900110 y LPC10900702 emitidas por Seguros Illimani S.A.; es decir en forma extemporánea. Sin embargo y con respecto a este punto, corresponde analizar otro escenario que de igual modo hace extemporáneo el reclamo del Ministerio de Educación en relación al artículo 1028 del Código de Comercio; suscrito el contrato entre TOPE y el Ministerio de Educación, se otorga a TOPE un anticipo de acuerdo a norma del 20%, de acuerdo a la clausula cuarta inciso a) del contrato suscrito entre TOPE y el Ministerio de Educación, TOPE debía entregar al Ministerio de Educación 3500 equipos a los 15 días de la firma del contrato, la firma del contrato ocurrió y tuvo lugar en fecha 23 de septiembre de 2009, por lo que dicho plazo feneció aproximadamente la primera semana de octubre de 2009, efectivizándose el incumplimiento en dicha oportunidad - Note como es entonces que recién se comunica a Seguros Illimani S.A. sobre el supuesto incumplimiento en fecha 16 de noviembre de 2009, en forma* ***ABSOLUTAMENTE EXTEMPORÁNEA EN INCUMPLIMIENTO PALMARIO Y FLAGRANTE CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 1028 DEL CÓDIGO DE COMERCIO*** *- Análisis que la ASFI debió realizar a fin de determinar una multa por supuesto incumplimiento en el pago del siniestro que aclaro nuevamente no corresponde a la ASFI.*

d. Sobre el Incumplimiento del Procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento del Contrato entre TOPE y el Ministerio de Educación.- *El Ministerio de Educación no ha cumplido los trámites previos para dar por terminado el contrato (sic) /VEAE/DGP/PNP N° 01/2009 de fecha 23 de septiembre de 2009 y los mismos se hallan en duda hasta la fecha. Dichos trámites previos se hallan contenidos en la cláusula Décimo Novena del contrato, el mismo que de conformidad al artículo 519 del Código Civil, tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. Precisamente el punto 19.2.1 inc. d) de la cláusula décimo novena de contrato /VEAE/DGP/PNP N° 01/2009 de fecha 23 de septiembre de 2009 señala expresamente que el contrato podrá concluir a requerimiento del comprador, en este caso el Ministerio de Educación, por:* ***"incumplimiento injustificado del plazo de entrega o el cronograma de entregas de provisión sin que el PROVEEDOR adopte medidas necesarias y oportunas para recuperar su demora y asegurar la conclusión de la entrega dentro del plazo de vigencia." (SIC).***

Así mismo el punto 19.2.4 de la cláusula décimo novena establece un procedimiento previo a la conclusión o terminación del contrato, procedimiento que refiere a dos cartas notariadas y a intervalos de tiempo entre las mismas a fin de que el COMPRADOR de por incumplido el contrato conforme lo señala el punto 19.2.1 inc. d) de la citada

*cláusula: **"Por incumplimiento injustificado del plazo de entrega..."** (SIC). En este contexto la nota cita DGP - PNP N° 0808/2009 de fecha 19 de noviembre de 2009 dirigida a Seguros Illimani S.A. por el Ing. Benito Ayma Rojas, Director General Post Alfabetización V.E.A.E. - M.E. en la cual la señalada Autoridad informa que: **"no existe correspondencia intercambiada con el representante legal de la empresa TOPE IMPORT EXPORT."(SIC),** es confesión extrajudicial al tenor del artículo 1322 del Código Civil de que el procedimiento señalado en el punto 19.2.4 de la cláusula décimo novena del contrato /VEAE/DGP/PNP N° 01/2009 de fecha 23 de septiembre de 2009 se ha incumplido, confesión que no admite retractación conforme el artículo 1323 del mismo cuerpo normativo. En el mismo plano de razonamiento halla coincidencia la Resolución Ministerial No. 776/09 de fecha 10 de noviembre de 2009 mediante la cual se declara como incumplido al Contrato de Provisión ME/VEAE/DGP/PNP No.- 01/2009 suscrito en fecha 23 de septiembre de 2009 entre TOPE ÍMPORT EXPORT y el Ministerio de Educación; y se instruye se proceda con la ejecución de las pólizas N° LPCM0900110 y LPCI0900702 emitidas por Seguros Illimani S.A.; pues la misma no relaciona la existencia del trámite señalado en punto 19.2.4 de la cláusula décimo. Con posterioridad a todos los documentos señalados el Ministerio de Educación hace aparecer una carta notariada (solo una cuando debían ser dos) que no tiene efecto legal alguno primero debido a que el contrato refiere a dos cartas notariadas y no a una y segundo debido a que dicha carta notariada (adjunta) por el tenor mismo que lleva y la representación realizada por la notario encargada de llevar dicha comunicación, jamás cumplió con su finalidad teleológica la que es de comunicar a TOPE el extremo inserta en la misma, EN CONSECUENCIA NO EXISTE POSIBILIDAD JURÍDICA ALGUNA DE QUE LOS EXTREMOS SEÑALADOS A ESTAS ALTURAS PUEDAN SER FORZADOS - NO SE CUMPLIÓ CON EL PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL QUE DEBÍA DAR POR INCUMPLIDO EL CONTRATO - dicho análisis también debió ser realizado por el ente regulador a fin de establecer la multa por supuesto incumplimiento en el pago del siniestro pactado, que reitero es un análisis que no les compete.*

De los hechos ilícitos y la cobertura del seguro.- *Así también se tiene conocimiento extraoficial de que los procedimientos previos que dieron lugar a la contratación entre el Ministerio de Educación y TOPE IMPORT EXPORT está siendo investigada por la fiscalía lo que al tenor del artículo 485 del Código Civil y 980 del Código de Comercio harían inatendible la solicitud del Ministerio Educación contenida en la nota cite: DGP - UA N° 0629/2009 de fecha 12 de noviembre de 2009, recibida en seguros Illimani S.A. en fecha 16 de noviembre de 2009. Así mismo adjunto prueba de dicho extremo que Vuestra Autoridad se servirá compulsar y darle el valor legal que corresponda a cada una de ellas en la Resolución correspondiente a fin de no incurrir en un acto emisivo que invalidaría su Resolución.*

f. Resolución inmotivada.- *La Resolución Administrativa recurrida no es motivada no explica desde la perspectiva jurídica como es que llega a la multa que sanciona; el administrado no tiene la posibilidad de entender y saber cómo se ha llegado al cálculo de la multa, que parámetros utilizó la Autoridad Administrativa para dicho cálculo. Hecho que conculca varios principios constitucionales y que conforme la SC. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala: **"En efecto, la jurisprudencia***

constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma" (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras).".

En atención a ello su Autoridad debe revocar la resolución recurrida hasta que se pronuncie otra que de manera fundada y motivada explique de donde deriva la multa, cómo es que en el marco del recurso incidental referido en el exordio y la Resolución Administrativa ASFI No 033/2011 de fecha 21 de enero de 2011 se ha llegado a dicha cifra, pues el proceso para llegar a las sumas sancionadas se halla aún en el anonimato y debe ser exteriorizado a objeto de que por nuestra parte podamos validarlo o objetarlo.

Indefensión - falta de valoración de la prueba aportada por Seguros Illimani S.A..-

Como corolario de lo anotado tenemos que muchas de las pruebas aportadas por Seguros Illimani S.A. no han sido compulsadas y la resolución impugnada no se refiere a las mismas ni para desvirtuarlas, reflejando una actitud omisiva que debe ser remediada; en otros casos la prueba es tan solo nombrada sin darle el valor probatorio que corresponde o bien sin explicar los fundamentos jurídicos que hacen a su descarte o falta de valoración, es decir que simplemente se las relaciona sin compulsarlas jurídicamente dándoles el valor legal y tasándolas como corresponde, al respecto la SC 0965/2006-R, en cuanto a la valoración de la prueba establece ***"a) existe apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, b) cuando se haya adoptado una conducta omisiva expresada, entre otras, en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso y, su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales; dicha competencia del Tribunal Constitucional, se reduce, en ambos casos, a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o la actitud omisiva en esta tarea, pero en ningún caso a sustituir a la jurisdicción ordinaria examinando la misma".***

Por lo señalado, solcito a su digna Autoridad revocar la Resolución Impugnada, sea con las formalidades de Ley.

Otrosí.- *Toda vez que en atención al principio Non Reformatio In Peius, referido anteriormente, es imposible jurídicamente empeorar la situación de Seguros Illimani S.A. en el caso concreto, solcito la inmediata devolución de la multa pagada en exceso por la reducción de multa contenida en la Resolución ahora impugnada.* ***…"***

7. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 22 de septiembre de 2011 el Lic. Roberto Iván Aguilar

Gómez en su condición de Ministro de Educación presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"3.- ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Ministerial N° 381/09 de fecha 9 de julio de 2009 se autoriza al área administrativa del Programa Nacional de Post Alfabetización, la contratación de una empresa proveedora de 10.000 (Diez Mil) reproductores de DVD's Multiformato amparado en lo dispuesto en el Artículo 33 de la Ley 1178 de Administración y Control Gubernamentales de 20 de julio de 1990, con la finalidad de desarrollar las tele clases en los puntos de la Post Alfabetización existentes a nivel nacional, por otra parte se instruyó la aplicación de los procedimientos establecidos en el Artículo 23 del reglamento del Subsistema de Contratación de Bienes y Servicios aprobado mediante Resolución Ministerial N° 397 de 27 de agosto de 2007.

Con la finalidad de cumplir con procedimientos establecidos, se publicó la convocatoria en varios medios de prensa escrita de circulación nacional, presentándose varias empresas interesadas, habiéndose dado cumplimiento al procedimiento hasta la etapa de emitirse el Informe de Calificación y Recomendación de la Comisión de Selección, recomendándose adjudicar la mejor propuesta.

Por Resolución de Adjudicación PNP/EXCP-001/09 de 25 de agosto de 2009, se resuelve adjudicar la provisión de los 10.000 Reproductores de DVD's a la empresa TOPE IMPORT EXPORT, procediendo a la notificación a su representante legal Sr. Jorge Víctor Peñaranda Guzmán, solicitándose acompañe toda la documentación necesaria para la elaboración de correspondiente contrato ***incluyendo las Pólizas de Seguro de Garantía de Cumplimiento de Contrato y de Correcta Inversión de Anticipo*** *(requisito indispensable); que mediante nota de fecha 16 de septiembre el apoderado legal acompaña las dos pólizas de seguro requeridas y los originales de su documentación, suscribiéndose el contrato MEA/EAE DGP/PNP N° 01/2009 de 23 de septiembre de 2009, procediéndose al desembolso del 20% como anticipo en la suma de Bs. 491.200,00 (Cuatrocientos Noventa y Un Mil Doscientos 00/100 Bolivianos) a favor de la empresa adjudicada mediante sistema SIGMA.*

Por Informe Técnico Administrativo DGP/PNP/065/09 de 30 de octubre de 2009, emitido por el área administrativa del PNP (sic), señala que en virtud al informe de la comisión de recepción se establece ***INCUMPLIMIENTO*** *por parte de la empresa en los plazos de entrega y condiciones establecidas en el Contrato por parte de la empresa TOPE IMIPORT EXPORT, recomendando se tomen los recaudos legales.*

En consecuencia ante la existencia de pólizas que tenían por objeto garantizar el cumplimiento del contrato, sin embargo ante el incumplimiento la consecuencia lógica era ejecutar las mismas.

Bajo ese contexto el presente proceso administrativo tiene por objeto DEMANDAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE SEGURO, a la Compañía Seguros Illimani SA., y consiguiente desembolso del valor caucionado por la Pólizas de Seguros Nos. 92-26-

LPCI0900702 y 92-25-LPCM0900110 por incumplimiento del Contrato ME/VEAE/DGP/PNP N° 01/2009 suscrito en fecha 23 de septiembre de 2009 de Provisión de Diez Mil (10.000) Reproductores de DVD, por parte de su afianzado y/o asegurado la Empresa TOPE IMPORT EXPORT, para el cumplimiento de lo solicitado se acompaño a conocimiento de Seguros Illimani la siguiente documentación.

a) *Original de Póliza de Seguro de Cumplimiento de Suministros para Entidades Públicas* ***N° 92-25-LPCM0900110,*** *emitida por Seguros Illimani S.A., a favor del Ministerio de Educación - Programa Nacional de Post Alfabetización - PNP, para garantizar el proceso de contratación PNP/EXCP-001/2009, por la suma de Bs.171.920,00.- vigente hasta el 19 de noviembre de 2009.*
b) *Original de Póliza de Seguro de Correcta Inversión del Anticipo para Entidades Públicas* ***N° 92-26-LPCI0900702,*** *emitida por Seguros Illimani S.A., a favor del Ministerio de Educación - Programa Nacional de Post Alfabetización - PNP, para garantizar el proceso de contratación PNP/EXCP-001/2009, por la suma de Bs.491.200,00.- vigente hasta el 19 de noviembre de 2009.*

Con esta documentación, se procedió a la suscripción del Contrato MEA/EAE/DGP/PNP N° 01/2009 de fecha 23 de septiembre de 2009, con el señor Jorge Víctor Peñaranda Guzmán en su condición de representante legal de la empresa TOPE IMPORT EXPORT; luego, en vista de la presentación de las garantías de respaldo, de conformidad a lo dispuesto en las cláusulas sexta y vigésima segunda, el Ministerio de Educación - Programa Nacional de Post Alfabetización procedió al desembolso de Bs.491.200,00.- (Cuatrocientos Noventa y Un Mil Doscientos 00/100 Bolivianos) a favor de la empresa proveedora mediante transferencia generada con registro SIGMA (Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa) a la cuenta bancaria del proveedor, como se evidencia del Formulario de Registro de Ejecución de Gastos adjunto.

4. DEL INCUMPLIMIENTO AL CONTRATO DE PROVISIÓN DE BIENES.-

El contrato ME/VEAE/DGP/PNP N° 01/2009 suscrito el 23 de septiembre de 2009, con la Empresa TOPE IMPORT EXPORT para la provisión de Diez Mil (10.000) Reproductores de DVD, indica en el inciso a) de la cláusula cuarta (Plazo de Adquisición) que la entrega de los primeros 3.500 equipos se lo efectuará hasta quince (15) días calendario computables a partir de la firma del contrato; sin embargo, de acuerdo al informe de la Comisión de Recepción DGP-PNP N° 147/09 de 30 de octubre de 2009, se informó que el referido plazo ha concluido el 08 de octubre de 2009 sin que hasta esa fecha se haya procedido a entregar estos bienes. Asimismo, conforme lo establecido en el punto 19.2.4. de la cláusula décima novena (Terminación del Contrato), se comunico mediante carta notariada al representante legal de la Empresa TOPE IMPORT EXPORT, la intención de resolver el Contrato ME/VEAE/DGP/PNP N° 01/2009 por incumplimiento, en razón a que la misma incurrió en las causales establecidas en el punto 19.2.1. de la referida cláusula décima novena: incisos d) "Por incumplimiento injustificado del plazo de entrega o el cronograma de entregas de provisión sin que el PROVEEDOR adopte medidas necesarias y oportunas para recuperar su demora y asegurar la conclusión de

la entrega dentro del plazo vigente" y e) "Cuando el monto de la multa por atraso en la entrega definitiva, alcance el 5% del monto total del contrato de forma obligatoria", este último inciso en relación a lo establecido en la cláusula vigésima sexta (Morosidad y sus Penalidades) que señala las causales para la aplicación de las multas, inciso a) "Cuando el PROVEEDOR, no entregara los BIENES de acuerdo a los plazos previstos en el cronograma"; concluido el plazo establecido para el efecto, sin que la empresa haya respondido y/o tomado alguna medida para cumplir su obligación y las estipulaciones del Contrato de Provisión de Bienes, de conformidad a lo establecido en el punto 19.2.4. (Reglas aplicables a la Resolución) de la cláusula décima novena del Contrato, se comunicó mediante carta notariada al representante legal de la Empresa TOPE IMPORT EXPORT, que la Resolución del Contrato MEA/EAE/DGP/PNP N° 01/2009 de 23/09/2009, para la provisión de Diez Mil (10.000) Reproductores de DVD, se ha hecho efectivo.

Mediante Resolución Ministerial N° 776/09 de 10 de noviembre de 2009, complementada por Resolución Ministerial N° 780/09 de 11 de noviembre de 2009, se declara el incumplimiento al contrato de provisión ME/VEAE/DGP/PNP N° 01/2009 de fecha 23/09/2009 por parte de la Empresa TOPE IMPORT EXPORT, en mérito a los informes DGP-PNP N° 147/09, DGP/PNP/055/09 y DGP/PNP/085/09, elevada por la Comisión de Recepción de Bienes nombrada para el proceso y por el Área Administrativa del Programa Nacional de Post Alfabetización e Informe Legal N° 1404/2009 de 10 de noviembre de 2009; disponiéndose además la ejecución de las siguientes garantías: 1. Póliza de Seguro de Cumplimiento de Suministros para Entidades Públicas N° 92-25-LPCM0900110, emitida por Seguros Illimani S.A., a favor del Ministerio de Educación - Programa Nacional de Post Alfabetización - PNP, para garantizar el proceso de contratación PNP/EXCP-001/2009, por la suma de Bs.171.920,00.-vigente hasta el 19 de noviembre de 2009, y 2. Póliza de Seguro de Garantía de Correcta Inversión del Anticipo para Entidades Públicas N° 92-26-LPCI0900702, emitida por Seguros Illimani S.A., a favor del Ministerio de Educación - Programa Nacional de Post Alfabetización - PNP, para garantizar el proceso de contratación PNP/EXCP-001/2009, por la suma de Bs. 491.200,00.- vigente hasta el 19 de noviembre de 2009, ambas presentadas por la Empresa TOPE IMPORT EXPORT dentro del referido proceso de contratación (requisito sin el cual no se hubiese suscrito un contrato).

Así también, se declara Resuelto el Contrato suscrito con la mencionada Empresa, finalmente, se encomienda a la Dirección General de Post Alfabetización, dependiente del Viceministerio de Educación Alternativa y Especial, el cumplimiento y realización de todas las actuaciones concernientes al trámite de ejecución de las referidas pólizas.

5.- DEL TRÁMITE DE EJECUCIÓN DE PÓLIZAS DE CAUCION.-

Con nota DGP- UA N° 0629/2009 de fecha 12 de noviembre de 2009, dentro del término legal, el Ministerio de Educación ha solicitado a Seguros Illimani S.A. la ejecución de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Suministros para Entidades Públicas N° 92-25-LPCM0900110 por Bs. 171.920,00.- y la Póliza de Seguro de Garantía de Correcta Inversión del Anticipo para Entidades Públicas N° 92-26-LPCI0900702 por Bs. 491.200,00.-, remitiendo a conocimiento de Seguros Illimani S.A. los originales de los referidos documentos, así

también del original de la Resolución Ministerial N° 776/09 de 10 de noviembre de 2009, que declara el incumplimiento del Contrato de Provisión de Diez Mil (10.000) Reproductores de DVD, por parte de su afianzado y/o asegurado la Empresa TOPE IMPORT EXPORT, requiriendo el depósito de los montos caucionados por ambas garantías en la cuenta bancaria del Ministerio de Educación; a partir de esta solicitud, se ha efectuado el siguiente intercambio de correspondencia entre la Dirección General de Post Alfabetización y Seguros Illimani S.A.:

a) Mediante notas CITE DR 709/2009 y 710/2009, ambas presentadas en fecha 18 de noviembre de 2009, Seguros Illimani S.A. solicita la remisión de documentación dentro del trámite de ejecución de las Pólizas N° 92-26-LPC10900702 y N° 92-25-LPCM0900110, con el detalle expuesto en el mismo; por notas DGP-PNP 0807/2009 y 0808/2009 de fecha 19 de noviembre de 2009, la Dirección General de Post Alfabetización, remitió a Seguros Illimani S.A. la documentación requerida por la misma y en su caso, aclaró los hechos por los cuales no correspondía el envío de documentación alguna.

b) Por notas CITE DR 720/2009 y 721/2009, presentadas en fecha 25 de noviembre de 2009, Seguros Illimani S.A. solicita nuevamente la remisión de documentación complementaria para el trámite de ejecución de las Pólizas de Cumplimiento de Suministros y de Correcta Inversión del Anticipo; en respuesta, la Dirección General de Post Alfabetización mediante notas DGP-PNP 0823/2009 y 0827/2009, presentadas en fecha 03 de diciembre de 2009 a Seguros Illimani S.A., indicó que no correspondía lo solicitado, reiterando el pedido de desembolso del valor caucionado por ambas pólizas.

c) Nuevamente, por nota CITE DR 733/2009 de fecha 14 de diciembre de 2009, Seguros Illimani S.A. solicita la documentación para la ejecución de las pólizas; mediante nota DGP-PNP 0871/2009 de fecha 17 de diciembre de 2009, la Dirección General de Post Alfabetización, remitió a Seguros Illimani S.A. la documentación requerida, con el detalle expuesto en el mismo.

*d) Por último, mediante nota CITE DR 750 de fecha 22 de diciembre de 2009, Seguros Illimani S.A. solicita la remisión de "Fotocopia del Comprobante de Egreso en el que se muestre el pago del anticipo firmado por el contratista (la fotocopia del comprobante que cursa en nuestro poder no tiene firma del afianzado)"; sobre el particular, por nota DGP-PNP 0883/2009 presentada en fecha **28 de diciembre de 2009**, se comunicó a Seguros Illimani S.A., que el Ministerio de Educación y por consiguiente la Dirección General de Post Alfabetización - Programa Nacional de Post Alfabetización, es una entidad pública sujeta a la aplicación del Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa (SIGMA), por consiguiente, en su oportunidad les fue remitido el Formulario de Registro de Gastos (conocido como Comprobante de Egreso C- 31) con el Preventivo N° 212 que registra como beneficiario al Sr. Jorge Víctor Peñaranda Guzmán con C.I. N° 2310635 L.P., con Cuenta N° 1000222921 aperturada en el Banco Nacional de Bolivia, a la cual se transfirió la suma de Bs.491.200,00.- (Cuatrocientos Noventa y Un Mil Doscientos 00/100 Bolivianos) en fecha 23 de septiembre de 2009, tal como se evidencia también del movimiento de la Libreta:*

00163501101 MINEDU-PNP BS. RECURSOS PROPIOS de la Cuenta Única del Tesoro (CUT). Solicitando finalmente, se proceda al desembolso de forma inmediata del monto caucionado por ambas pólizas.

*Consiguientemente, transcurrieron superabundantemente más de treinta (30) días contabilizando la fecha de presentación de la nota DGP-PNP 0883/2009 (28/12/2009), por la que se ha complementado la totalidad de los requerimientos de información solicitados por Seguros Illimani S.A., cumpliendo de esta manera con todas las exigencias sin que hasta la fecha dicho asegurador haya procedido al desembolso de los montos caucionados por las Pólizas N° **92-26-LPCI0900702** y N° **92-25-LPCM0900110,** motivo por el cual y ante el incumplimiento se instaura ante Autoridad Competente y con plena tuición la presente demanda contra **Seguros Illimani S.A.***

6.- DE LOS FUNDAMENTOS LEGALES.

Los fundamentos legales que apoyan la presente acción, están previstos en las siguientes disposiciones:

1.- El artículo 979 del Cód. Com., define al Contrato de Seguro como el documento mediante el cual, el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador, a pagar la prima. En el contrato de seguro el asegurador será, necesariamente, una empresa autorizada al efecto.

2.- El artículo 982 del Cód. Com. (Consensualidad), determina que el contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocas empiezan desde el momento de su celebración, esto significa que el contrato se forma por la manifestación libre de la voluntad de los contratantes.

3.- El artículo 1006 del Cód. Com. (Medio de prueba), determina que "el contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro, sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito (...)".

4.- Por su parte, el artículo 1025 del Cód. Com., define al siniestro cuando se produce al acontecer el riesgo cubierto por el contrato de seguro y da origen a la obligación del asegurado de indemnizar o efectuar la prestación convenida, es decir el siniestro es la realización del evento previsto en el contrato de seguro.

5.- El artículo 1031 del Cód. Com. (Informes y evidencias), determina que el asegurado o beneficiario, según el caso, tiene la obligación de facilitar, a requerimiento del asegurador, todas las informaciones que tenga sobre los hechos y circunstancias del siniestro, a suministrar las evidencias conducentes a la determinación de la causa, identidad de las personas o intereses asegurados y cuantía de los daños, así como permitir las indagaciones pertinentes necesarias a tal objeto. De los datos y hechos que cursan en la documentación adjunta, se tiene que el Ministerio de Educación -

Programa Nacional de Post Alfabetización, proporcionó toda la información sobre los hechos y circunstancias del siniestro antes analizado.

6.- El artículo 1033 del Cód. Com. (Plazo para pronunciarse), determina que el asegurador debe pronunciarse sobre el derecho del asegurado o beneficiario dentro de los treinta días de recibidas la información y evidencia citadas en el artículo 1031. Se dejará constancia escrita de la fecha de recepción de la información y evidencias a efecto del cómputo del plazo. En caso de demora u omisión del asegurado o beneficiario en proporcionar la información y evidencias sobre el siniestro, el término señalado no corre hasta el cumplimiento de estas obligaciones. El silencio del asegurador, vencido el término para pronunciarse, importa la aceptación del reclamo.

7.- La Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, anexas a la Póliza de Cumplimiento de Suministro No. 92-25-LPCM0900110 y la Póliza de Seguro de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos No. 92-26-LPCI0900702, señalan textualmente: "(...) en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado (...), en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno"; continuando "La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (...)".

7.-(sic) El artículo 1035 del Cód. Com. (Mora en el pago), establece que el asegurador incurre en mora vencido el término consignado en el contrato de seguro para pagar su obligación, (situación ocurrida superabundantemente)

7.- DE LA PRUEBA.

Conforme establece el artículo 330° del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1006° del Código de Comercio, propongo como medios de prueba las copias de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Suministros para Entidades Públicas ***N° 92-25-LPCM0900110 por Bs.171.920,00.-*** *y la Póliza de Seguro de Garantía de Correcta Inversión del Anticipo para Entidades Públicas* ***N° 92-26-LPCI0900702 por Bs. 491.200,00.-*** *, ambas emitidas por la Compañía de Seguros Illimani S.A., cuyos originales se encuentran en poder de dicha aseguradora, las cuales fueron remitidas por el Ministerio de Educación mediante nota DGP- UA N° 629/2009 de fecha 12 de noviembre de 2009, conforme se evidencia del cargo de recepción en las mismas. Asimismo, las piezas pertinentes del Proceso de Contratación PNP/EXCP-001/09 para la provisión de "10.000 Reproductores de DVD's"; correspondencia y documentación intercambiada con Seguros Illimani S,A., la cual se encuentra detallada en el punto 6, del presente memorial, (prueba adjunta que se encuentra en actuados)*

8.- CONCLUSIÓN FINAL.-

De todo lo brevemente descrito se concluye en lo siguiente:

1.- *Seguros Illimani S.A. (Fiador), celebró los contratos de seguro de cumplimiento de suministros para Entidades Públicas N° 92-25-LPCM0900110 (valor caucionado Bs. 171.920,00) y de Correcta Inversión del Anticipo para Entidades Públicas N° 92-26-LPCI0900702 (valor caucionado Bs.491.200,00) con la Empresa TOPE IMPORT EXPORT representada legalmente por el Sr. Jorge Víctor Peñaranda Guzmán (Afianzado), para garantizar el proceso de contratación PNP/EXCP-001/2009, a favor del Ministerio de Educación - Programa Nacional de Post Alfabetización (Beneficiario).*

2.- *Los citados contratos de seguro establecen una vigencia desde las 12.00 hrs. del día 15 de septiembre de 2009, hasta el 19 de noviembre de 2009.*

3.- *Los contratos mencionados se encuentran perfeccionados entre las partes contratantes.*

4.- *La existencia de ambas pólizas de seguro (contratos de seguro) a favor del Ministerio de Educación - Programa Nacional de Post Alfabetización, se encuentran acreditados por existir principios de prueba por escrito.*

5.- *El incumplimiento del Contrato de Provisión de Bienes y la ejecución de ambas pólizas de seguro, se efectuaron dentro el plazo de vigencia de los contratos de seguro.*

6.- *El incumplimiento al Contrato de Provisión de Bienes es total.*

7.- *El Beneficiario (Ministerio de Educación - Programa Nacional de Post Alfabetización) proporcionó y facilitó toda la información sobre los hechos y circunstancias del incumplimiento al Contrato de Provisión de Bienes (siniestro)*

8.- *El Fiador (Seguros Illimani S.A.) no se pronunció oportunamente sobre el derecho del Beneficiario (Ministerio de Educación - PNP), conforme al artículo 1033 del Cód. Com.*

9.- *El Fiador (Seguros Illimani S.A.) está en la obligación del pago de los montos señalados como sumas garantizadas por ambas pólizas de seguro (valor caucionado), es decir, efectuar la prestación convenida hasta las sumas aseguradas*

10.- Por el incumplimiento del pago oportuno de los montos garantizados (valor caucionado), el Fiador (Seguros Illimani S.A.) se encuentra en mora, por lo que debe responder por daños y perjuicios reclamados por el Beneficiario (Ministerio de Educación - PNP). Finalmente en mérito al ***Decreto Supremo No. 27175.- en el Artículo 52.- (Impugnación Jerárquica). Que señala "...Contra la resolución, expresa o tácita, que deniegue el recurso de revocatoria o que, a juicio del recurrente, no satisfaga su pretensión o derechos éste podrá interponer el recurso jerárquico, el mismo que se resolverá de puro derecho".*** *Al respecto se debe tener presente que el recurso jerárquico debe ser resuelto y analizando los aspectos legales e interpretando la norma Vi gente aplicable al presente que motiva el presente trámite administrativo y no los aspectos subjetivos que invoca la Aseguradora Illimani, además se debe tener presente que su Autoridad tiene plena competencia para conocer y resolver el presente caso, y bajo ningún sustento legal se puede accionar otras vías a simple decisión o*

interpretación conveniente que realiza la Institución demandada, ya que la misma tiene un ente regulador."

9.- PETITORIO.

Por lo brevemente expuesto y a fin de evitar mayores perjuicios, ya que en caso de dar curso a la petición de la Institución demandada, se estaría provocando un daño económico al Estado, particularmente a esta Cartera de Estado, ya que de dar curso a la solicitud de la Institución demandada se estaría permitiendo a la misma burlar la obligación asumida. En ese sentido de conformidad a toda la normativa legal expresada y en amparo del Art. 24 de la Constitución Política del Estado, SE RATIFIQUE en todos sus términos la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N⁰198-A-2011 de fecha 1 de agosto de 2011, que confirma parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 033-2011 de 21 de enero de 2011, objeto de impugnación, sea con el cumplimiento de todas las formalidades."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. En cuanto al supuesto cambio de criterio por parte de la APS.-

El recurrente señala que la APS, se habría referido en sentido que las disposiciones contenidas en el Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro Arts. 979 y siguientes no serían aplicables en el caso que, en la relación tripartita intervenga el Estado.

Sobre el particular, se tiene que la Autoridad Fiscalizadora se pronunció en el acto administrativo recurrido de la siguiente manera:

"…Que el artículo 1 del Código de Comercio al determinar el alcance de dicha Ley establece: "El Código de Comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial. ***En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de este Código y, en su defecto las del Código Civil.*****"**

Que mediante Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007 la extinta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobó los Textos Únicos, Uniformes y de Pago al Contado de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de

Suministro para Entidades Públicas y de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, entre otras, por lo que al encontrarse estos casos regulados expresamente, conforme disposición de la norma transcrita precedentemente, el Código de Comercio no le es aplicable..."

De lo precedentemente expuesto se tiene que, la fundamentación esgrimida por la Autoridad Fiscalizadora, se centra -de manera general y no escueta- en que efectivamente el Código de Comercio no es aplicable al presente caso, en razón a que existe normativa específica y especial, cual es la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, misma que determina de manera clara e inequívoca las condiciones y cláusulas especiales que rigen para las pólizas de garantía de cumplimiento de suministros para entidades Públicas.

Resulta importante aclarar que en el contexto de aplicación normativa, cuando existe una norma específica, la misma es aplicable, en virtud al Principio de Especialidad, que en el caso de autos corresponde a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 frente al Código de Comercio.

Es así que el Principio de Especialidad, señala que la norma especial prima sobre la norma general, criterio que se utiliza para resolver conflictos normativos, en el caso de que existan los mismos.

Congruentemente con ello y siguiendo la doctrina, tenemos que cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo supuesto, existen tres criterios para determinar la norma a aplicar: 1) la jerarquía normativa (norma de rango superior prevalece sobre la norma inferior) 2) la especialidad (norma especial prima sobre norma general) 3) temporalidad (norma posterior prima sobre la norma anterior), dicho esto, nuestro análisis se centrara en el principio de especialidad mismo que es aplicable al caso de autos en razón a que hace que una norma prevalezca sobre otra en función de su especialidad, ya que la propia norma controvertida (Código de Comercio) es la que determina la aplicación de la norma especial.

La norma especial (Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007), es en la que se determina los elementos particulares a los que el regulado estará sometido, situación que no inhibe a que lo no contemplado en la norma especial no pueda aplicarse lo establecido en la norma general (Código de Comercio).

Es así que, en el caso de autos y resultante de la controversia que ha sido sujeta de impugnación, se tiene que la norma especial (Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007) es la que contempla las determinaciones que deben ser cumplidas, no dando a lugar a la aplicación del Código de Comercio, debido a que la norma especial presenta todos los elementos de la norma general más algunos elementos particulares que se encuentran sólo en la especial.

Que a su vez el recurrente debe considerar que al haber determinado la APS que en el presente caso no era aplicable el Código de Comercio, este se favoreció en sentido que la

sanción se desestimó, al haberse revocado el resuelve segundo de la Resolución Administrativa ASFI Nº 033/2011, que determinaba sancionar a Seguros Illimani S.A. por incumplimiento al artículo 1033 del Código de Comercio.

Por otra parte, el recurrente señala que la APS habría señalado que la póliza no tiene calidad de contrato, sin embargo de la lectura de la Resolución Administrativa APS DJ/DS /Nº 198-A-2011 de 1 de agosto de 2011, se tiene que en ninguna parte de ella, hacen referencia a que la Póliza no sería un contrato, más bien expresan que la empresa adjudicada TOPE IMPORT EXPORT es la que contrata el Seguro de Caución con el fiador (Seguros Illimani) y que a raíz de este contrato nace una garantía a favor del beneficiario (Ministerio de Educación- Programa de Alfabetización-), pero este último no firma el contrato, ya que su calidad se limita a Beneficiario.

2. Sobre la falta de pronunciamiento.-

2.1. Fundamentos presentados en el Recurso de Revocatoria.-

El recurrente, expresa como agravio que la Resolución impugnada omitiría referirse a los puntos establecidos en el Recurso de Revocatoria, hecho que hubiera causado indefensión.

De la revisión del Recurso de Revocatoria presentado por el recurrente cursante en el expediente administrativo a Fs. 270, se tiene que el ente regulador ha considerado todos los elementos que han sido objeto de impugnación, mismos que a su vez se encuentran respaldados con el análisis correspondiente en la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 198-A-2011 de 1 de agosto de 2011, conforme se evidencia en el expediente administrativo de Fs. 836 a 846.

Por lo que, la afirmación del recurrente en cuanto a que no se hubiera pronunciado sobre todos los puntos impugnados, no condice con la fundamentación presentada por la Autoridad Fiscalizadora, no existiendo por ende una situación que haya dado lugar a la indefensión del recurrente.

Asimismo y no menos relevante, es que se evidencia que el recurrente en su Recurso Jerárquico no detalla cuales habrían sido los puntos que no fueron objeto de pronunciamiento por parte de la autoridad reguladora, lo que no permite a esta autoridad confrontarlos con los hechos. Situación que hace al incumplimiento determinado en el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 37 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, respecto a la obligación del recurrente de expresar de forma clara los agravios que habría sufrido.

2.2. Del pronunciamiento respecto a la vulneración de la Ley de Seguros.-

El recurrente, señala que la resolución impugnada, no señalaría de manera expresa como se hubiera vulnerado el artículo 12 de la Ley de Seguros de 25 de junio de 1998.

Compulsado el expediente se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 198-A-2011 de 1 de agosto de 2011 se pronunció en sentido que:

> *"…Que cabe mencionar que el inciso e) del artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883* ***establece como una de las funciones y objetivos de Órgano de Fiscalización: "Cumplir y hacer cumplir la presente Ley (de Seguros) y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos".***
>
> *Que en este sentido el inciso a) del artículo* ***12 de la Ley de Seguros N° 1883 establece como obligación de las aseguradoras "indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista".***
>
> ***Que al estar esta obligación contenida en la Ley de Seguros y en sus reglamentos es deber del Órgano de Fiscalización hacerla cumplir,*** *cuando no se ha suscitado como en el caso que se analiza una controversia (es decir que la Entidad Aseguradora en ningún momento curso nota formal al Beneficiario para hacerle conocer su negativa de pago), máxime si se considera que mediante Resolución Administrativa IS/N° 731 que aprueba los textos únicos, uniformes y de pago al contado de las Pólizas de Contrato de Suministro y Correcta Inversión de Anticipo, entre otras para Entidades Públicas, se ha establecido un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere* ***ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL*** *(Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva)* ***NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN,*** *como textualmente lo menciona: "(en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado o reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares,* ***EN FORMA INMEDIATA Y A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS 15 DÍAS*** *de acuerdo a procedimiento citado en el siguiente párrafo,* ***SIN ESPERAR REQUERIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL ALGUNO.*** *La ejecución de la póliza,* ***NO ESTARÁ SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN QUE NO SEA LA PRESENTACIÓN DEL ORIGINAL O COPIA LEGALIZADA DE LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PLASMADA EN EL DOCUMENTO DE MAYOR JERARQUÍA A NIVEL EJECUTIVO CITADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, EMITIDO Y FIRMADO POR LA MÁXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA DE LA ENTIDAD PÚBLICA QUE CORRESPONDA*** " (Mayúsculas, negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo transcrito queda claro entonces que efectivamente existe pronunciamiento por parte del Ente Regulador, determinando cómo Seguros Illimani S.A., incumplió el artículo 12 inc.) a) de la Ley de Seguros, y que dicha infracción se configuraría al no haber dado cumplimiento a la prestación convenida, tomando en cuenta que en el presente caso, las Pólizas de Garantía incluyen cláusulas que califican a la póliza como irrevocable, renovable y de ejecución inmediata.

Que de igual manera la recurrente, expresa que tendría que ser un Juez o un arbitraje el que determine el cumplimiento de la Póliza de Seguros.

En este sentido corresponde traer a colación lo determinado en la Cláusula Décimo Cuarta de las pólizas de garantía de cumplimiento de contratos de suministros para Entidades Públicas, aprobada a través de la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, que estipula:

"Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, estas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje)

***El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario**, en los plazos establecidos en **las cláusulas** de ejecución respectiva "*

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Quedando claro que independientemente de los recursos legales o extrajudiciales que puedan hacer uso las partes, en el ejercicio de los derechos que le asisten, el tema en controversia en instancia jerárquica, se delimita a la vulneración de la normativa administrativa.

3.- Sobre la falta de cumplimiento de requisitos.-

El recurrente señala que el Ministerio de Educación, no habría cumplido con el procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento del contrato con la Empresa TOPE IMPORT EXPORT**.**

Que, se evidencia que el texto único y uniforme de pólizas de garantía de cumplimiento de contrato de suministros, estipula que la ejecución de la póliza no estará sujeta a ninguna otra condición, que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento emitida y firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo

Que, de la revisión del expediente administrativo se tiene nota DGP- UA N° 0629/2009 de fecha 12 de noviembre de 2009, remitida a Seguros Illimani S.A. solicitando la ejecución de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Suministros para Entidades Públicas N° 92-25-LPCM0900110 por Bs. 171.920,00.- y la Póliza de Seguro de Garantía de Correcta Inversión del Anticipo para Entidades Públicas N° 92-26-LPCI0900702 por Bs. 491.200,00, correspondiente al Ministerio de Educación, donde se remite la Resolución Ministerial N° 776/09 de 10 de noviembre de 2009, que declara el incumplimiento del Contrato de Provisión de Diez Mil (10.000) Reproductores de DVD, por parte de su asegurado, la Empresa TOPE IMPORT EXPORT.

Que, a su vez se tiene, que el ente regulador se pronunció a Fs. 840 de la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 198-A -2011 de 1 de agosto de 2011, de la siguiente manera:

> "… *que la entidad estatal presentó dentro del plazo de vigencia de las pólizas la Resolución Administrativa firmada por la MAE, único requisito exigido por la Resolución Administrativa IS Nº 731 para la ejecución, que declara el incumplimiento del suministro, por parte de la Empresa TOPE IMPORT EXPORT*…"

Por lo que, queda demostrado, que efectivamente el Ministerio de Educación, cumplió **con el procedimiento de resolución y declaratoria de incumplimiento del contrato con la Empresa TOPE IMPORT EXPORT, y al no existir mayores requisitos para la Institución Pública,** la argumentación presentada por la el recurrente, no cuenta con respaldo legal que pueda modificar la determinación emitida por la Autoridad recurrida.

4. En cuanto a la falta de motivación.-

La recurrente señala que la Resolución impugnada no se encontraría motivada, debido a que no explicaría, desde la perspectiva jurídica, como es que se llega al cálculo de la multa y qué parámetros habría utilizado la Autoridad para dicho cálculo.

Compulsado el expediente, se constata que el Ente Regulador, se pronunció en el punto VI, de la Resolución Administrativa APS DJ/DS/Nº 198-A -2011 de 1 de agosto de 2011, cual se evidencia a Fs. 838 del expediente administrativo, al señalar lo siguiente:

> ***"Con relación al cargo N° 1.-*** *Se impuso una multa de 80.000 Unidades de Fomento a la Vivienda al haberse evidenciado incumplimiento al artículo 1033 del Código de Comercio y al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros.*
>
> - *Con respecto al primer incumplimiento, es decir al artículo 1033 del Código de Comercio, el cargo debe ser revocado porque, conforme ya ha sido expuesto en la presente Resolución, dicha norma no es aplicable a los seguros de caución involucrados en el presente proceso, por existir regulación expresa contenida en la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.*
>
> - *Con respecto al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros la sanción se mantiene incólume toda vez que a través del desarrollo de la presente Resolución se ha verificado de manera cierta qué:*
>
> *- La conducta de la Entidad Aseguradora ha estado dirigida a evadir el cumplimiento de su obligación so pretexto de procesos penales que se encuentran aún en la fase investigativa contra funcionarios del Ministerio de Educación.*
>
> *- Objetivamente existe daño al Beneficiario (Ministerio de Educación, Programa de Post Alfabetización) y perjuicio a los terceros que a nivel nacional deben beneficiarse con la tele-clase en los puntos de Post Alfabetización.*

Cumplidos los dos presupuestos anteriores previstos en el artículo 52 de La Ley de Seguros N°1883, la sanción se impuso en el grado máximo determinado para el inciso e) del numeral II) del artículo 16 de la Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003, que prevé: "Se consideran infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a la suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayor a ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento a la Vivienda (...)".

***Con relación al cargo N° 2,** referido al incumplimiento del inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros, a raíz de la no presentación del informe solicitado en varias oportunidades por la ASFI y evadido de manera reiterativa por Seguros Illimani, como se ha demostrado ampliamente en la presente Resolución, la sanción de 20.000 Unidades de Fomento a la Vivienda responde al grado medio determinado por el inciso e) del numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003, que prevé: "Se consideran infracciones leves, sujetas a la imposición de sanción de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186 Unidades de Fomento a la Vivienda (...) las omisiones en la calidad de los contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público", por haberse verificado de manera cierta qué:*

- *La conducta de la Entidad Aseguradora ha estado dirigida a evadir el cumplimiento de la instrucción de la ASFI de las causales técnicas y jurídicas, para la no ejecución de las Pólizas so pretexto de procesos penales que se encuentran aún en la fase investigativa contra funcionarios del Ministerio.*

- *La Entidad Aseguradora ha demostrado una conducta reiterativa, al no haber dado curso a las varias instrucciones emitidas por el Ente Regulador (…)"*

De lo transcrito, se evidencia que el Ente Regulador, apoyado en las anteriores consideraciones, ha tomado en cuenta el principio de proporcionalidad, al determinar que el hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, qué el hecho sancionado se encuentra plenamente probado y finalmente en cuanto a la gravedad del hecho, determinó que no hubo reiteración y descartó la existencia de dolo.

Congruentemente con lo desarrollado precedentemente, se evidencia que en contrario sensu a lo aseverado por la recurrente, el Ente Regulador se ha pronunciado sobre los hechos constitutivos que hacen a la imposición de una sanción, habiendo realizado un análisis pormenorizado para la determinación de la sanción y la graduación de la misma.

Es así que las sanciones se han dado atendiendo a las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor y demás elementos inherentes.

Por lo que se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha cumplido con el principio de proporcionalidad y con la debida fundamentación.

5. En cuanto a la supuesta falta de valoración de las pruebas.-

La recurrente señala que mucha de las pruebas aportadas no habrían sido objeto de valoración, ni desvirtuadas por la Autoridad Fiscalizadora en su Resolución Administrativa.

Así señala que el Ente Regulador, no se hubiera pronunciado sobre la confesión vertida por el Ministerio de Educación nota cite DGP-PP Nº 0808/2009 de fecha 19 de noviembre de 2009.

Al respecto, debe tenerse en claro, que el presente proceso corresponde a Seguros Illimani S.A. y el Ente Regulador, mismo que se lleva a consecuencia del cargo impuesto y sancionado por el incumplimiento del artículo 12 inc. a) y j) de la Ley de Seguros.

Por lo que, ni esta instancia jerárquica, ni el Ente Regulador, pueden pronunciarse sobre ninguna supuesta confesión que habría realizado el Ministerio de Educación, debido a que en primer lugar a que esta Institución se encuentra como tercer interesado y su actuación dentro de este proceso **sólo se circunscribe a determinar cuál es el derecho o interés legitimo que se le habría vulnerado o que se le puede vulnerar con la decisión administrativa,** no existiendo por ende en la vía administrativa un proceso entre Seguros Illimani S.A. y Ministerio de Educación.

Que en ese sentido, la recurrente debe colegir que el presente proceso se centra en el control de legalidad sobre el proceso sancionatorio seguido por la Autoridad Fiscalizadora contra Seguros Illimani S.A. en cuanto al incumplimiento del artículo 12 inc. a) y j) de la Ley de Seguros y no así pronunciarse sobre otros aspectos que no atañen al presente proceso.

En cuanto a las cartas notariadas se tiene que a Fs. 839 del expediente administrativo, el ente regulador se pronunció en sentido de que:

> *"Que lo aseverado por el Recurrente en sentido de que "el Ministerio de Educación hace aparecer una carta notariada (sólo una cuando debían ser dos) que no tiene efecto legal primero debido a que el contrato refiere a dos cartas notariadas y no una y segundo porque dicha carta por el tenor que lleva y la representación de la notaría encargada de llevarla, jamás cumplió con la finalidad de notificar a TOPE", no es real puesto que adjunto a la denuncia del Ministerio de Educación, presentada a la ASFI el 16 de marzo de 2010 se adjuntaron,* ***además de otras pruebas, las dos cartas a que refiere el contrato y con respecto al segundo elemento alegado, éste se encuentra previsto en el inciso 19.2.4. cuando menciona "si al vencimiento del término de los cinco (5) días no existe ninguna respuesta, el proceso de resolución continuará a cuyo fin el comprador notificará mediante carta notariada a la otra parte, que la resolución del contrato se ha hecho efectiva!"****. No obstante lo anteriormente expuesto, nada impide al recurrente hacer patente su derecho de recurrir por la vía arbitral."*

Quedando la evidencia, que la Autoridad Fiscalizadora, si se pronunció y valoró las cartas notariadas, no existiendo por ende ninguna falta de valoración como lo aduce la recurrente.

Ahora bien, en cuanto al argumento sobre la existencia de otras pruebas que no habrían sido valoradas por el Ente Regulador, se tiene que la entidad recurrente omite señalar cuales hubieran sido las pruebas no valoradas. Esta omisión, no condice con su derecho a la impugnación, ya que no debe olvidar la recurrente que si no elabora de forma clara y concreta la expresión de agravios no existe -en rigor- una herramienta apta para cuestionar eficazmente el acto administrativo impugnado.

Finalmente, de la compulsa del expediente administrativo, se tienen documentos concernientes a procesos penales por los presuntos delitos de extorsión y uso indebido de influencias, sin embargo los mismos no puede ser objeto de valoración por esta instancia jerárquica, en razón a que dicha documentación se encuentra en controversia en el ámbito jurisdiccional llamado por Ley. Por lo que, al no existir un pronunciamiento final por la Autoridad competente, esta documentación no puede ser motivo de valoración, ni de fundamentación, y menos pueden ser objeto de juicios de valor por parte del Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta interpretación de la norma y una correcta valoración de la prueba por lo que, en el presente caso se debe confirmar totalmente la resolución impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS DJ/DS/N° 198-A -2011 de 1 de agosto de 2011 que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 033-2011 de 21 de enero de 2011.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
Ministro de Economía y Finanzas Públicas

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 DE 04 DE AGOSTO DE 2011

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 071/2011 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 71/2011

La Paz, 23 de diciembre de 2011

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 de fecha 4 de agosto de 2011 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 041/2011 de fecha 31 de octubre de 2011, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 152/2011 de fecha 14 de diciembre de 2011, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependientes del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137º del Decreto Supremo Nº 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37º del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 25 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** representada legalmente por Julio Vargas León, conforme lo acredita el Testimonio de Poder Nº 563/2001 otorgado en fecha 3 de octubre de 2001, por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase

Nº 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 de fecha 4 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/2893/2011 con fecha de recepción 30 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 de 4 de agosto de 2011, que confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010; recurso que fue admitido mediante Auto de Admisión de fecha 1º de septiembre de 2011, notificado en fecha 7 de septiembre de 2011.

Que, mediante Auto de fecha 31 de agosto de 2011, se acepta y aprueba la excusa presentada por la abogada Ericka Marisol Balderrama Pérez, Jefe de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, disponiendo su separación para el conocimiento y sustanciación del recurso interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC Nº 209-2011 de 4 de agosto de 2011, y se designa a la abogada Patricia Viviana Mirabal Fanola, Jefe de la Unidad del Sistema de Reparto, para que asuma las responsabilidades y obligaciones en la tramitación del proceso recursivo señalado.
Que, mediante Auto de fecha 1º de septiembre de 2011, se dispone la notificación a las siguientes personas: Ilse Adriana Rivera Arteaga, Gloria Solíz viuda de Rivera y Margarita I. Troncoso Castellón, esta última como tutora legal de la menor de edad Elisa Lucero Rivera Troncoso; asimismo se dispone que los terceros legítimos interesados se apersonen y presenten sus alegatos en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles administrativos, disposición que es comunicada a las personas terceras interesadas mediante publicación en el periódico "La Razón" de fecha 11 de septiembre de 2011.

Que, el día lunes 12 de septiembre de 2011 se lleva adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos, a solicitud expresa de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** conforme sale en el otrosí del mismo memorial de interposición del Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 031/2011 DE 24 DE JUNIO DE 2011.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 031/2011 de 24 de junio de 2011, se resolvió lo siguiente:

"…***ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR*** *el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de fecha 20 de enero de 2011* ***inclusive****, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica…*"

2. ANTECEDENTES.-

Que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió:

*"…****PRIMERO.-*** *Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:*

a) ***Cargo Nº 1****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y en el artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005.*

b) ***Cargo Nº 2*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*

c) ***Cargo Nº 3*** *con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004.*

d) ***Cargo Nº 4****, con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Pensiones y artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 219 de 04 de marzo de 2008* (…)

SEGUNDO.- I. *En el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A AFP deberá restituir al Tesoro General de la Nación (TGN), el 20% del monto de CC incluyendo los respectivos intereses, correspondientes al periodo enero/2009-agosto/2010, el cual fue solicitado en demasía por haber incluido a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente, fuera del plazo establecido en la norma; e informar documentadamente a esta Autoridad en tres (3) días hábiles administrativos de vencido el plazo anterior.*

II.- *En el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, Futuro de Bolivia S.A. AFP, deberá restituir a la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera cónyuge del Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, el 10% del monto de CC incluyendo los respectivos intereses, correspondientes al periodo enero/2009- agosto/2010, diferencia que no fue pagada por la reasignación de porcentajes a los Derechohabientes e informar documentadamente a esta Autoridad en tres (3) días hábiles administrativos de vencido el plazo anterior.*

III.- *A partir del mes de septiembre de 2010, la AFP deberá solicitar al TGN el 80% de la I CC para realizar el pago a la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera cónyuge del Afiliado fallecido*

Valentín Franklin Rivera Fernández (60%) y a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga (20%), porcentajes que les corresponde de acuerdo a norma.
***IV.-** Desde el mes de septiembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá realizar con recursos propios, el pago del 5% de la CC a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga y el pago del 25% de la CC a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, hasta que se extingan sus derechos…"*

Por memorial de fecha 5 de octubre de 2010, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, Recurso de Revocatoria que ha de merecer la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC Nº 016-2011 de 20 de enero de 2011, por la que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, resuelve:

> "…*Confirmar en su totalidad la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones-AP…*"

A su turno, recurrida la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 20 de enero de 2011 y corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2011 de 24 de junio de 2011, cuyos fundamentos más importantes esgrimidos son:

> "…***1. CARGO Nº 1: NO CONSIDERACIÓN DE LA SEÑORITA ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA EN EL TRÁMITE DE PAGO DE COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES MENSUAL.-*** (…)
>
> ***1.2 Acerca de la inexistencia de disposición normativa en caso de verificarse la existencia de otros Derechohabientes de primer grado.-***
>
> *FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, a tiempo del Recurso Jerárquico, se remite al Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005, cuyo artículo 4º inciso b) establece que "Una vez firmado el Formulario de Recepción de Documentos, es obligación de la AFP verificar (…) la existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP" para concluir, en su entender, que dicho artículo y el artículo 5º siguiente (Resultados de la verificación) no establecen cuál debe ser el proceder en caso de constatarse la existencia de otros Derechohabientes de primer grado.*
>
> *No obstante, la recurrente pasa por alto que, el mencionado Anexo I constituye el "Manual de Procedimientos para el Pago de Compensación de Cotizaciones" que obedece a la necesidad de reglamentar los derechos y obligaciones que emergen de una norma más general, como lo es el Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 que en su artículo 26 establece que "**la CC forma parte de las prestaciones del SSO**" y el artículo 63 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones)*

que señala:

ARTÍCULO 63 COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES.

"…Esta compensación se pagará mensualmente de manera vitalicia ***mediante una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)*** *o una entidad aseguradora…*

…si el afiliado fallece antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad, ***la compensación de cotizaciones se pagará a los Derechohabientes****…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por tanto, la Administradora de Fondos de Pensiones, en virtud al "Contrato para la Prestación de Servicios por una Administradora de Fondos de Pensiones" que tiene suscrito, no sólo ha asumido determinadas obligaciones para con los Afiliados cuyos fondos administra, sino también para con los Derechohabientes de los mismos, es decir, los beneficiarios directos y legales de los Afiliados, según las calidades previstas por el artículo 5 de la Ley Nº 1732, haciendo extensibles también sus deberes y obligaciones a esos Derechohabientes, así como "solicitar a nombre de los afiliados la compensación de cotizaciones cuando corresponda" tal como lo establece el artículo 143, inciso b) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones).

Lo anterior determina que, si por el trámite de Retiros Mínimos, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES tenía pleno conocimiento de la existencia de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga como hija del fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández acreditada en fecha 28 de marzo de 2005, tenía las obligaciones (con respecto y a favor de ella), de prestarle sus servicios y solicitar a su nombre la Compensación de Cotizaciones, extremo sobre el que la recurrente manifiesta plena conciencia, cuando en oportunidad de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos ha referido que las manifestaciones ***de los Derechohabientes*** *se producen "obviamente bajo el asesoramiento que brindan las Administradoras de Fondos de Pensiones".*

Consiguientemente, cuando el artículo 4 inciso b) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005, establece la obligación de la Administradora de Fondos de Pensiones de verificar "la existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP", resulta inequívoco que tiene por finalidad el que los Derechohabientes cuya existencia se hubiera determinado, sean tenidos automáticamente en cuenta dentro del trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones, y la razón para ello es obvia: si se conocía de la existencia de una Derechohabiente -como la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga- se debió generar el derecho que a ella le asiste a percibir el pago por las cotizaciones efectuadas por su causante al Sistema de Reparto, de manera tal que a la Administradora de Fondos de Pensiones le correspondía precautelar los derechos de tal Derechohabiente.

Proceder de distinta manera importa, como ha sucedido, el que FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES no hubiera cumplido con sus deberes de prestar sus servicios a favor de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, arriesgando el derecho de la misma de percibir el Pago por Compensación de Cotizaciones que le corresponde al haberse acreditado oportunamente (a tiempo del trámite de Retiros Mínimos) para los beneficios que le eran inherentes.

1.3 Acerca de la vulneración al principio de tipicidad.-

El memorial del Recurso Jerárquico señala:

"…la imputación que hace el regulador y la suposición de que se debió incluir a Ilse Adriana Rivera Arteaga en la Solicitud de Gloria Solíz Vda. de Rivera, no solo carece de fundamentación, sino que también vulnera el principio jurídico de la tipicidad vertido en el parágrafo I del artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo…"

La mencionada disposición de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece lo siguiente:

*"…**ARTÍCULO 73 (Principio de Tipicidad).-***

I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias…"

Y no obstante la claridad de dicha disposición, aún es pertinente definir que "el principio de tipicidad constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta" (Francisco Carruitero Lecca en Límites constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración Pública).

Así definido, se debe agregar que:

"…el Principio de Tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) no tiene la misma connotación que la del Derecho Penal, conforme lo ha señalado la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 6 de febrero de 2007, cuando señala que: "La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de las normas penales y las normas administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma; en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, los tipos no son autónomos sino que se remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o prohibición…" (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 007/2011).

En consecuencia, los cargos que salen de la nota AP/DJ/1926/2010 de 6 de julio de 2010, no requieren estar establecidos con precisión exacta en las leyes que regulan el accionar de las entidades reguladas, por cuanto las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen deberes establecidos por la Ley respecto de sus Afiliados, como el

considerar dentro del trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones, a los Derechohabientes de primer grado verificados de la forma que señala el artículo 4, inciso b), del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005.

Debe concluirse inequívocamente que no existe en el presente proceso sancionatorio, vulneración al principio de tipicidad, por cuanto la conducta de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, referida a haber omitido considerar a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga en el trámite de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual iniciado por la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera, es efectivamente contraria al Manual de Procedimiento de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, aprobado por el artículo 1 de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005.

Por lo demás, cuando la recurrente señala -a tiempo de la Exposición Oral de Fundamentos- que la solicitud "de algún beneficio o prestación del Seguro Social de largo plazo, es una manifestación de libre albedrío de los solicitantes o Derechohabientes", resulta una apreciación intrascendente a los fines del Cargo imputado, máxime cuando las actuaciones de los Afiliados o sus Beneficiarios no pueden confundirse con los deberes y obligaciones que para la Administradora de Fondos de Pensiones ha establecido la norma.

1.4 De la inexistencia de fundamento para la cuantía de la sanción.-

No obstante, llama la atención el que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, que dispone las sanciones en contra de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, hubiera dispuesto que por la infracción correspondiente al Cargo Nº 1, la ahora recurrente deba hacer efectivo el pago de una multa "en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)", por cuanto, las única referencia a su motivación es la que sale en las páginas 11 y 12 de la misma Resolución Administrativa, y que se limitan a hacer referencia a las disposiciones de los artículos 286º y 287º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ***sin fundamentar*** *las razones por las que la infracción amerita la cuantía de la multa señalada.*

Resulta entonces que el Ente Regulador ha impuesto una multa por no haberse considerado en el trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, a la hija del Afiliado fallecido, Derechohabiente de primer grado, no obstante de constarle su existencia; empero ***se desconoce el fundamento y motivo*** *por el que esa multa alcanza el monto equivalente a $us. 3.000,00.-*

Ahora bien; conforme al artículo 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones), la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción.

La norma no determina montos precisos para cada sanción calificada, sino que

concede al regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones leves "Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses", conforme al artículo 291, inciso c del mismo Decreto Supremo Nº 24469.

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, para el caso de una infracción leve, pudo discrecionalmente optar por un monto hasta $us. 5.000.- (CINCO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) a ser pagado en su equivalente en moneda nacional; si bien las disposiciones de los artículos 287 y 288 del Decreto Supremo Nº 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Nº 1464/2004-R, la que establece:

"…Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…"

Para el caso, es de tener en cuenta lo señalado por el artículo 288 del Decreto Supremo Nº 24469, cuando dice que "Las sanciones se aplicarán, por la Superintendencia, según la gravedad de la infracción, acción u omisión…", y en coincidencia con ello, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en oportunidad de la recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016/2011, ha señalado que:

"…es necesario dejar establecido que es potestad de esta Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, sancionar a las Entidades que se encuentren bajo su supervisión y control, aplicando el procedimiento sancionatorio establecido en normativa vigente. En ese entendido, para determinar la calificación de la sanción con gravedad leve en el presente caso, el Ente Regulador lo hizo previo examen de

los hechos y la prueba existente…."

Lo anterior sirve para justificar la calificación de la infracción como leve, empero no para ***fundamentar*** *la cuantía de la sanción por no haber considerado en el trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual a la hija del Afiliado fallecido, en el monto equivalente a $us. 3.000,00.-, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.*

1.5 Conclusiones referidas al Cargo Nº 1.-

Resulta evidente que, como emergencia del fallecimiento del Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES dio curso al trámite de ***Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual*** *a solicitud de su cónyuge, sin tomar en cuenta a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, hija del causante y por tanto su Derechohabiente de primer grado, siendo que por un trámite anterior de Retiros Mínimos, conocía de su existencia; conducta que lesiona la disposición del artículo 4º (Verificación de Registros y Documentos) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, correspondiendo su sanción conforme lo ha determinado el Ente Regulador en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010.*

Asimismo, resulta inequívoca la finalidad del mencionado artículo 4º del Anexo I, de que necesaria y obligatoriamente, se considere a los Derechohabientes de primer grado determinados dentro del trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones; así también, que no existe en el trámite vulneración al principio de tipicidad, por cuanto la conducta de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, es efectivamente contraria al Manual de Procedimiento de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual. No obstante ello, la cuantía de la sanción en $us. 3.000.- no se encuentra debidamente establecida, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.

2. CARGO Nº 2: INCLUSIÓN DEL NOMBRE DE LA SEÑORA NORMA LILIAN ARTEAGA EN LA CLÁUSULA 24 DEL CONTRATO DE PAGO DE COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES MENSUAL.-

(…)

2.2 Carácter formal de la infracción referida por el Cargo Nº 2.-

El fundamento al Cargo Nº 2 en los términos de la nota AP/DJ/1926/2010 (Notificación con cargos) resulta en una observación de ***carácter únicamente formal****, puesto que no atañe al fondo mismo del contrato suscrito con la señora Gloria Solíz Villagomez Vda. de Rivera, no refiriéndose el Cargo a la conducta de la recurrente respecto a la observancia o inobservancia de los derechos sustanciales que les corresponden a las*

Derechohabientes Gloria Solíz Villagomez Vda. de Rivera o Ilse Adriana Rivera Arteaga, como emergencia del fallecimiento de su común causante, señor Valentín Franklin Rivera Fernández.

Consiguientemente, no es atendible el argumento que sale en el Recurso Jerárquico, de justificar la infracción que importa el Cargo Nº 2 con "los argumentos expresados para el Cargo Nº 1, relacionadas a lo prescrito por los artículos 4 y 5 del Anexo I de la resolución (sic) Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005", entonces pretendiendo hacer inherentes tales normas también al Cargo Nº 2, por cuanto, Cargos distintos como son y conforme lo visto en el numeral 1 supra, el Cargo Nº 1 está referido a la no consideración de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga en el trámite de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, todo lo que hace a una cuestión enteramente sustancial, a diferencia de lo que acontece con el Cargo Nº 2.

2.3 Acerca de la vigencia y subsistencia de la segunda cláusula 24 del contrato, y de la invalidez de la primera cláusula 24.-

El contrato, como documento físico, ha sido elaborado por la propia Administradora de Fondos de Pensiones conforme se lo ordena el artículo 7 de Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, extremo que se evidencia del membrete en el papel utilizado para ello; por tanto, la responsabilidad por las deficiencias adjetivas en su elaboración le son enteramente atribuibles a FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.

Dichas deficiencias resultan las siguientes:

a) Presenta dos cláusulas de Aceptación (Nº 24) con contenidos en definitiva diferentes.

b) En una de las dos cláusulas de Aceptación, se menciona a una persona -Norma Lilian Arteaga Terán- que, al tenor de la cláusula De las partes (Nº 1), es ajena al contrato, por tanto no correspondía ser mencionada (además, sin considerar que cualquier actuación de la señora Norma Lilian Arteaga Terán no era en su propio nombre, como sugiere la cláusula, sino como tutora legal de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga, extremo que era de conocimiento de la ahora recurrente).

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, a tiempo de plantear el Recurso Jerárquico, reconoce que la infracción establecida por el Cargo Nº 2 se origina en un error involuntario, empero señala que la inclusión del nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán en la cláusula 24 (De aceptación) "no solo es extemporánea, sino que no surte ningún efecto jurídico o antijurídico, pues no tiene acreditada su firma".

La norma que prevé la existencia del contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, es el Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, conforme a su artículo Nº 25 a continuación transcrito:

"…Artículo 25.- (CONTRATO DE PAGO DE CC MENSUAL).

Si el Afiliado y los Derechohabientes señalados en el Artículo 23 precedente tuvieran derecho a Compensación de Cotizaciones mensual, ésta será pagada de manera vitalicia por la AFP, ***a través de un Contrato de Pago de CC mensual****…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Concretamente a lo que atañe al "Contrato de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes a cargo de una Administradora de Fondos de Pensiones" suscrito en fecha 22 de enero de 2008, que en líneas generales corresponde al Anexo IX de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, y que hace al Cargo que se analiza, se establece que del mismo intervienen solo dos partes: 1) ***FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*** *y 2) la señora* ***GLORIA SOLÍZ VILLAGOMEZ VIUDA DE RIVERA****, ninguna de ellas persona de Derecho Público, por tanto, resulta en un* ***contrato firmado entre particulares*** *y no así por instancia administrativa alguna, no obstante el origen señalado, lo que no cambia la naturaleza particular del documento, resultando esta la verdad material a la que se refiere el principio establecido por el inciso d) del artículo 4 de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo).*

Entonces, encontrándose suscrito el contrato que se analiza exclusivamente por particulares, y constituyendo uno de ellos una ***sociedad comercial****, hace aplicable al caso el artículo 9º del Código de Comercio de 25 de febrero de 1977 ("Si el acto es comercial para una de las partes, se rige también por las disposiciones de este Código"), mismo Código que en su artículo 786º prescribe la aplicación supletoria a los negocios comerciales, de "los principios y normas de los contratos y obligaciones,… regulados, respectivamente, por el Código Civil"; por consiguiente, el análisis de la controversia se circunscribe a la Teoría General de los Contratos, concepción civilista pertinente al caso y que en la definición de Cabanellas en el Diccionario, establece que contrato es el "Convenio obligatorio entre dos o más personas, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa."*

Los artículos del Código Civil de 6 de agosto de 1975, pertinentes a la presente consideración del Cargo, establecen lo siguiente:

"…Art. 510º.- (INTENCIÓN COMÚN DE LOS CONTRATANTES).

I. En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la ***intención común de las partes*** *y no limitarse al sentido literal de las palabras.*

II. En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de éstos y ***las circunstancias del contrato****.*

Art. 511º.- (CLÁUSULAS AMBIGUAS).

*Cuando una cláusula es susceptible de diversos **sentidos**, **se le debe dar el que pueda producir algún efecto** nunca el de ninguno…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

En función a ese articulado, es pertinente rescatar que, según la cláusula 4 del contrato, el mismo tiene por objeto:

"…el pago de la CCM por parte de la AFP suscriptora a favor de los Derechohabientes, en sujeción a lo determinado por los artículos 22 o 25 del Decreto Supremo 27324 del 22 de enero del 2004 y demás normas conexas…"

Entonces, en los términos del Código Civil, radica allí la común intención de las partes y la circunstancia del contrato, que determinan el sentido más conveniente a su materia y naturaleza, y que resulta del conjunto del acto contratado.

Desde luego que la coexistencia de dos cláusulas 24 que incorporan a dos grupos familiares distintos, no puede resultar en algo regular, determinando que la primera cláusula 24 del contrato (que incluye a la señora Norma Lilian Arteaga Terán cuando la misma no es parte suscriptora del mismo contrato), sea susceptible de no ser tomada en cuenta, por cuanto de la misma no surte ningún efecto.

*Amén de ello, se debe considerar que conforme consta de fojas 27 a 29, en fecha 15 de abril de 2008 **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, y las señoras Gloria Soliz Villagomez Vda. de Rivera y Norma Lilian Arteaga Terán procedieron a suscribir una "Adenda de enmienda de un Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes a cargo de una Administradora de Fondos de Pensiones"**, mismo que ha sido elaborado por la ahora recurrente conforme se constata del membrete del papel en el que ha sido impreso, y que en sus cláusulas 1, 2 y 3 -partes pertinentes- señala lo siguiente:*

> *"…<u>CLÁUSULA 1. DE LAS PARTES.-</u>*
>
> *Son partes en el presente contrato*
>
> *FUTURO DE BOLIVIA S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, (…)*
>
> *La señora **Gloria Solíz Villagomez Vda. de Rivera** mayor de edad con Cédula de Identidad N° 1035428 en su condición de cónyuge y derechohabiente de primer grado del afiliado (registrado) fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, y, la señorita **Ilse Adriana Rivera Arteaga** con Cédula de Identidad N° 9100237 en su condición de hija y derechohabiente de primer grado del afiliado (registrado) fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, quien por su minoría de edad y para los efectos de la firma de la presente adenda, estará **representada por su Madre y Tutora Natural, la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán**, mayor de edad con Cédula de Identidad No. 2452749, en adelante La Derechohabiente.*

CLÁUSULA 2.- OBJETO

La presenta (sic) Adenda tiene por objeto la ***inclusión de nuevos Derechohabientes de primer grado****, según lo establecido en la cláusula 8 del Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual* ***Así como la exclusión expresa de la cláusula 24 del contrato de pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes en la que se hace referencia a la aceptación por parte de la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán, ya que la misma no formó parte de la suscripción del citado contrato***

CLÁUSULA 3.- ANTECEDENTES:

1. ***En fecha 22 de enero de 2008, la Sra. Gloria Soliz Villagomez de Rivera derechohabiente del afiliado (registrado) fallecido Sr Valentín Franklin Rivera Fernández con NUA 100425082, suscribió un contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual****, el mismo que está sujeto a las disposiciones de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y normas reglamentarias y complementarias contenidas en Decretos Supremos y Resoluciones Administrativas de la Superintendencia de pensiones, Valores y Seguros (SPVS)…"*

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Del cotejo de la fecha de la Adenda (15 de abril de 2008) con la del inicio del presente proceso sancionatorio (7 de julio de 2010, cuando se hizo llegar la primera citación para la notificación con los cargos, conforme consta en la nota AP/DJ/1927/2010 de foja 11), resulta que el Ente Regulador procedió a sancionar a la recurrente por un extremo que ya se encontraba subsanado; ello no importa que no se hubiera producido una actuación negligente por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, y que como tal, esa conducta no sea violatoria a la disposición del artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones). Es pertinente dejar establecido que la interpretación de la Adenda no puede hacérsela con independencia del contrato principal, sino que debe entenderse que ambos documentos configuran un único acto.

2.4 Sobre el no haberse aplicado el principio de proporcionalidad.-

A tiempo de su recurso, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES ha señalado que:

"…desde nuestra perspectiva no se ha aplicado el principio de proporcionalidad establecido por el Artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ni la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra

parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión…"

El Principio de Proporcionalidad, se halla definido por el artículo 75 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), de la siguiente manera:

"…Artículo 75.- (Principio de Proporcionalidad). El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimento de las normas infringidas…"

Toda vez que tal definición importa la proporcionalidad activa, donde se advierte contra la preferencia del infractor a incumplir la norma por resultarle la sanción más beneficiosa que cumplirla (lo que no se acomoda al caso), es pertinente remitirse nuevamente a la Sentencia Constitucional 1464/2004-R, la que en cuanto a los principios que hacen al Derecho Administrativo, señala:

"…siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…"

Para el caso, cuando la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones inicia el proceso sancionatorio, el extremo al que se refiere el Cargo Nº 2 no era susceptible de una calificación de gravedad media, por cuanto la conducta no se acomoda a la disposición del artículo 286, inciso b) del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en el entendido de que no se ha comprobado la existencia de daño en la actuación de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, resultando en una actuación desproporcionada del Ente Regulador en la imposición de la sanción a la que se refiere el Cargo Nº 2, a tiempo de la Resolución Administrativa Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010.

2.5 Conclusiones referidas al Cargo Nº 2.-

Resulta evidente que, al haber incluido el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga en la primera cláusula 24 del contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, la recurrente ha incurrido en una actuación negligente, conducta aceptada por el recurrente cuando expresa que fue un error de sistema; sin embargo tal irregularidad no ha afectado la validez de la restante cláusula 24 como tampoco, en general, al restante contrato, no constando que hubiera ocasionado daño

alguno, por lo que la sanción de pago de multa en bolivianos en un monto equivalente a $us. 3.000.- para el Cargo Nº 2 que sale de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, resulta francamente desproporcionada, máxime si se tiene presente que es el mismo Ente Regulador que para el Cargo Nº 1 y en la misma resolución sancionatoria (entonces debió actuar con igual criterio de valoración), ha dispuesto una sanción en idéntica cuantía que la impuesta para el otro Cargo, sin que conste justificación al porqué dos conductas enteramente distintas, generan una igual cuantía de multa.

3. CARGO Nº 3: DESCUENTOS EN LOS PAGOS DEVENGADOS A LA SEÑORITA ILSE ADRIANA RIVERA ARTEAGA, POR CONCEPTO DE SERVICIOS DE SALUD.-

(…)

3.2 Acerca de la inexistencia de reglamentación que permita una adecuada aplicación del artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES justifica su incumplimiento al artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, en el artículo siguiente, el 33, el que establece que:

"…Artículo 33.- (REGULACION).

La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, regulará mediante Resolución Administrativa, los procedimientos y otros aspectos ***necesarios para cumplir con lo dispuesto en los artículos precedentes****…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por consiguiente, la recurrente pretende se revoque la sanción por no existir los reglamentos "que permitan una adecuada aplicación de lo establecido por el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004."

No obstante, la misma redacción del artículo 33 alude a la generalidad de artículos que le preceden, es decir del 1 al 32, no únicamente a este último, refiriéndose además en concreto, a los procedimientos ***que sean necesarios****; por tanto y obviamente, no corresponde ningún reglamento cuando ello no fuere necesario; el artículo 33 no se refiere concreta y exclusivamente al primer párrafo del artículo 32, pertinente al caso, de manera tal que, si se revisa nuevamente la redacción del artículo 32 en función de lo señalado por el artículo 33, ambos arriba transcritos, se concluye en que* ***no es necesario un reglamento para evitar los descuentos por concepto de salud cuando los Entes Gestores de Salud no hayan otorgado aún las prestaciones de corto plazo****.*

Encontrándose vigente el Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 a tiempo del pago de las pensiones a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, debieron evitarse los descuentos por concepto de salud, por cuanto, el Ente Gestor de Salud

no le había otorgado aún las prestaciones de corto plazo, lo que de ninguna manera depende de alguna reglamentación especial como sugiere la recurrente; entonces, el pretender justificar el incumplimiento del artículo 32 en lo señalado por el artículo 33 es impertinente.

Por otra parte, el régimen de deducciones para pago al Ente Gestor de Salud deviene de la propia Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones (artículo 31, inciso I) de 29 de noviembre de 1996, y se desarrolla a través de otras normas: Decreto Supremo N° 24469 del 17 de enero de 1997 (artículo 5), Decreto Supremo N° 26069 de 09 de febrero de 2001 (artículo 39) y el mencionado Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 (artículo 32), determinando este último, únicamente, la modificación a la oportunidad del descuento para el Ente Gestor de Salud del monto de Compensación de Cotizaciones Mensual, el cual debe realizarse a partir del mes en que los Afiliados o Derechohabientes reciban atención del servicio de salud.

En ese entendido, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede justificar su incumplimiento en la falta de normativa emitida por la Entidad Reguladora, más aún si proceder a los descuentos hace a su entera responsabilidad.

3.3 Acerca de la restitución de los montos de dinero descontados.-

El memorial del Recurso Jerárquico señala también que:

"…nuestra AFP ha restituido los descuentos efectuados a la pensión correspondiente de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga con recursos propios aplicando la tasa que resultó mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal, utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor…"

Al tenor del artículo 35, literal c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al haberse procedido a los descuentos cuando, de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, esto debió haber sucedido "a partir del mes en que los Entes Gestores de Salud otorguen las prestaciones de corto plazo".

Por tanto, constituyendo una rebaja ilegítima del monto que en calidad de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual le correspondía a la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga, ameritó su devolución a ella en los términos señalados por la propia recurrente; consiguientemente la devolución de los dineros descontados, lo cual no desvirtúa el Cargo imputado.

3.4 De la inexistencia de fundamento para la cuantía de la sanción.-

No obstante, llama la atención el que la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de 20 de agosto de 2010, la que dispone las sanciones en contra de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, hubiera dispuesto que por

la infracción correspondiente al Cargo Nº 3, la ahora recurrente deba hacer efectivo el pago de una multa "en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)", por cuanto, las únicas referencias a su motivación son las que salen en las páginas 11 y 12 de la misma Resolución Administrativa, y que se limitan a hacer referencia a las disposiciones de los artículos 286 y 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ***sin fundamentar*** *las razones por las que la infracción amerita la cuantía de la multa señalada.*

Resulta entonces que, el Ente Regulador ha impuesto una multa por haber la Administradora de Fondos de Pensiones aplicado descuentos por servicios de salud, a los pagos devengados de Compensación de Cotizaciones Mensual que se realizaron a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, cuando tal Derechohabiente no se beneficiaba de tales servicios; empero ***se desconoce el fundamento y motivo*** *por el que esa multa alcanza el monto equivalente a $us. 3.000,00.-*

Conforme se ha señalado en el numeral1.4 supra, el artículo 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de enero de 1997, establece que la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción, no determinando la norma, montos precisos para cada sanción calificada, concediendo al Ente Regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones leves "Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses", conforme al artículo 291, inciso c del mismo Decreto Supremo Nº 24469.

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, para el caso de una infracción leve, pudo discrecionalmente optar por un monto de hasta $us. 5.000.- (CINCO MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) a ser pagado en su equivalente en moneda nacional; si bien las disposiciones de los artículos 287 y 288 del Decreto Supremo Nº 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Nº 1464/2004-R, la que ha sido transcrita en el numeral 1.4 supra (referida al Principio de los límites a la discrecionalidad), determinando ello el que nuevamente, ahora para el Cargo Nº 3, no se hubiera ***fundamentado*** *el motivo a la cuantía de la sanción por haberse aplicado descuentos por servicios de salud, a los pagos devengados de Compensación de Cotizaciones Mensual que se realizaron a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, cuando tal Derechohabiente no se beneficiaba de tales servicios, en el monto equivalente a $us. 3.000,00.-, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.*

3.5 Conclusiones referidas al Cargo Nº 3.-

Resulta evidente que, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES ha aplicado descuentos por servicios de salud, a los pagos devengados de Compensación de Cotizaciones Mensual que se realizaron a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, cuando la misma no se beneficiaba de tal servicio, lo que

importando una conducta que transgrede la disposición del artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, ameritando la sanción de la ahora recurrente conforme lo ha determinado el Ente Regulador en la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de 20 de agosto de 2010, sin que resulte eximente de la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones infractora, el que hubiera restituido los dineros descontados, así como tampoco es válido el justificativo referido a la inexistencia de reglamentación que permita una adecuada aplicación del artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324, por cuanto siendo clara la prohibición infringida, no requería de ningún reglamento previo para su cumplimiento. No obstante, la cuantía de la sanción en $us. 3.000.- no se encuentra debidamente fundamentada, sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la Sentencia Constitucional N° 1464/2004-R.

4. CARGO N° 4: ACREDITACIÓN DE LA SEÑORITA ELISA LUCERO RIVERA TRONCOSO COMO DERECHOHABIENTE DESPUES DE TREINTA Y SEIS MESES DE FALLECIDO EL CAUSANTE.-

(…) ***4.2 Sobre la inaplicabilidad del artículo 20 de la Ley N° 1732 por no tratarse la otorgación de Pago de Compensación de Cotizaciones una prestación por muerte o invalidez.-***

En el entender de la recurrente, refiriéndose el caso de autos al ***pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes de Registrados Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones Mensual****, no se trata de la* ***Prestación por Muerte o Invalidez*** *establecida por el artículo 20 de la Ley N° 1732, por lo que no le es aplicable la consideración sobre los 36 meses a los que se refiere esta norma.*

Sobre este punto se pronunció en su oportunidad la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones mediante la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/N° 016-2011 de 20 de enero de 2011, cuando señala:

"…Sobre lo expresado por la AFP, corresponde aclarar que el artículo 20 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, si bien señala que las prestaciones de invalidez, riesgos profesionales y muerte, deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses, ***no limita que dicho plazo sea aplicado a todas las prestaciones o pagos del SSO, incluyéndose la Compensación de Cotizaciones****, la cual a la fecha de emisión de la citada Ley no se encontraba establecida, ya que fue aprobada mediante Decreto Supremo N° 26069 de 09 de febrero de 2001…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*En ese entendido, conforme a lo establecido en el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 "****la CC forma parte de las prestaciones del SSO****", haciendo por tanto extensible los criterios de gestión del régimen del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, a los de la de Compensación de Cotizaciones Mensual.*

4.3 Acerca de la vulneración al principio de tipicidad.-

Con referencia al artículo 20 de la Ley Nº 1732 y a tiempo de la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES ha señalado que:

"…no se puede, por un principio de tipicidad establecido en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, imputar por una norma que rige la otorgación de prestaciones por invalidez y muerte, a un trámite que no tiene nada que ver con ello, que es un trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensuales…"

Al respecto, se sobrecartan los argumentos jurídicos generales expresados en el numeral 1.3 supra, en lo que resulten pertinentes también para la consideración del Cargo Nº 4 y permiten definir los alcances administrativos del principio de tipicidad establecidos por el artículo 73 de la Ley Nº 2341.

Por ello mismo, toca ahora dejar constancia que tal principio hace al Derecho Administrativo Sancionador, y como tal es inherente al proceso sancionador previsto por el capítulo IV del Título Tercero de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, referido al régimen procedimental destinado a la sanción "que las autoridades competentes deban imponer a las personas" (artículo 71 de la ley Nº 2341); los regímenes de prestaciones por invalidez y muerte, y de pago de Compensación de Cotizaciones Mensuales, en cambio, se rigen por los principios que les son propios al Derecho de la Seguridad Social de largo plazo, y los que determinan precisamente su autonomía científica, por tanto, no se rigen ordinariamente por los principios del Derecho Administrativo Sancionador, ni siquiera por los del Derecho Administrativo general.

Eso sí, la vulneración de las normas que hacen a ***su administración*** *(como acto administrativo al tenor del artículo 2, parágrafo IV de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo) da lugar, como no puede ser de otra manera, a la concurrencia del régimen administrativo sancionador, empero en lo sustancial, no tiene que ver ello con la otorgación de prestaciones por vejez y muerte o con el pago de Compensación de Cotizaciones Mensual. Todos estos extremos refieren que, la recurrente involucra impertinentemente consideraciones que hacen a la sustancia de la Seguridad Social de largo plazo (y que por tanto se rigen por sus propios principios), con otras que son propias del Derecho Administrativo Sancionador, lo que hace inatendible su pretensión referida en el presente numeral.*

4.4 Acerca de que no existiría plazo para registrarse a efectos del pago.-

La recurrente indica que mediante el artículo 3 del Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007, se amplió el alcance del artículo 7 del Decreto Supremo Nº 28888 de 18 de octubre de 2006, cuyo reglamento fue realizado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 545 de 06 de julio de 2007, indicando que la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso cumple las condiciones exigidas para el registro del Causante

en el Registro de Fallecidos para Compensación de Cotizaciones, por lo que en su entender le correspondía acceder al Pago de Compensación de Cotizaciones.

De la misma manera, hace referencia a que con anterioridad al Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, los Derechohabientes de primer o segundo grado de un Afiliado, no podían acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones en virtud a que el artículo 63 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones), establecía que los Derechohabientes de Afiliados fallecidos antes de cumplir los 65 años, tenían derecho al pago de Compensación de Cotizaciones cuando este en vida hubiera cumplido los 65 años de edad; agrega que con la creación del Registro de Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones se beneficiaba a los Derechohabientes permitiéndoles el acceso al pago de la Compensación de Cotizaciones al cumplir el causante las edades mínimas exigidas por el sistema de reparto. Tales extremos le sirven a la recurrente para concluir que bajo el razonamiento del Ente Regulador, ningún grupo familiar debería percibir el pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, ya que dentro de los treinta y seis (36) meses del fallecimiento del Afiliado, no existe ningún contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual suscrito.

Al respecto, en fecha 18 de octubre de 2006, mediante Decreto Supremo N° 28888 se establece el Registro de Fallecidos para Compensación de Cotizaciones – RFCC para habilitar a las personas con derecho a la Compensación de Cotizaciones, que no se hubieran registrado como afiliados o hubieran fallecido. Contenido que es ampliado mediante el artículo 3°, numeral I, del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, disponiendo a las Administradoras de Fondos de Pensiones consignen en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones a:

*"**a. Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.**" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Refiriéndose a los Afiliados fallecidos que no cumplen con los requisitos de cobertura para que sus Derechohabientes puedan acceder a una Pensión por Muerte (no obstante haber presentado estos su solicitud dentro del plazo determinado en el artículo 20 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones: treinta y seis - 36- meses posteriores al fallecimiento), determinando que puedan acceder a una Compensación de Cotizaciones.

A este criterio se acomodan las Derechohabientes:

- *Señora Gloria Solíz Vda. de Rivera (cónyuge), quien presentó su Solicitud de Pensión por Muerte en fecha 13 de agosto de 2004, dentro de los treinta y seis (36) meses siguientes a la fecha de fallecimiento del Afiliado.*
- *Señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga (hija), quien se acreditó como Derechohabiente de primer grado y se habilitó para acceder al Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, a través de la suscripción de la*

Solicitud de Retiros Mínimos de fecha 28 de marzo de 2005, lo que también sucedió dentro del plazo de los 36 meses siguientes al fallecimiento del causante.

*"**b. Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro el vencimiento establecido en la norma vigente"** (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*A diferencia de la anterior, esta casuística se aplica a los Afiliados fallecidos cuyos Derechohabientes también tienen derecho a la Compensación de Cotizaciones, empero que **NO** presentaron su Solicitud de Pensión por Muerte dentro del plazo de treinta y seis (36) meses posteriores al fallecimiento (independientemente de si cumplen o no con los requisitos de cobertura para acceder a una Pensión por Muerte) **caso al que la recurrente acomoda a la Derechohabiente señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso (y cuya situación, en definitiva, se cuestiona a través del Cargo Nº 4)**, quien a través de la señora María del Carmen Troncoso de Ruck (su tutora legal dada su minoridad) presentó su solicitud de acreditación en fecha 16 de diciembre de 2008, es decir, 53 (cincuenta y tres) meses después de fallecido el causante.*

c. Asegurados fallecidos antes de la fecha de inicio del Seguro Social Obligatorio, sin haber accedido a una renta o pago del Sistema de Reparto o sin haber generado una renta por muerte en el citado régimen…"

La ahora impugnada Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº 016-2011 de 20 de enero de 2011, a fojas 203 ha establecido que:
*"…el inciso a, se aplica a los casos de Afiliados fallecidos en los cuales la solicitud de pensión ha sido presentada dentro del plazo establecido en norma pero que no cuentan con cobertura y el inciso b, se aplica a los casos de Afiliados fallecidos en los cuales la solicitud de pensión ha sido presentada fuera del citado plazo; **entendiéndose** **por tanto que dichas opciones son de carácter excluyente**…" (negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*De ello, se concluye que el Órgano Regulador entiende de la simple coexistencia de los referidos incisos a) y b) -inclusive c)- un carácter excluyente entre los mismos, **sin mencionar mayor fundamentación a tal criterio**.*

Consiguientemente, el Órgano Regulador debe justificar su disposición referida al Cargo Nº 4, tal cual se lo exigen los artículos 28º, inciso e), y 30º, inciso a), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), por cuanto lo contrario importaría infracción a lo dispuesto por el artículo 4º, inciso c) de la misma Ley, o como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004:

"…El principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de

la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso";…"

Al mismo extremo y por idéntica razón, debe sujetarse la consideración sobre la reclamada "interpretación parcial que hace la AP" del artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 219 de 4 de marzo de 2008, como sobre del supuesto reconocimiento indebido de derechos a favor de la Derechohabiente Elisa Lucero Rivera Troncoso (que sale del resuelve segundo de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010).

4.5 De la inexistencia de fundamento para la calificación de la infracción.-

Llama la atención que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010 (que dispone las sanciones en contra de FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES) hubiera establecido que por la infracción correspondiente al Cargo Nº 4, la ahora recurrente deba hacer efectivo el pago de una multa "en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)", por cuanto, las únicas referencias a su gravedad media, son las que salen en las páginas 11 y 12 de la misma Resolución Administrativa, y que se limitan a hacer referencia a las disposiciones de los artículos 286 y 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, ***sin fundamentar*** *las razones para la calificación señalada.*

Resulta entonces que, el Ente Regulador ha impuesto una multa por haber acreditado a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso después de 36 meses de fallecido el Afiliado señor Valentín Franklin Rivera Fernández; empero ***se desconoce el fundamento y motivo*** *por el que resulta en una infracción calificada como de gravedad media.*

Ahora bien; conforme al artículo 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones), la aplicación de la sanción debe obedecer a la calificación de la gravedad de la infracción.
La norma no determina montos precisos para cada sanción calificada, sino que concede al regulador la posibilidad de optar por un monto entre los definidos en la misma, en el caso de infracciones de gravedad media "De cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses", conforme al artículo 291, inciso b) del mismo Decreto Supremo Nº 24469.

De donde resulta que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, no pudo discrecionalmente calificar a la infracción como de gravedad

media; si bien las disposiciones de los artículos 287 y 288 del Decreto Supremo Nº 24469 determinan que la aplicación de sanciones es una atribución propia del ente regulador, cabe remitirse a lo pronunciado por el Tribunal Constitucional en su mencionada Sentencia Nº 1464/2004-R, la que establece:

"…Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento…"

Para el caso, es de tener en cuenta lo señalado por el artículo 286 del Decreto Supremo Nº 24469, cuando dice que:

"…ARTÍCULO 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD) Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:

a) Gravedad máxima: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el transgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.

b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún afiliado…"

*Consiguientemente, no se encuentra **fundamentada** la calificación de la gravedad de la sanción por haberse acreditado a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso después de 36 meses de fallecido el Afiliado señor Valentín Franklin Rivera Fernández, fundamentación sin la cual la sanción resulta desproporcionada en los términos de la precitada Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.*

4.6 Conclusiones referidas al Cargo Nº 4.-

Para el Órgano Regulador, la simple coexistencia de los incisos a) y b) del artículo 3º, numeral I, del Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 un carácter excluyente entre los mismos, sin mencionar mayor fundamentación a tal criterio, correspondiendo que justifique y fundamente su disposición por cuanto lo contrario importaría infracción a lo dispuesto por el artículo 4º, inciso c) de la misma Ley y a lo establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004. Al mismo extremo y por idéntica consideración, deben sujetarse la reclamada "interpretación parcial que hace la AP" del artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 219 de 4 de marzo de 2008, y el supuesto reconocimiento indebido de derechos a favor de la Derechohabiente Elisa Lucero Rivera Troncoso que sale del resuelve segundo de la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010.

Independientemente de ello, la calificación de la gravedad media, no se encuentra fundamentada, sin la cual la calificación resulta desproporcionada en los términos de la Sentencia Constitucional Nº 1464/2004-R.(…)

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 DE 4 DE AGOSTO DE 2011.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 de 4 de agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, con los siguientes fundamentos (parte pertinente):

"*(…) **AL INCISO c) SOBRE LAS SANCIONES PECUNIARIAS** (…)*

El análisis realizado a continuación aplica entre otros, los lineamientos expresados en las Resoluciones Jerárquicas del SIREFI, con relación a cada uno de los cargos:

Al Cargo Nº 1.

Futuro de Bolivia S.A. AFP para este cargo señala que habiéndose iniciado el trámite el 04 de enero de 2008, a la fecha ya han transcurrido más de dos (2) años desde la supuesta comisión de la infracción, por lo que el caso se encontraría prescrito.

Al respecto, corresponde hacer mención a los siguientes actos que interrumpieron

la prescripción en el presente caso:

- *Nota AP/DPC/375/2009 de 09 de julio de 2009, por la cual se solicita a Futuro de Bolivia S.A. AFP presentar informe documentado.*

- *La AFP con nota FUT.SUP. 1220/2009 de 22 de julio de 2009, da respuesta al requerimiento del ente regulador.*

- *Nota AP/DPC/1164/2009 de 15 de octubre de 2009, con la que nuevamente se requiere remitir informe documentado del caso.*

- *En respuesta el regulado presenta la nota FUT.SUP.CC-M 1770/2009 de fecha 22 de octubre de 2009.*

En virtud a lo anterior, la prescripción invocada por el regulado no ha operado en razón de que la misma ha sido interrumpida por la serie de actuaciones desarrolladas durante el periodo de las Diligencias Preliminares al proceso administrativo sancionatorio.

Asimismo, la AFP señala que: "pagó en su integridad, con recursos propios, la omisión señalada, más intereses para que la derechohabiente no sufra ningún perjuicio.". Al respecto, corresponde señalar que esta Autoridad sí tomó en cuenta la regularización realizada por la AFP, pero que la misma al ser extemporánea, sólo viene a confirmar que el regulado no dio estricto cumplimiento a la norma imputada, la cual determina la obligación de la AFP de verificar la existencia de Derechohabientes de Primer Grado contra cualquier otro Formulario de declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente; demostrando de esta manera que la AFP no actuó dentro de la norma vigente.

Por otra parte, se aclara que la actuación de la AFP no ha sido realizada cumpliendo obligación establecida en norma, de actuar como un buen padre de familia, ya que no tuvo el cuidado exigible en considerar a la Derechohabiente Srta. Ilse Adriana Rivera Arteaga, en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado el 04 de enero 2008, a pesar de que ya tenía conocimiento de su existencia por el trámite de Retiros Mínimos iniciado por la tutora en lecha 28 de marzo de 2005. La AFP consideró a la Srta. Rivera recién cuando su tutora, Sra. Norma Lilian Arteaga Terán suscribió la Solicitud de Pago de CC Mensual en fecha 15 de abril de 2008.

El hecho de que el pago más intereses haya sido realizado por la AFP, no implica que la infracción haya dejado de existir, puesto que la regularización fue posterior al hecho y no dentro de plazo y procedimiento determinado por norma, es decir oportunamente. En ese sentido, el pago puso fin a la obligación que mantenía la AFP respecto a la Derechohabiente, pero de ninguna manera hace desaparecer la infracción incurrida. Por tanto, es importante aclarar que si bien la AFP realizó la restitución del pago omitido con intereses, la Derechohabiente no percibió oportunamente el Pago de CC Mensual que le correspondía de acuerdo a norma.

Al no ser suficientes los argumentos presentados por la AFP corresponde la confirmación del incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS/077/2005 de 10 de febrero de 2005…"

"…Al Cargo N° 2.

Respecto a este cargo, la AFP señala que la citada inclusión fue realizada el 22 de enero de 2008, por lo que en esta infracción operó la prescripción. Asimismo indica que actuando como Buen Padre de Familia en cumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, procedió a realizar una Adenda al Contrato incluyendo a la Derechohabiente. Así también indica que dicho error no ha causado daño a los Derechohabientes, ni al FCI y considera que la sanción impuesta es excesiva y no se ajusta al principio de proporcionalidad, más aún cuando el hecho fue subsanado con una Adenda.

Con relación a lo planteado por la AFP, cabe reiterar que la actuación de Futuro de Bolivia S.A. AFP en el trámite de Pago de CC Mensual no se realiza dentro de la actuación de Buen Padre de Familia, siendo la misma más bien contradictoria ya por una parte excluyó del trámite a la Derechohabiente Srta. Use Adriana Rivera Arteaga y sin embargó incluyó a su tutora en el Contrato de Pago de CC Mensual.

Asimismo, se ratifica la infracción, ya que en reconocimiento de la conducta incurrida, la AFP procedió a rectificar la omisión mediante Adenda, como prueba del hecho antijurídico, pero además sin que lo haya puesto en conocimiento oportuno del Ente Regulador.

La opinión de Futuro de Bolivia S.A. AFP sobre el hecho de no haber causado daño a los Derechohabientes es cierta, sin embargo este aspecto se ha constituido en uno de los más reclamados por la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente.

Con relación a la prescripción, la misma ha sido interrumpida por actos correspondientes a las Diligencias Preliminares.

Asimismo, es necesario considerar en el presente caso que el Contrato ha sido elaborado por la AFP conforme se lo ordena el artículo 7 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, extremo que se ha visto comprobado por el membrete de dicho documento, por tanto la responsabilidad por las deficiencias de forma en su elaboración, le son imputables.

Es importante también considerar que el hecho de que la AFP reconozca la infracción, arguyendo error involuntario y que no surtiría ningún efecto por no llevar la firma de la Sra. Arteaga, no es argumento suficiente para enervar la infracción, toda vez que si bien la Sra. Arteaga ha sido incluida en el Contrato, el mismo solo

surte efectos para las partes intervinientes, es decir Futuro de Bolivia S.A. AFP y la Sra. Gloria Solíz Villagomez viuda de Rivera.

Por tanto, corresponde confirmar la sanción impuesta por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997…"

"…Al Cargo N° 3.

Se ha sancionado a la AFP en el presente cargo debido a que aplicó el descuento por servicio de salud a los pagos devengados de CC Mensual realizados a la Srta. Ilse Adriana Rivera Arteaga, correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008.

Sobre el particular, Futuro de Bolivia S.A. AFP cita textualmente el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 y señala que en esta infracción operó la prescripción en lo que respecta a los meses de enero a septiembre; situación que no es evidente debido a la serie de actuaciones que fueron detalladas en el Cargo 1, lo que permite determinar que no ha operado la prescripción.

Respecto a haber aplicado el descuento por servicio de salud a los pagos devengados de CC Mensual realizados a la Srta. Ilse Adriana Rivera Arteaga, la AFP señala que corrigió la omisión ya que procedió a devolver a la tutora de la Srta. Rivera Arteaga s montos correspondientes más intereses. Asimismo, señala que la madre de la Srta. Rivera si bien firmó una Solicitud de Pago de CC Mensual el 15 de abril de 2008 y se le generó el pago a partir de ese periodo, no cobró dicho pago y no aceptó firmar la Adenda al Contrato sino hasta el 27 de noviembre de 2008, generándose en el sistema de pagos de la AFP como un caso continuo, toda vez que el mes de abril fue procesado como devengo sin descuento para el Ente Gestor de Salud (EGS). Al general los pagos siguientes, el sistema de la AFP consideró los pagos como revertidos y por tanto descontó el aporte al EGS. Sin embargo, señala que esta situación fue subsanada con recursos propios más intereses y que no se ocasionó daño al Fondo ni a la Derechohabiente.

También indica que la sanción impuesta no se ajusta al Principio de Oportunidad, toda vez que la infracción se subsanó y que no se ajusta al principio de proporcionalidad, ya que la misma es excesiva puesto que los montos cobrados ascienden a Bs267,48 y la sanción a más de Bs21.000, más aún cuando este cargo y los dos anteriores se desprenden de un mismo hecho.

El argumento emitido por la AFP respecto a que su sistema habría generado el pago de abril/2008 sin descuento al EGS. no corresponde, toda vez que de acuerdo al Formulario Único de Transacción - FML 001 N° 0452171 realizó el pago de este mes por Bs913,13 (NOVECIENTOS TRECE 13/100 BOLIVIANOS), monto que incluye el descuento por EGS de Bs28,63 (VEINTIOCHO 63/100 BOLIVIANOS).

Asimismo, la AFP realizó el descuento a los pagos siguientes, a pesar de que los mismos no fueron cobrados por la Derechohabiente.

Si bien en fecha 04 de noviembre de 2009, la AFP realizó la devolución a la Derechohabiente del descuento efectuado por servicio de salud más intereses correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008, dicha situación sólo viene a confirmar el incumplimiento al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

Con relación a la prescripción, la misma ha sido interrumpida por actos correspondientes a las Diligencias Preliminares. Respecto a la oportunidad cabe señalar que la restitución realizada por la AFP fue como consecuencia de haber advertido el incumplimiento a la norma, por lo que de ninguna manera puede considerarse oportuna dicha restitución.

Por lo expuesto, se corrobora el incumplimiento de la AFP al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004…"

"…Al Cargo N° 4.

Con relación a que Futuro de Bolivia S.A. AFP acreditó a la Srta. Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente, después de treinta y seis (36) meses de la fecha de fallecimiento del Asegurado Valentín Franklin Rivera Fernández, la AFP señala que artículo 20 de la Ley de Pensiones no aplica al presente caso, porque el mismo corresponde a un trámite de Pago de CC para Derechohabientes de un Registrado fallecido con derecho a CC Mensual, de acuerdo a lo establecido por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007. Asimismo, señala inextenso el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 219 de 04 de marzo de 2008, e indica que la aplicación del artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 545 de 06 de julio de 2007 se da a la suscripción de un Contrato de Pago de CC por el Asegurado, cuando éste inicia y concluye en vida, el trámite de Pago de CC Mensual; en el cual pudo o no declarar a todos sus Derechohabientes. Indica además que al fallecimiento del Asegurado, los Derechohabientes declarados empiezan a gozar de los pagos de CC Mensual y los no declarados tienen treinta y seis (36) meses desde el fallecimiento para su acreditación.

La AFP señala que en todo momento fue de conocimiento de la ex AP, la acreditación de la Derechohabiente e incluso solicitó mayor información. Con nota FUT. SUP. CCM 2022 de 12 de diciembre de 2008, la AFP realizó la consulta a la ex SPVS sobre la posible inclusión del tercer grupo familiar. El 17 de diciembre de 2008, la ex SPVS con nota SPVS/IP/DPC/3114 indicó a la AFP que el procedimiento era claro y citó las normas pertinentes, solicitando un informe legal. Con nota FUT. SUP.CC 2997/2008 de 23 de diciembre de 2008, Futuro de Bolivia S.A. AFP remitió a la ex SPVS el informe legal, expresando que extendiendo lo favorable y realizando una interpretación amplia, se puede aceptar la solicitud de la menor de edad,

representada por su madre.

Señala que dicha situación era de conocimiento de la ex SPVS, la cual en ningún momento hizo conocer a la AFP que no correspondía dar curso a la inclusión del tercer grupo familiar. Asimismo, señala que el 09 de julio de 2009, con nota AP/DPC/375/09 la ex AP solicitó información sobre el caso, la cual fue atendida con nota FUT. SUP 1220/09 detallando expresamente la fecha de acreditación de los tres grupos familiares, así como los periodos y montos pagados. La AFP refiere que posteriormente, el 19 de octubre de 2009, con nota AP/DPC/1164/09 el ente regulador solicitó el envío de las boletas de pago de los tres grupos familiares y la documentación del tercer grupo familiar, solicitud que fue atendida con nota FUT.SUP.CCM 1770 de 22 de octubre de 2009.

También indica que si el acto es considerado por la ex AP como una infracción de gravedad media, hubiera correspondido pronunciarse oportunamente respecto al tema, evitando incurrir en la aceptación y concreción de pagos durante más de un año y medio. Considera que la sanción impuesta es desmesurada y que existe falta de congruencia ya que se sanciona por haber dado cobertura a la Derechohabiente, pero se le obliga a seguir dándola, situación que implica que se está sancionando dos veces por un mismo hecho, utilizando la figura equivocada de derechos adquiridos.

Sobre lo expresado por la AFP, corresponde aclarar que el artículo 20 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, si bien señala que las prestaciones invalidez, riesgos profesionales y muerte, deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses, no limita que dicho plazo sea aplicado a todas las prestaciones o pagos del SSO, incluyéndose la Compensación de Cotizaciones, la cual a la fecha de emisión de la citada Ley no se encontraba establecida, ya que fue aprobada mediante Decreto Supremo N° 26069 de 09 de febrero de 2001.

Con relación al artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, corresponde señalar que el citado artículo en sus incisos a), b) y c) presenta tres opciones para que los Derechohabientes de los Afiliados y Asegurados fallecidos puedan acceder al Pago de la CC Mensual, como se describe a continuación:

"…Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro del vencimiento establecido en la norma vigente.

Asegurados fallecidos antes de la fecha de inicio del Seguro Social Obligatorio, sin haber accedido a una renta o pago del Sistema de Reparto o sin haber generado una renta por muerte en el citado régimen."

Al respecto, cabe precisar que los citados incisos hacen mención a los requisitos que deben cumplir los Asegurados fallecidos para que sus Derechohabientes accedan al pago de la CC. Los incisos a) y b) se refieren a los Titulares que aportan al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y el inciso c) a los Titulares que aportaron al Sistema de Reparto (antiguo Sistema de Pensiones).

En este sentido, corresponde aclarar que el Asegurado fallecido que se enmarca en el inciso a) del Decreto Supremo N° 29138, es aquel que no tiene cobertura para el acceso a las prestaciones por muerte, es decir que específicamente no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley de Pensiones 1732 de 29 de noviembre de 1996. Para acceder al pago de la CC en sujeción al citado inciso a), la verificación que se realiza considera exclusivamente el cumplimiento de requisitos de cobertura del Asegurado fallecido, en los casos que tengan Solicitud de Pensión por Muerte presentada dentro del plazo establecido en norma.

El Asegurado fallecido que se enmarca en el inciso b) del Decreto Supremo N° 29138, es aquel por el cual no se ha presentado una Solicitud de pensión por muerte dentro del vencimiento establecido en la norma vigente.

Por tanto, el Asegurado fallecido que se enmarca en el inciso a) no puede ser el mismo que se enmarca en el inciso b) considerando que el Asegurado, o no cumple requisitos de acceso a la pensión, entendiendo para ello que la Solicitud se presentó en plazo, ó la Solicitud fue presentada fuera del plazo.

Por lo cual, entre ambos incisos, a) y b) se considera a todo el universo de Asegurados fallecidos que pueden generar el derecho al pago de CC sea porque se ha presentado la Solicitud de Pensión por Muerte dentro de plazo establecido en norma (inciso a) o por no haberse presentado la misma dentro de dicho plazo (inciso b).

También es importante recalcar que el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 cita en sus incisos a), b) y c) i. "Afiliados" o "Asegurados", es decir hace referencia a los Titulares de la CC, por lo que la verificación de acceso se realiza en base a los Titulares, en ningún momento a los Derechohabientes, como ha pretendido interpretar Futuro de Bolivia S.A AFP. Por tanto, si bien éstos son acreedores al pago, su acceso se califica en base al Asegurado y no al grupo familiar, no correspondiendo en este caso que un grupo familiar acceda al pago de CC por el inciso a) y otro grupo por el inciso b) ya que la aplicación de dichos incisos para un mismo Titular no puede ser simultánea por lo mencionado ampliamente.

En el caso del Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández, corresponde señalar que su Derechohabiente, en este caso, la cónyuge Sra. Gloria Solíz accedió al Pago de CC Mensual en el marco del inciso a) del artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138, considerando que previamente existía una Solicitud de Pensión por Muerte de 13 de agosto de 2004, la cual había sido rechazada por no contar con los requisitos de cobertura.

En este caso el Asegurado se enmarcaba en el inciso a), por lo que no podía estar enmarcado también en el inciso b) del citado artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138. En consecuencia, no corresponde en absoluto la aplicación del inciso b) ya que existe una Solicitud de Pensión por Muerte presentada en plazo siendo que dicho inciso señala como condición sine qua non, el que no se hubiese presentado la misma en plazo.

Respecto a la interpretación parcial del artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/219 de 04 de marzo de 2008, a la que hace referencia la RJ 031/2011, es importante señalar que dicho artículo establece el plazo de treinta y seis meses (36) para pagos a Derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de Pago de CC Mensual. Por lo que correspondía en el presente caso, que la Derechohabiente de Primer Grado Srta. Elisa Lucero Rivera Troncoso no sea incluida en el Pago de CC Mensual, considerando que su acreditación fue realizada en forma posterior al plazo establecido en el citado artículo 5.

Asimismo es importante señalar que la AFP realizó la acreditación de la Srta. Rivera Troncoso argumentando que debía "ampliar lo favorable y realizando una interpretación amplia" haciendo caso omiso de la norma vigente. Con su accionar, la AFP ha generado un derecho a la mencionada Derechohabiente, por lo que el reconocimiento del pago establecido en la R.A. 185-2010 considera que Futuro de Bolivia S.A. AFP debe asumir el pago con sus propios recursos ya que el sistema de pensiones no reconoce el derecho al Pago de la CC Mensual a la Srta. Rivera Troncoso. Por tanto, habiéndose la AFP tomado la libertad de reconocer el derecho a la Derechohabiente, el pago no puede haber sido realizado con recursos del Tesoro General de la Nación, sino con sus recursos propios.

Respecto a que el caso habría sido de conocimiento de la ex SPVS mediante la consulta efectuada por la AFP, es importante reiterar que la misma fue claramente atendida mediante nota SPVS/IP/DPC/3114/2008, en la cual se citó inclusive la normativa referida al plazo máximo de treinta y seis (36) meses, para la acreditación de Derechohabientes, por lo que no correspondía que la AFP incluya a la Derechohabiente que había presentado su solicitud fuera del plazo establecido en dicha norma.

Asimismo, cabe señalar que la solicitud realizada por la ex SPVS de informe legal a la AFP fue efectuada en el entendido que podría existir documentación que avale que la Derechohabiente no pudo presentar su solicitud dentro del plazo requerido debido a razones de fuerza mayor, como el caso de trámites o juicios cuya duración depende de las respectivas entidades; y no así para que la AFP emita un criterio legal fuera del establecido en norma.

Sobre lo señalado por la AFP respecto a la omisión de pronunciamiento de la ex SPVS, cabe reiterar que mediante nota SPVS/IP/DPC/3114/2008, se otorgó a la AFP el pronunciamiento respectivo de forma oportuna. Asimismo, es importante señalar

que la citada nota FUT.SUP.CC 2997/2008 fue considerada como un elemento adicional en la etapa de Diligencias Preliminares para ratificar el incumplimiento, considerando que dicha respuesta se aparta de la norma vigente, aún después de la aclaración realizada por la ex SPVS.

Por lo expuesto, corresponde ratificar íntegramente el cargo sancionado por incumplimiento al artículo 20 de la Ley de Pensiones y al artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/219 de 04 de marzo de 2008…"

(…)

"…RESUELVE:

ÚNICO.- I. Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de 20 de agosto de 2010 emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones – AP, modificándose lo resuelto en el PRIMERO de la siguiente manera:

"PRIMERO.- Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:

Cargo N° 1 con una multa en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y en el artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS N° 77 de 10 de febrero de 2005.

Cargo N° 2 con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Cargo N° 3 con una multa en Bolivianos equivalente a $us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

Cargo N° 4 con una multa en Bolivianos equivalente a $us5.000,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Pensiones y artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/N° 219 de 04 de marzo de 2008.

(…)

II. Se complementa lo resuelto en el SEGUNDO de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de 20 de agosto de 2010, con el siguiente apartado:

"SEGUNDO.-…

V. Para este efecto, al momento en que las AFP dejen de administrar el Sistema Integral de Pensiones, la AFP deberá transferir el Capital Necesario para pagar lo dispuesto en la presente Resolución Administrativa a la Cuenta de Siniestralidad, a Valor Cuota vigente a la fecha de transferencia."

En lo demás, lo resuelto en el SEGUNDO y TERCERO de la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 185-2010 de 20 de agosto de 2010, se mantiene incólume…"

4. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 15 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 209-2011 de fecha 4 de agosto de 2011, expresando lo siguiente:

"…***II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-***

Con relación al Cargo N° 1:

Se nos impone una sanción en Bolivianos equivalente a $us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 4 inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, sin embargo es necesario que su autoridad considere los siguientes argumentos de orden técnico legal:

a) *El Artículo 4° inciso b) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005 establece que sic "Una vez firmado el Formulario de Recepción de Documentos, es obligación de la AFP verificar en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles que:*

   b).La existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP..."'.

   Como consecuencia de dicha verificación, el artículo 5 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS N° 077 de 10 de febrero de 2005, establece los pasos y/o acciones a seguir según el resultado de la verificación; y de la lectura e interpretación del mismo, se evidencia claramente la omisión en la que ha incurrido el regulador, ya que no establece que se deban incluir a dichos derechohabientes en la solicitud.

b) *Como bien reconoce la APS en el acto administrativo ahora impugnado, nuestra Administradora de Fondos de Pensiones pago con recursos propios pensiones devengadas por los meses de enero, febrero y marzo de 2008 reconociendo además un interés aplicando la tasa que resultó mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal, utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor. Lo que si bien a entender de la APS no hace desaparecer la*

infracción, si repara cualquier daño o perjuicio ocasionado a la derechohabiente, aspecto que no es considerado nuevamente al momento de fijar el monto o cuantía de la sanción pecuniaria. Como su Autoridad podrá colegir, de la revisión del marco normativo pertinente, no existe obligación de incluir a la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga en la solicitud de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual iniciada por el cónyuge del afiliado fallecido, la Sra. Gloria Solíz Vda. de Rivera. Debiendo señalar que se constituye en obligación de la entidad reguladora en concordancia los incisos b) y r) del artículo 49 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, regular las otorgación de las prestaciones dictando reglamentos pertinentes; debiendo en este caso (R.A. 077/2005) quedar claramente establecido cual la acción a seguir al evidenciar la existencia de otros derechohabientes declarados; esto en virtud, a que no es potestad del regulado interpretar las leyes y normas que regulan la otorgación de beneficios y prestaciones del SSO.

(…) ***Con relación al Cargo Nº 2:***

Nos sancionan con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.000,00 (TRES (sic) *MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, por haber consignado en el contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones correspondiente al trámite de la Sra. Gloria Solíz Vda. de Rivera, el nombre de la Sra. Norma Lilian Arteaga Terán, sin embargo consideramos que se debe tomar en cuenta lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI Nº 031/2011 de fecha 24 de junio de 2011:*

"Del cotejo de la fecha de Adenda (15 de abril de 2008) con la del inicio del presente proceso sancionatorio (7 de julio de 2010, cuando se hizo llegar la primera citación para la notificación con los cargos, conforme consta en la nota AP/DJ/1927/2010 de foja 11), resulta que el ente Regulador procedió a sancionar a la recurrente por un extremo que ya se encontraba subsanado..."

Bajo esa apreciación, su Autoridad podrá colegir que el error involuntario fue subsanado mediante la suscripción de una adenda al contrato original; y que nuestra Administradora ha actuado ***sin intencionalidad.*** *Por lo que considerando la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión." La imposición de una sanción tipificada como leve y sujeta a una sanción pecuniaria de $usl.000,00 (Un mil 0/100* (sic) *Dólares de los Estados Unidos de América) sigue siendo desproporcionada.*

Con relación al Cargo Nº 3:

Se sanciona a nuestra Administradora con una multa en Bolivianos equivalente a $usl.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, por haber pagado las pensiones que correspondían a la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga con el descuento del 3% para el Ente Gestor de Salud, sin embargo solicitamos a su autoridad pueda tomar en cuenta que:

a) El pago efectuado a favor de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga fue generado por nuestro sistema informático tomando en cuenta un pago ya asociado al mismo causante y que sí tenía el descuento del 3% para el EGS.

b) Sin embargo de lo anterior, nuestra AFP ha restituido los descuentos efectuados a la pensión correspondiente de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga con recursos propios aplicando la tasa que resultó mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal, utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor.

Lo anterior si bien no desvirtúa la infracción imputada, se constituye en un atenuante, toda vez que sopor (sic) *una parte no ha existido intencionalidad en la generación del pago de Compensación de Cotizaciones con descuento para el EGS; y, por otra la existencia del pago con el reconocimiento de intereses.*

Con relación al Cargo Nº 4:

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones nos impone una sanción en Bolivianos equivalente a $us5.001,00 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Pensiones y artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 219 de 04 de marzo de 2008, por la acreditación de la derechohabiente Elisa Lucero Rivera Troncoso, después de transcurridos 36 meses del fallecimiento del Sr. Valentín Franklin Rivera Fernández, siendo que dicha acreditación obedece estrictamente a las disposiciones que rigen la otorgación del Pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes de Registrados Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones Mensual con arreglo a lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 y demás normativa conexa, por lo que al no tratarse de una prestación por muerte o invalidez, no se puede aplicar lo establecido por el artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, sin embargo es pertinente hacer referencia a lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI Nº 031/2011 de fecha 24 de junio de 2011 como conclusiones referidas a este cargo:

> *"Para el Órgano Regulador, la simple coexistencia de los inciso a) y b) del artículo 3º, numeral I del Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de Mayo de 2007 un carácter excluyente entre los mismos, sin mencionar mayor fundamentación a tal criterio..."*

Sobre este particular se pronuncia el regulado (sic) *a tiempo de confirmar parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/DPC/Nº185-2010, al manifestar en parte de la Resolución ahora Impugnada que:*

> *"Con relación al artículo 3 del Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007, corresponde señalar que el citado artículo en sus incisos a), b) y c) presenta tres opciones para que los derechohabientes de lo* (sic) *Afiliados y Asegurados fallecidos puedan acceder al Pago de la CC mensual..."*

Esta aseveración esta (sic) *completamente alejada de la realidad, pues como se podrá evidenciar de la transcripción que se hace más abajo del citado marco normativo, las tres opciones que se presentan son para la consignación del Afiliado y/o Asegurado en el registro de fallecidos para Compensación de Cotizaciones. Sin embargo de la claridad normativa, el regulador pretende justificarse al señalar luego que:*

> *"Por tanto, el Asegurado que se enmarca en el inciso a) no puede ser el mismo que se enmarca en el inciso b) considerando que el Asegurado, o no cumple requisitos de acceso a la pensión, entendiendo para ello que la Solicitud se presentó en plazo, ó la Solicitud fue presentada fuera de plazo".*

Lo expresado por el regulador, hace imperioso que solicite a su Autoridad se sirva considerar en su integridad el referido artículo que textualmente señala:

> *"ARTÍCULO 3 (REGISTRO DE FALLECIDOS PARA COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES). I. Se amplía el contenido del Artículo 7 del Decreto Supremo Nº 28888 de 18 de octubre de 2006, disponiendo que las Administradoras de Fondos de Pensiones,* ***consignen en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones*** *a:*
>
> *a) Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.*
>
> *b) Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro del vencimiento establecido en la norma vigente.*
>
> *c) Asegurados fallecidos antes de la fecha de inicio del Seguro Social Obligatorio, sin haber accedido a una renta o pago del Sistema de Reparto o sin haber generado una renta por muerte en el citado régimen.*
>
> ***El pago de la Compensación de Cotizaciones para los Derechohabientes de los afiliados y asegurados fallecidos y consignados en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones, se efectuará mediante las Administradoras de Fondos de Pensiones previa verificación del cumplimiento de las edades mínimas requeridas en el Sistema de Reparto,*** *por parte del Titular fallecido, siguiendo el procedimiento establecido para el pago de Compensación de Cotizaciones, (las negrillas son*

nuestras)".

De la norma transcrita se desprende palmariamente dos extremos completamente claros y de entendimiento inexcusable:

Primero: *Establece qué Afiliados y/o Asegurados pueden ser consignados en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones.*

Segundo: *El Pago a los derechohabientes de Afiliados y/o Asegurados ya consignados en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones se efectuará a través de las AFP al cumplimiento de las edades mínimas requeridas en el Sistema de Reparto. Para mayor abundamiento es preciso remitirse a la reglamentación del artículo 3 del citado Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo 2007, que fue establecida mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 545 de 6 de julio de 2007; y de cuyo artículo primero se desprende su objeto, que consiste en establecer:*

1) La norma operativa para el registro de fallecidos para la Compensación de Cotizaciones y, 2) El procedimiento para que los derechohabientes de Primer o Segundo grado, según corresponda, puedan acceder a su pago.

De lo que con meridiana claridad se tiene que una es la operativa para que los Afiliados y/o asegurados sean consignados en el registro; y otro, el procedimiento para que los derechohabientes accedan al pago de la Compensación de Cotizaciones del Causante. Ahora es conveniente señalar que el artículo 5 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, considera que son derechohabientes de primer grado: el cónyuge o conviviente, los hijos desde concebidos no nacidos hasta los 18 años; y, los hijos que sean estudiantes hasta los 25 años de edad. En ese entendido, el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 545 de 6 de julio de 2007 establece que se entenderá por: ***Derechohabientes habilitados para el registro del Causante en el RFCC,*** *a Derechohabientes establecidos en la ley de pensiones; y* ***Derechohabientes habilitados para el pago de la CC del Causante,*** *a los derechohabientes de Primer o Segundo grado en orden de prelación*

Del marco normativo hasta ahora explicado se tiene que independientemente sí el Afiliado o Asegurado fue consignado en el registro de fallecidos para Compensación de Cotizaciones por el inciso a) o b) del Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007, sus derechohabientes de primer y segundo grado en orden de prelación, están habilitados para solicitar el pago de la Compensación de Cotizaciones.

En el caso de autos, la niña Elisa Lucero Rivera Troncoso, cumple las condiciones exigidas por el artículo 5 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, por lo que corresponde que acceda al Pago de Compensación de Cotizaciones. Pese a la claridad del marco normativo que rige la otorgación y pago de la Compensación de Cotizaciones, en una interpretación sesgada para

sancionar a nuestra Administradora de Fondos de Pensiones, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones pretende imputar una infracción al artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 ***que señala el plazo para solicitar las prestaciones por invalidez y muerte:*** *y no así el que se tuviera para solicitar el Pago de Compensación de Cotizaciones. Aspecto que hasta ahora no ha sido justificado ni fundamentado debidamente por la ex AP y actual APS, limitándose a expresar que:*

"...corresponde aclarar que el artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, si bien señala que las prestaciones de invalidez, riesgos profesionales y muerte, deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses, ***no limita que dicho plazo se aplicado a todas las prestaciones o pagos del SSO. incluyéndose la Compensación de Cotizaciones,*** *la cual a la fecha de emisión de la citada Ley no se encontraba establecida, ya que fue aprobada mediante decreto* (sic) *Supremo Nº 26069 de 09 de febrero de 2001." (las negrillas y subrayado son nuestros).*

Lo cual constituye en una interpretación arbitraria de la citada Ley, sin considerar además, que el regulador no tiene la competencia y atribución de interpretar las Leyes; y que además cae por su propio peso, puesto que el inciso b) del artículo 3 del Decreto Supremo 29138 de 30 de Mayo de 2007, señala que se puede consignar en el registro de fallecidos para Compensación de Cotizaciones a Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro del vencimiento establecido en la norma vigente, que son los 36 meses establecidos por Ley; a lo que se suma el hecho que el pago recién pude ser exigido al cumplimiento de las edades mínimas para el Sistema de Reparto, es decir, 50 años mujeres y 55 años varones.

La otra base para la multa por el Cargo Nº 4 es lo establecido por el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 219 de 04 de marzo de 2008, llamándonos la atención la interpretación parcial que hace la AP de dicho artículo, cuya interpretación en busca de la verdad material establecida por el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo debe ser integral, pues dicho artículo en su parágrafo II establece:

"II. Al fallecimiento del Titular de CC y previa presentación de su Certificado de Defunción original, los pagos a los Derechohabientes con derecho a CC declarados en el Contrato de Pago de CCM, devenga:

> *a) A partir del primer día del mes de fallecimiento del Titular, si la fecha de fallecimiento se produce entre el 1ro. y el 15 del mes inclusive.*
>
> *b) A partir del primer día del mes siguiente de fallecimiento del Titular, si la* (sic) *el fallecimiento se produce en fecha posterior al 15 del mes.*

Los pagos a los derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de Pago de CCM podrán ser solicitados en el plazo de treinta y seis (36) meses a contar de la fecha de fallecimiento del Titular con derecho a CC previa presentación del Certificado de Defunción del Titular y documentos de acreditación, y devengarán a partir de la fecha en la que suscriban el Formulario de Solicitud de Pago de CCM considerando la aplicación de los incisos a) y b) del parágrafo I anterior".

Del análisis de la norma imputada y sancionada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones se tiene que la aplicación de este artículo es específica a la Suscripción del Contrato de Pago de CCM por parte del Afiliado Titular de la CC, es decir, cuando el Afiliado inició y concluyo su trámite de pago de CCM, quien en vida pudo o no declarar a todos sus derechohabientes. Si este Fallece se empieza a pagar a los ya declarados, y si existiesen algunos no declarados por el Titular en su contrato, estos tiene 36 meses desde el fallecimiento para acreditarse. En este caso el contrato no fue suscrito por el Titular, ya que este falleció el 30 de junio de 2004 y la normativa que permite a los derechohabientes acceder al pago de CCM data del año 2007 (Decreto Supremo 29138 de 30 de Mayo de 2007; y. Resolución Administrativa SPVS IP Nº 545 del 6 de julio de 2007).

Como su Autoridad podrá observar nuestra AFP acredito (sic) *y procedió al pago de la Compensación de Cotizaciones a favor de la niña Elisa Lucero Rivera Troncoso, en apego a las disposiciones vigentes en la materia, entendiendo cabalmente los fines perseguidos por el legislador a tiempo de emitir el Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 y la reglamentación efectuada mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 545 de 6 de julio de 2007, en virtud al principio constitucional consagrado en el artículo 158 de la entonces vigente Constitución Política del Estado. Por lo que la disposición resolutoria segunda consignada en la página 13 de la Resolución Administrativa AP/DJ /Nº 185 -2010 de 20 de agosto de obligar a Futuro de Bolivia S.A. AFP a devolver el 20% del monto de CC solicitado al SENASIR, más intereses por el periodo de enero de 2009 a agosto de 2010; el pago del 10% del monto de la CC mas intereses a favor de la Sra. Gloria Solíz Vda. de Rivera por el periodo de enero de 2009 a agosto de 2010; y, desde el mes de septiembre de 2010 pagar con recursos propios el 5% del monto de la CC a la Srta. Ilse Adriana Rivera Arteaga, y el 25% a la Srta. Lucero Rivera Troncoso, no solo es arbitraria, sino que también ilegal, al igual que la complementación efectuada por el regulador que señala que nuestra AFP al momento de dejar de Administrar el SIP, deberá transferir el Capital necesario para el pago de lo dispuesto por la resolución AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de Agosto de 2010, a la cuenta de siniestralidad a valor cuota a la fecha vigente de transferencia, vulnerando así el principio de no reformatio in peus.*

III.- DE LA CONTRADICCIÓN EN LA SANCIÓN:

En los considerandos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI Nº 031/2011 de fecha 24 de junio de 2011 se ha señalado que:

"...con respecto al mismo Cargo Nº 4, ***resulta en una Resolución contradictoria al determinar la inviabilidad de derechos que luego los va a reconocer indebidamente, determinando que las sanciones resulten desproporcionadas e inadecuadas a lo*** (sic) ***fines de la norma,*** *en infracción a los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad, y conforme a los cuales corresponde realizar una adecuada calificación de los Cargos y aplicación de las sanciones emergentes (las negrillas son nuestras)."*

Aspecto que no ha sido considerado, y menos desvirtuado por el regulador a tiempo de confirmar esta sanción, contraviniendo de esta manera lo establecido por el artículo 8, numeral 8.6 de nuestro Contrato de Prestación de Servicios que señala con relación al pago de Prestaciones y Beneficios que: "La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, ***únicamente*** *con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables* (sic) *según corresponda de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias", por lo que no corresponde en ningún caso efectuar pago de Beneficios y/o Prestaciones con recursos propios de la AFP.*

IV.- CONCLUSIONES:

Como se desprende del los argumentos que hemos efectuado con relación a los cargos imputados y sancionados por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual APS), nuestra Administradora ha actuado dentro de los marcos normativos vigentes para la consignación en el Registro de Fallecidos para Compensación de Cotizaciones y pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, por lo que no corresponde la aplicación de la multa ni menos reponer dineros al SENASIR y pagar con recursos propios porcentajes de pensión ni a la Cónyuge ni a las dos hijas del que fuera nuestro Afiliado; y ahora Registrado Fallecido para Compensación de Cotizaciones, motivo por el cual en su momento y precautelando el daño económico a nuestra AFP se pidió el efecto suspensivo de la entonces recurrida Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, solicitud que no fue atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, causando grave perjuicio económico a nuestra AFP. Asimismo, las atribuciones de la ex AP y actual APS se han excedido al obligarnos a pagar con recursos propios un derecho que ellos mismos desconocen, vulnerando no solo el marco normativo que rige el pago de la CC Mensual, sino también el marco contractual para la prestación de servicios suscrito entre el estado Boliviano y nuestra AFP…"

5. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

El día lunes 12 de septiembre de 2011 se llevó adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos señalada a tiempo del Auto de Admisión de fecha 1° de septiembre de 2011, a solicitud expresa de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**

conforme sale en el otrosí del mismo memorial de interposición del Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, lo que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Los actuados cursantes en obrados, fundamentalmente la Nota de Cargos AP/DJ/1926/2010 de 6 de julio de 2010, refieren que en fecha 2 de julio de 2009, la señora Norma Lilian Arteaga Terán, progenitora y consiguientemente tutora legal de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, presentó una nota a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, referida a un reclamo contra **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, sobre su trámite de Retiros Mínimos y de Pago de Compensación Mensual, emergente del fallecimiento del Afiliado fallecido, señor Valentín Franklin Rivera Fernández (NRF 100425082).

Sustanciado el reclamo, ha dado origen al proceso sancionatorio en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones señalada, a cuya sustanciación se han sucedido los recursos que son inherentes, incluyendo el Jerárquico que se resolverá con la emisión de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

La mencionada Nota de Cargos hace referencia a cinco cargos (Nros. 1, 2, 3, 4 y 5), así como en la Resolución Administrativa -sancionadora- AP/DJ/N° 185-2010 de 20 de agosto de 2010; no obstante, a tiempo de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 209-2011 de 4 de agosto de 2011, se sanciona a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** con amonestación no pecuniaria por el Cargo N°5.

Se infiere que tal extremo determina que, a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico de fecha 25 de agosto de 2011, el mismo se limita a los Cargos N° 1, 2 ,3 y 4, con exclusión del Cargo N° 5, conforme se evidencia del memorial de fojas 386 a 391.

Entonces, en los términos del artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 que establece que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, en la presente oportunidad de resolver el Recurso Jerárquico, resulta no existir fundamento alguno que refiera afectación, lesión o perjuicio que acuse la recurrente con referencia al Cargo N° 5, puesto que la recurrente no ha manifestado ningún agravio contra el mismo, por lo que esta instancia jerárquica considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la

sanción impuesta; en definitiva no existe impugnación alguna referida al Cargo N° 5.

Tal postura que por sí sola basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico; consiguientemente y en observancia al mencionado artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, determina que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración única de los Cargos Nros. 1, 2, 3 y 4 (conforme consta en los numerales infra siguientes), Cargos que según la nota AP/DJ/1926/2010 de 6 de julio de 2010, consisten en:

> "… ***Cargo N° 1:***
>
> *Se presentan indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al Artículo 4 Inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS/077/2005 de 10 de febrero de 2005, debido a que en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado por la cónyuge del Afiliado fallecido en fecha 04 de enero de 2008, no se consideró a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, Derechohabiente a quien la AFP pagó Retiros Mínimos en fecha previa.*
>
> ***Cargo N° 2:***
>
> *Existen indicios de incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, considerando que en la cláusula 24 "Aceptación" del Contrato de Pago de CC Mensual suscrito en fecha 22 de enero de 2008 por la cónyuge del Afiliado, señora Gloria Solíz de Rivera, la AFP incluyó el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, sin que la misma sea parte del Contrato.*
>
> ***Cargo N° 3:***
>
> *Se presentan indicios de incumplimiento al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP aplicó el descuento por servicio de salud a los pagos devengados de CCM realizados a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, correspondientes a los meses de enero, febrero marzo* (sic)*, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2008.*
>
> ***Cargo N° 4:***
>
> *Existen indicios de incumplimiento al artículo 20 de la Ley de Pensiones y artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/219 de 04 de marzo de 2008, debido a que Futuro de Bolivia S.A AFP acreditó a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como Derechohabiente, después de treinta y seis (36) meses de la fecha de fallecimiento del Afiliado señor Valentín Franklin Rivera Fernández…*"

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Cargo N° 1: No consideración de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga en el trámite de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual.-

2.1.1 Antecedentes.-

Como consecuencia del fallecimiento del Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández, acaecido en fecha 30 de junio de 2004, su cónyuge supérstite señora Gloria Solíz viuda de Rivera, suscribió en fecha 13 de agosto de 2004 el Formulario de Solicitud de Pensión por Muerte en FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.

La Administradora de Fondos de Pensiones determinó el rechazo de tal solicitud por cuanto, el Registrado fallecido no cumplía con los requisitos para que sus Derechohabientes puedan acceder a una Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, dando lugar a que los mismos puedan acceder al pago de Retiros Mínimos que refiere el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, acreditándose para el mismo la cónyuge supérstite, señora Gloria Solíz viuda de Rivera en fecha 23 de noviembre de 2004, y su señorita hija Ilse Adriana Rivera Arteaga -representada por su tutora legal en razón de su minoridad, señora Norma Lilian Arteaga Terán- en fecha 28 de marzo de 2005, quien se encontraba recibiendo los pagos conforme al detalle que sale a fojas 22.

Posteriormente, en fecha 4 de enero de 2008, la cónyuge señora Gloria Solíz viuda de Rivera inició el trámite de **Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual** al que FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES dio curso, sin tomar en cuenta a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, no obstante que por el trámite de Retiros Mínimos conocía de su existencia, y que por disposición de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, en su Anexo I, artículo 4º (Verificación de Registros y Documentos) se encontraba obligada a verificar la existencia de Derechohabientes de primer grado "*contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP*."

Lo mismo determinó que la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) imputara a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** "*debido a que en el trámite de Pago de CC Mensual iniciado el 04 de enero de 2008, por la cónyuge del Afiliado fallecido, la AFP no consideró a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, Derechohabiente a quien la AFP pagó Retiros Mínimos en fecha previa*", conforme sale en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, con la aclaración que la actuación de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones refiere la infracción al artículo 4 inciso b) de la **Resolución Administrativa SPVS Nº 077** de 10 de febrero de 2005, debiendo referirse al artículo 4, inciso b) del **Anexo I (Manual de procedimientos de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual) de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077** de 10 de febrero de 2005, extremo que queda esclarecido en virtud al artículo 31 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, y del principio de informalismo previsto por el artículo 4, inciso l) de la misma Ley.

2.1.2. No inclusión de la Derechohabiente de primer grado en la solicitud.-

El Recurso Jerárquico que se analiza, señala que:

"…*El Artículo 4º inciso b) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005 establece que sic "Una vez firmado el Formulario de Recepción de Documentos, es obligación de la AFP verificar en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles que:*

b) La existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP...".

Como consecuencia de dicha verificación, el artículo 5 del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005, establece los pasos y/o acciones a seguir según el resultado de la verificación; y de la lectura e interpretación del mismo, se evidencia claramente la omisión en la que ha incurrido el regulador, ya que no establece que se deban incluir a dichos derechohabientes en la solicitud…"

Corresponde señalar que el artículo 4º, inciso b), del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005, establece que *"Una vez firmado el Formulario de Recepción de Documentos, es obligación de la AFP verificar* (…) *la existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP*"; para **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, dicho artículo y el artículo 5º siguiente (*Resultados de la verificación*) no establecen cuál debe ser el proceder en caso de constatarse la existencia de otros Derechohabientes de primer grado.

No obstante, la recurrente pasa por alto que, el mencionado Anexo I constituye el "Manual de Procedimientos para el Pago de Compensación de Cotizaciones" que obedece a la necesidad de reglamentar los derechos y obligaciones que emergen de una norma más general, como lo es el Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 que en su artículo 26º establece que "***la CC forma parte de las prestaciones del SSO***"; asimismo pasa por alto también que el artículo 63º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones) señala:

ARTÍCULO 63 COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES.

"…*Esta compensación se pagará mensualmente de manera vitalicia* ***mediante una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)*** *o una entidad aseguradora*…

…*si el afiliado fallece antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad,* ***la compensación de cotizaciones se pagará a los Derechohabientes***…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, la Administradora de Fondos de Pensiones, en virtud al "Contrato para la Prestación de Servicios por una Administradora de Fondos de Pensiones" que tiene suscrito, no sólo ha asumido determinadas obligaciones para con los Afiliados cuyos fondos administra, sino también para con los Derechohabientes de los mismos, es decir, los

beneficiarios directos y legales de los Afiliados, según las calidades previstas por el artículo 5 de la Ley Nº 1732, haciendo extensibles también sus deberes y obligaciones a esos Derechohabientes, así como *"solicitar a nombre de los afiliados la compensación de cotizaciones cuando corresponda"* tal como lo establece el artículo 143º, inciso b), del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones).

Lo anterior determina que, si por el trámite de Retiros Mínimos, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** tenía pleno conocimiento de la existencia de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga como hija del fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández acreditada en fecha 28 de marzo de 2005, tenía las obligaciones (con respecto y a favor de ella), de prestarle sus servicios y solicitar a su nombre la Compensación de Cotizaciones.

Consiguientemente, cuando el artículo 4º, inciso b), del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 077 de 10 de febrero de 2005, establece la obligación de la Administradora de Fondos de Pensiones de verificar *"la existencia de Derechohabientes de primer grado contra cualquier otro Formulario de Declaración de Derechohabientes o de solicitud ya existente en la AFP"*, resulta inequívoco que tiene por finalidad el que los Derechohabientes cuya existencia se hubiera determinado, sean tenidos automáticamente en cuenta dentro del trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones, y la razón para ello es obvia: si se conocía de la existencia de una Derechohabiente -como la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga- se debió generar el derecho que a ella le asiste a percibir el veinte por ciento (20%) de las cotizaciones efectuadas por su causante al Sistema de Reparto, de manera tal que a la Administradora de Fondos de Pensiones le correspondía precautelar los derechos de tal Derechohabiente.

Proceder de distinta manera importa, como ha sucedido, el que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** no hubiera cumplido con sus deberes de prestar sus servicios a favor de la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, arriesgando el derecho de la misma de percibir el veinte por ciento (20%) de la Compensación de Cotizaciones que le corresponde al haberse acreditado oportunamente (a tiempo del trámite de Retiros Mínimos) para los beneficios que le eran inherentes.

2.1.3. Reparación de cualquier daño o perjuicio a la Derechohabiente.-

Refiere también el Recurso Jerárquico:

> *"…nuestra Administradora de Fondos de Pensiones pago* (sic) *con recursos propios pensiones devengadas por los meses de enero, febrero y marzo de 2008 reconociendo además un interés aplicando la tasa que resultó mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal, utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor. Lo que si bien a entender de la APS no hace desaparecer la infracción, si repara cualquier daño o perjuicio ocasionado a la derechohabiente, aspecto que no es considerado nuevamente al momento de fijar el monto o cuantía de la sanción pecuniaria…"*

Argumento intrascendente toda vez que, si la Administradora de Fondos de Pensiones hubiese verificado la existencia de la menor Ilse Adriana Rivera Terán, como lo establece la norma, la tutora de la menor hubiese suscrito su Solicitud de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual y recibido el pago que le correspondía en fecha previa, por tanto es evidente que sí se ocasionó un perjuicio a la Derechohabiente en la oportunidad de recibir el veinte por ciento (20%) de la Compensación de Cotizaciones Mensual que le correspondía.

A este respecto, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 031/2011 de 24 de junio de 2011, señala claramente que:

> "…*conocía de su existencia; conducta que lesiona la disposición del artículo 4º (Verificación de Registro y Documentos) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, correspondiendo su sanción conforme lo ha determinado el Ente Regulador en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010*…"

Por lo tanto, existió incumplimiento a lo establecido en el inciso b), del artículo 4º, del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS Nº 77 de 10 de febrero de 2005 y al artículo 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, debido a que Futuro de Bolivia S.A. AFP no actuó con la diligencia necesaria de un buen padre de familia, ni verificó la existencia de la menor para que suscriba su Solicitud de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual oportunamente.

2.1.4. Conclusiones referidas al Cargo Nº 1.-

Resulta evidente que, como emergencia del fallecimiento del Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** dio curso al trámite de **Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual** a solicitud de su cónyuge, sin tomar en cuenta a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, hija del causante y por tanto su Derechohabiente de primer grado, siendo que por un trámite anterior de Retiros Mínimos, conocía de su existencia; conducta que lesiona la disposición del artículo 4º (*Verificación de Registros y Documentos*) del Anexo I de la Resolución Administrativa SPVS/077 de 10 de febrero de 2005, correspondiendo su sanción conforme lo ha determinado el Ente Regulador en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010.

Asimismo, resulta inequívoca la finalidad del mencionado artículo 4º del Anexo I, de que necesaria y obligatoriamente, se considere a los Derechohabientes de primer grado determinados dentro del trámite de Pago de Compensación de Cotizaciones; si la Administradora de Fondos de Pensiones hubiese verificado la existencia de la menor Ilse Adriana Rivera Terán, la tutora de la menor hubiese suscrito su Solicitud de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual y recibido el pago en fecha previa. Por lo tanto, es evidente que sí se ocasionó un perjuicio a la Derechohabiente en la oportunidad de recibir el veinte por ciento (20%) de la Compensación de Cotizaciones Mensual que le

correspondía.

2.2. Cargo Nº 2: Inclusión del nombre de la señora Norma Lilian Arteaga en la cláusula 24 del contrato de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual.

2.2.1. Antecedentes.-

En fecha 22 de enero de 2008, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** suscribe el "Contrato de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual para Derechohabientes a cargo de una Administradora de Fondos de Pensiones" correspondiente al Afiliado fallecido Valentín Franklin Rivera Fernández, y que consta de 24 (veinticuatro) cláusulas, siendo pertinente la transcripción de las siguientes:

"…CLÁUSULA 1. DE LAS PARTES

Son partes en el contrato:

1.1.- Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, representada legalmente por CARLOS HENRY GARRIDO VILLARROEL, en su calidad de Gerente Regional Santa Cruz, con domicilio en SANTA CRUZ en adelante la "AFP Suscriptora"

1.2.- El (La) señor(a) ***GLORIA SOLIZ VILLAGOMEZ VDA. DE RIVERA****, mayor de edad, con Documento de Identidad No. CI 1035428.* (sic)
respectivamente en calidad de conyuge Derechohabientes (sic) *de PRIMER grado del Afiliado fallecido (o del Registrado Fallecido) Sr. (Sra.) VALENTIN FRANKLIN RIVERA FERNANDEZ, con documento de identidad Nº 264286 y NRF 100425082 de 57 años de edad a la fecha de fallecimiento, con domicilio en NORTE AV. ALEMANA Nº 3110, en lo sucesivo el(los) Derechohabiente (s).*

(…)

CLÁUSULA 24. ACEPTACIÓN

Nosotros, CARLOS HENRY GARRIDO VILLARROEL en representación de AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. por una parte y ***NORMA LILIAN ARTEAGA TERÁN*** *por otra, aceptamos todas y cada una de las cláusulas del presente contrato, sujetándonos a su fiel y estricto cumplimiento.*

Fecha: 22 de Enero de 2008

CLÁUSULA 24. ACEPTACIÓN

Nosotros, CARLOS HENRY GARRIDO VILLARROEL en representación de AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. por una parte y ***GLORIA SOLIZ VILLAGOMEZ VDA. DE RIVERA*** *por otra, aceptamos todas y cada una de las cláusulas del presente contrato, sujetándonos a su fiel y estricto cumplimiento.*

Fecha: 22 de Enero de 2008" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Al pie del contrato constan las firmas de los señores Carlos Henry Garrido Villarroel como Gerente Regional Santa Cruz de Futuro de Bolivia S.A. AFP y Gloria Solíz Villagomez Vda. de Rivera como la cónyuge del Afiliado fallecido; no consta la firma de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, ni espacio reservado para lo suscribir dicho contrato.

El extremo dio lugar a la imposición del Cargo N° 2 por parte de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, toda vez que "*la AFP incluyó el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, sin que la misma sea parte del Contrato*".

2.2.2. Proporcionalidad de la sanción.-

El Recurso Jerárquico establece que:

> "*…el error involuntario fue subsanado mediante la suscripción de una adenda al contrato original; y que nuestra Administradora ha actuado* ***sin intencionalidad.*** *Por lo que considerando la línea jurisprudencial sentada por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que en la parte pertinente establece que sic. "Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión." La imposición de una sanción tipificada como leve y sujeta a una sanción pecuniaria de $us1.000,00 (Un mil 0/100* (sic) *Dólares de los Estados Unidos de América) sigue siendo desproporcionada…*"

Antes, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI N° 031/2011 de 24 de junio de 2011, ha señalado que:

> "*…Del cotejo de la fecha de Adenda (15 de abril de 2008) con la del inicio del presente proceso sancionatorio (7 de julio de 2010, cuando se hizo llegar la primera citación para la notificación con los cargos, conforme consta en la nota AP/DJ/1927/2010 de foja 11), resulta que el ente Regulador procedió a sancionar a la recurrente por un extremo que ya se encontraba subsanado;* ***ello no importa que no se hubiera producido una actuación negligente por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones****, y que como tal, esa conducta no sea violatoria a la disposición del artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones). Es pertinente dejar establecido que la interpretación de la Adenda no puede hacérsela con*

independencia del contrato principal, sino que debe entenderse que ambos documentos figuran un único acto…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En ese entendido, el regulado no puede realizar una interpretación parcial de lo mencionado en la Resolución Ministerial Jerárquica, por tanto es evidente que **sí existió negligencia** por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones al considerar en el Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, a la señora Norma Lilian Arteaga Terán, tutora de la Derechohabiente señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, sin que la misma sea parte del Contrato.

Asimismo, es evidente que con dicho error no causó daño alguno a los Derechohabientes, sin embargo, tal como señaló la Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 209-2011 de 4 de agosto de 2011, tal actuación genera desconfianza y susceptibilidad por parte de los Afiliados, Derechohabientes, etc., respecto a la administración del sistema de Seguridad Social de largo plazo realizado por las Administradoras de Fondos de Pensiones.

La parte considerativa de la Resolución Administrativa ahora impugnada, refiere que los fundamentos expresados por esta Autoridad Ministerial Jerárquica en oportunidad del Recurso similar anterior fueron tomados en cuenta, de cuyo efecto y de otros más que allí se señalan, existe diferencia de la sanción originalmente impuesta con relación a la que ahora consta; por tanto y revisados los argumentos del recurso, no existe razón fundada para considerar que exista una desproporción en la sanción que ahora fue impuesta, haciéndose notar que no es la cuantía de la sanción lo que determina su proporcionalidad o desproporcionalidad, sino la correspondencia de la actividad sancionada con sus efectos.

2.2.3 Conclusiones referidas al Cargo N° 2.-

Resulta evidente que, al haber incluido el nombre de la señora Norma Lilian Arteaga en la primera cláusula 24 del contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, **la recurrente ha incurrido en una actuación negligente**, justificando su sanción en la cuantía que señala la Resolución Administrativa impugnada.

2.3. Cargo N° 3: Descuento improcedente en los pagos devengados a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, por concepto de Servicios de Salud.-

2.3.1. Antecedentes.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, a tiempo de pagar las pensiones que correspondieron a la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga por los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de la gestión 2008, le descontó el 3% (tres por ciento) por concepto de servicios de salud, no obstante, a la misma aún no se le habían otorgado las prestaciones de corto plazo que ameriten tal descuento.

Tal conducta es contraria a lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27324 de

22 de enero de 2004, el que a la letra dice:

> "…*ARTÍCULO 32.- (DESCUENTOS PARA SALUD)*
>
> *Se deberá proceder a los descuentos de salud establecidos en el inciso 1) del Articulo 31 de la Ley de Pensiones y, el Artículo 5 del Decreto Supremo N° 24469,* ***a partir del mes en que los Entes Gestores de Salud otorguen las prestaciones de corto plazo*** *a los Afiliados pasivos*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.3.2. Restitución de los descuentos.-

El Recurso Jerárquico alega que:

> "…*solicitamos a su autoridad pueda tomar en cuenta que:*
>
> *a) El pago efectuado a favor de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga fue generado por nuestro sistema informático tomando en cuenta un pago ya asociado al mismo causante y que sí tenía el descuento del 3% para el EGS.*
>
> *b) Sin embargo de lo anterior, nuestra AFP ha restituido los descuentos efectuados a la pensión correspondiente de la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga con recursos propios aplicando la tasa que resultó mayor entre la rentabilidad promedio del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal, utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor.*
>
> *Lo anterior si bien no desvirtúa la infracción imputada, se constituye en un atenuante, toda vez que sopor* (sic) *una parte no ha existido intencionalidad en la generación del pago de Compensación de Cotizaciones con descuento para el EGS; y, por otra la existencia del pago con el reconocimiento de intereses*…"

A este respecto y al tenor del artículo 35°, inciso c), de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, está claro que la infracción sí ocurrió al haberse procedido a los descuentos cuando, de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 32° del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, esto debió haber sucedido "*a partir del mes en que los Entes Gestores de Salud otorguen las prestaciones de corto plazo*".

Por tanto, constituyendo una rebaja ilegítima del monto que en calidad de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual le correspondía a la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga, ameritó su devolución a ella en los términos señalados por la propia recurrente; consiguientemente la devolución de los dineros descontados, como bien señala la recurrente, no desvirtúa el Cargo imputado; asimismo y como atenuante, ha sido tomado en cuenta por quien tiene la competencia legal para imponer la sanción (el Ente Regulador), por cuanto lo mismo no justifica la falta de administración y control que debe tener la Administradora de Fondos de Pensiones, respecto al proceso de los trámites, toda

vez que independientemente de que existan o no otros pagos asociados al mismo causante, debe procesar los pagos de manera independiente, a fin de evitar, como sucedió en el presente caso, un perjuicio a los Derechohabientes.

2.3.3 Conclusiones referidas al Cargo N° 3.-

Resulta evidente que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** ha aplicado descuentos por servicios de salud, a los pagos devengados de Compensación de Cotizaciones Mensual que se realizaron a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga, cuando la misma no se beneficiaba de tal servicio, lo que importando una conducta que transgrede la disposición del artículo 32º del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, amerita la sanción conforme lo determinado por el Ente Regulador en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2010, sin que resulte eximente de la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones infractora, ni mayor atenuante, el que se hubieran restituido los dineros descontados.

El hecho de la restitución de los pagos mal realizados a la Derechohabiente Ilse Adriana Rivera Arteaga, no deslinda la responsabilidad del regulado respecto al perjuicio ocasionado, más aún si durante ese periodo no recibió atención de salud alguna.

2.4. Cargo N° 4: Acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso como derechohabiente, después de treinta y seis meses de fallecido su Causante.-

2.4.1 Antecedentes.-

Conforme se tiene afirmado en el numeral 2.1 supra, el Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández falleció en fecha 30 de junio de 2004.

En la posición de la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, expresada en la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2011 de 20 de agosto de 2011, tal fecha determinó el inicio del plazo a efectos del pago de Compensación de Cotizaciones Mensual en cuanto al pago a los Derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el contrato, criterio que se fundamenta en los artículos 20º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones), modificado por el artículo 27º de la Ley Nº 2064 de 3 de abril de 2000 (de Reactivación Económica), y 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 219 de 4 de marzo de 2008.

Conforme consta a fojas 53, en oportunidad de la Resolución Administrativa sancionatoria, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ha señalado que:

> "…*Los Derechohabientes del señor Rivera podían ser acreditados hasta el 30 de junio de 2007, sin embargo, la AFP aceptó la acreditación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso el 10 de enero de 2009, fecha en la que suscribió la Adenda al Contrato de Pago de CC Mensual, es decir* ***sesenta y seis (66) meses después del fallecimiento del Titular****, generando con la suscripción de la Adenda y el pago correspondiente un derecho a la mencionada señorita Elisa Rivera…*" (las negrillas son insertas en la

presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Radicando en ello el motivo a la imputación del Cargo por el que se le impuso la sanción a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

2.4.2 Del incumplimiento al artículo 20º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.-

El Recurso Jerárquico establece que la Acreditación:

> **"…***obedece estrictamente a las disposiciones que rigen la otorgación del Pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes de Registrados Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones Mensual con arreglo a lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007 y demás normativa conexa, por lo que al no tratarse de una prestación por muerte o invalidez, no se puede aplicar lo establecido por el artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones,…"*

En el entender de la recurrente, refiriéndose el caso de autos al **pago de Compensación de Cotizaciones para Derechohabientes de Registrados Fallecidos con derecho a Compensación de Cotizaciones Mensual**, no se trata de la **Prestación por Muerte o Invalidez** establecida por el artículo 20º de la Ley Nº 1732, por lo que no le sería aplicable la consideración sobre los 36 meses a los que se refiere esta norma.

Sobre este punto se pronunció en su oportunidad la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 de 4 de agosto de 2011, cuando señala:

> "…*Sobre lo expresado por la AFP, corresponde aclarar que el artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, si bien señala que las prestaciones de invalidez, riesgos profesionales y muerte, deberán ser exigidas en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses,* ***no limita que dicho plazo sea aplicado a todas las prestaciones o pagos del SSO, incluyéndose la Compensación de Cotizaciones****, la cual a la fecha de emisión de la citada Ley no se encontraba establecida, ya que fue aprobada mediante Decreto Supremo Nº 26069 de 09 de febrero de 2001*…" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En ese entendido y conforme a lo establecido en el artículo 26º del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004, determina que "***la CC forma parte de las prestaciones del SSO***" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), haciendo por tanto extensible los criterios de gestión del régimen del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, a los de la de Compensación de Cotizaciones Mensual.

2.4.3. **Del pago a ser realizado por la Administradora de Fondos de Pensiones.-**

El Recurso Jerárquico establece también:

"…***se tiene que independientemente sí el Afiliado o Asegurado fue consignado en el registro de fallecidos para Compensación de Cotizaciones por el inciso a) o b) del Decreto Supremo Nº 29138 de 30 de mayo de 2007, sus derechohabientes de primer y segundo grado en orden de prelación, están habilitados para solicitar el pago de la Compensación de Cotizaciones.*** *En el caso de autos, la niña Elisa Lucero Rivera Troncoso, cumple las condiciones exigidas por el artículo 5 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, por lo que corresponde que acceda al Pago de Compensación de Cotizaciones...*"

Por pertinente, se relacionan los hechos inherentes al caso:

El Afiliado Valentín Franklin Rivera Fernández falleció en fecha 30 de junio de 2004 a los cincuenta y siete (57) años de edad; posteriormente, en fecha 13 de agosto de 2004 y dentro de los treinta y seis (36) meses siguientes a tal fallecimiento, la señora Gloria Solíz Vda. de Rivera (cónyuge) presentó su solicitud de Pensión por Muerte.

Como se conoce, debido a que el trámite de Pensión por Muerte no cumplía los requisitos establecidos en normativa vigente, la solicitud fue rechazada, por lo que la cónyuge suscribió su Solicitud de Retiros Mínimos en fecha 23 de noviembre de 2004, y posteriormente la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga -mediante su tutora legal- suscribió la Solicitud de Retiros Mínimos en fecha 28 de marzo de 2005, también dentro de los treinta y seis (36) meses siguientes al fallecimiento del Afiliado.

Es importante señalar que el artículo 63º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala que *si el Afiliado fallece antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad, la compensación de cotizaciones se pagará a los Derechohabientes, de manera vitalicia, a partir de la fecha en la que el Afiliado hubiera cumplido los sesenta y cinco (65) años de edad.*

En fecha 18 de octubre de 2006, mediante Decreto Supremo 28888 se establece lo siguiente:

"…*ARTÍCULO 7.- (REGISTRO DE FALLECIDOS PARA COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES - RFCC)*

I. Las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP's, deberán habilitar el RFCC de personas con derecho a la Compensación de Cotizaciones, que no se hubieran registrado como afiliados o hubieran fallecido.

II. La solicitud de inscripción en el RFCC, será realizada por los derechohabientes de primer o segundo grado, cumpliendo con la presentación de la documentación…"

Asimismo, en fecha 30 de mayo de 2007 mediante el artículo 3, numeral I, del Decreto Supremo Nº 29138:

"Se *amplía el contenido del Artículo 7 del Decreto Supremo Nº 28888 de 18 de octubre de 2006, disponiendo que las Administradoras de Fondos de Pensiones, consignen en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones a:*

a. Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

b. Afiliados fallecidos por los cuales ***no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro el vencimiento establecido en la norma vigente*** (caso al que la recurrente pretende se acomode la Derechohabiente Srta. Elisa Lucero Rivera Troncoso, con prescindencia del registro de su causante ya existente; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

c. Asegurados fallecidos antes de la fecha de inicio del Seguro Social Obligatorio, sin haber accedido a una renta o pago del Sistema de Reparto o sin haber generado una renta por muerte en el citado régimen…"

Al respecto, resulta trascendental determinar las características de los incisos transcritos (con prescindencia del inciso c) toda vez que el mismo no hace a la controversia que se analiza), siendo pertinente definirlos como sigue:

Inciso a): Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del Seguro Social Obligatorio de largo plazo: caso reservado a los Afiliados fallecidos que no cumplen con los requisitos de cobertura para que sus Derechohabientes puedan acceder a una Pensión por Muerte (no obstante haber presentado estos su solicitud dentro del plazo determinado en el artículo 20 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones: treinta y seis -36- meses posteriores al fallecimiento), determinando que puedan acceder a una Compensación de Cotizaciones.

A este criterio se acomodan las Derechohabientes:

- Señora Gloria Solíz Vda. de Rivera (cónyuge), quien presentó su Solicitud de Pensión por Muerte en fecha 13 de agosto de 2004, dentro de los treinta y seis (36) meses siguientes a la fecha de fallecimiento del Afiliado. No obstante el rechazo al no cumplir este con los requisitos establecidos para acceder a una Pensión por Muerte, tal Solicitud originó el Pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual en favor de la cónyuge.

- Señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga (hija), quien se acreditó como Derechohabiente de primer grado y se habilitó para acceder al Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual, a través de la suscripción de la Solicitud de Retiros Mínimos de fecha 28 de marzo de 2005, lo que también sucedió dentro del plazo de los 36 meses siguientes al fallecimiento del causante.

Inciso b): Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo dentro el vencimiento establecido en la norma vigente: a diferencia de la anterior, esta casuística se aplica a los Afiliados fallecidos cuyos Derechohabientes también tienen derecho a la Compensación de Cotizaciones, empero que **NO** presentaron su Solicitud de Pensión por Muerte dentro del plazo de treinta y seis (36) meses posteriores al fallecimiento (independientemente de si cumplen o no con los requisitos de cobertura para acceder a una Pensión por Muerte), **caso al que corresponde la Derechohabiente señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso (y cuya situación, en definitiva, se cuestiona a través del Cargo Nº 4)**, quien a través de la señora María del Carmen Troncoso de Ruck (su tutora legal dada su minoridad) presentó su solicitud de acreditación en fecha 16 de diciembre de 2008, es decir, 53 (cincuenta y tres) meses después de fallecido su causante.

A este respecto, la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 de 4 de agosto de 2011, ha establecido que:

> *"…Con relación al artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, corresponde señalar que el citado artículo en sus incisos a), b) y c) presenta tres opciones para que los Derechohabientes de los Afiliados y Asegurados fallecidos puedan acceder al Pago de la CC Mensual,* (…)
>
> *Al respecto, cabe precisar que los citados incisos hacen mención a los requisitos que deben cumplir los Asegurados fallecidos para que sus Derechohabientes accedan al pago de la CC. Los incisos a) y b) se refieren a los Titulares que aportan al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y el inciso c) a los Titulares que aportaron al Sistema de Reparto (antiguo Sistema de Pensiones)* (…)
>
> *Por tanto, el Asegurado fallecido que se enmarca en el inciso a) no puede ser el mismo que se enmarca en el inciso b) considerando que el Asegurado, o no cumple requisitos de acceso a la pensión, entendiendo para ello que la Solicitud se presentó en plazo, ó la Solicitud fue presentada fuera del plazo.*
>
> *Por lo cual, entre ambos incisos, a) y b) se considera a todo el universo de Asegurados fallecidos que pueden generar el derecho al pago de CC sea porque se ha presentado la Solicitud de Pensión por Muerte dentro de plazo establecido en norma (inciso a) o por no haberse presentado la misma dentro de dicho plazo (inciso b).*
>
> *También es importante recalcar que el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 cita en sus incisos a), b) y c) i. "Afiliados" o "Asegurados", es decir hace referencia a los **Titulares de la CC**, por lo que la verificación de acceso se realiza en base a los Titulares, en ningún momento a los Derechohabientes, como ha pretendido interpretar Futuro de Bolivia S.A AFP. Por tanto, si bien éstos son acreedores al pago, su acceso se califica en base al **Asegurado y no al grupo familiar**, no correspondiendo en este caso que un grupo familiar acceda al pago de CC por el*

inciso a) y otro grupo por el inciso b) ya que la aplicación de dichos incisos para un mismo Titular no puede ser simultánea por lo mencionado ampliamente (el subrayado en inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

(…)

En este caso el Asegurado se enmarcaba en el inciso a), por lo que no podía estar enmarcado también en el inciso b) del citado artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138. En consecuencia, no corresponde en absoluto la aplicación del inciso b) ya que ***existe una Solicitud de Pensión por Muerte presentada en plazo siendo que dicho inciso señala como condición sine qua non, el que no se hubiese presentado la misma en plazo****…"*

Por pertinente y necesario, se transcribe la siguiente normativa:

- Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, en su artículo 5° establece que:

  "***Derechohabientes:*** *Son las personas de uno de los siguientes grados:*

  Primer Grado: Son en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, mientras no contraiga nuevo matrimonio o sostenga relación de convivencia, y los hijos del Afiliado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos hasta los dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta los veinticinco (25) años de edad o los que sean declarados inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa.

  Segundo Grado: Son, en orden de prelación, los progenitores y los hermanos menores de dieciocho (18) años de edad del Afiliado, si este los declara expresamente a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) o a la entidad aseguradora, cuando contrate un Seguro Vitalicio o Mensualidad Vitalicia Variable, según corresponda.

  Tercer Grado: Son, las personas que no pertenecen a cualquiera de los grados anteriores y que son declarados libremente por el Afiliado…"

- El Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, señala lo siguiente:

  "***ARTÍCULO 3.- (REGISTRO DE FALLECIDOS PARA COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES).***

  1. *Se amplía el contenido del Artículo 7 del Decreto Supremo N° 28888 de octubre de 2006, disponiendo que las Administradoras de Fondos de Pensiones, consignen en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones a:*

     a) Afiliados fallecidos sin cobertura para las prestaciones por muerte del

Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

b) Afiliados fallecidos por los cuales no se hubiese presentado una solicitud de pensión por muerte en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, dentro del vencimiento establecido en la norma vigente.

c) Asegurados fallecidos antes de la fecha de inicio del Seguro Social Obligatorio, sin haber accedido a una renta o pago del Sistema de Reparto o sin haber generado una renta por muerte en el citado régimen.

El pago de Compensación de Cotizaciones para los Derechohabientes de los afiliados y asegurados fallecidos y consignados en el Registro de Fallecidos para la Compensación de Cotizaciones, se efectuará mediante las Administradoras de Fondos de Pensiones previa verificación del cumplimiento de las edades mínimas requeridas en el Sistema de Reparto, por parte del Titular fallecido, siguiendo el procedimiento establecido para el pago de Compensación de Cotizaciones…"

- Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 545 de 6 de julio de 2007:

*"**ARTÍCULO 2.- (REGISTRO DE FALLECIDOS CON DERECHO A CC).***

Las AFP deben administrar el Registro de Fallecidos para la CC (RFCC) en una Base de Datos compuesta por el registro de Asegurados fallecidos y Afiliados fallecidos con derecho a CC, descritos en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007 y en el artículo 7 del Decreto Supremo N° 28888 de 18 de octubre de 2006…"

*"… **Derechohabientes habilitados para el registro del Causante en el RFCC,** a Derechohabientes establecidos en la Ley de Pensiones.*

***Derechohabientes habilitados para el pago de la CC del Causante,** a los Derechohabientes de Primer o Segundo Grado, en orden de prelación…"*

En ese entendido, desde la emisión del Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, las Administradoras de Fondos de Pensiones, pueden habilitar en el Registro de Fallecidos de Compensación de Cotizaciones, a los Afiliados fallecidos que se encuentren contemplados en cualquiera de los tres incisos establecidos en el artículo 3° del mencionado Decreto Supremo, ya sea que: a) el Afiliado fallecido no cuente con cobertura para que sus Derechohabientes accedan a una Pensión por Muerte, b) que los Derechohabientes del Afiliado fallecido no hubiesen presentado su Solicitud de Pensión por Muerte en el plazo de treinta y seis (36) meses desde su fallecimiento, o c) que el Afiliado hubiese fallecido antes del inicio del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y sus Derechohabientes no cuenten con una renta por muerte en el Sistema de Reparto.

La solicitud de inscripción en el Registro de Fallecidos de Compensación de Cotizaciones, puede ser realizada por los Derechohabientes establecidos en la Ley de Pensiones, es decir: cónyuge o conviviente, hijos, padres, hermanos y los declarados libremente por el Afiliado que no sean de primer o segundo grado, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en normativa vigente.

Una vez que el Afiliado fallecido se encuentre consignado en el Registro de Fallecidos de Compensación de Cotizaciones, ésta se encuentre emitida y el Afiliado cuente con la edad mínima requerida en el Sistema de Reparto, sus Derechohabientes de Primer y Segundo Grado (cónyuge o conviviente, hijos, padres o hermanos), pueden acceder al pago de Compensación de Cotizaciones Mensual.

En el caso de autos, al fallecimiento del Afiliado acaecido en fecha 30 de junio de 2004, la cónyuge y la menor Ilse Adriana Rivera Arteaga se acreditaron dentro de los treinta y seis (36) meses desde la fecha de fallecimiento del Afiliado, a través de la presentación de la Solicitud de Pensión por Muerte y la Solicitud de Retiros Mínimos, respectivamente.

No obstante, estas Derechohabientes no pudieron acceder al pago de una Pensión por Muerte, debido a que el Afiliado no cumplía con los requisitos de cobertura establecidos para el efecto, por lo que con la ampliación realizada con el Decreto Supremo N° 29138 de 30 de mayo de 2007, sus Derechohabientes pudieron inscribir al Afiliado en el Registro de Fallecidos de Compensación de Cotizaciones Mensual, conforme al inciso a) del artículo 3º del mencionado Decreto Supremo (Afiliados fallecidos sin cobertura para una prestación por muerte) y de esta manera, acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual.

Empero en el caso de la Derechohabiente Elisa Lucero Rivera Troncoso, su tutora legal -al ser la misma menor de edad- presentó su Solicitud de Compensación de Cotizaciones Mensual, posteriormente, en fecha 16 de diciembre de 2008, después de los treinta y seis (36) meses de la fecha de fallecimiento del Afiliado.

Ahora bien; toda vez que el Afiliado Valentín Franklin Rivera ya se encontraba inscrito en el Registro de Fallecidos de Compensación de Cotizaciones, y con pagos de Compensación de Cotizaciones realizados a dos Derechohabientes acreditadas en fecha anterior, no correspondía nuevamente el registro del Afiliado en el RFCC por otro inciso (b) del artículo 3 del Decreto Supremo N° 29183 de 30 de mayo de 2007, para que la menor Elisa Lucero Rivera Troncoso acceda posteriormente al pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual, por haberse acreditado fuera del plazo establecido en normativa vigente.

La Resolución Administrativa recurrida establece que:

> *"…el artículo 3 del Decreto Supremo N° 29138 cita en sus incisos a), b) y c) i. "Afiliados" o "Asegurados", es decir hace referencia a los* ***Titulares de la CC****, por lo que la verificación de acceso se realiza en base a los Titulares, en ningún momento a los Derechohabientes, como ha pretendido interpretar Futuro de Bolivia S.A AFP. Por tanto, si bien éstos son acreedores al pago, su acceso se califica en base al*

***Asegurado y no al grupo familiar**, no correspondiendo en este caso que un grupo familiar acceda al pago de CC por el inciso a) y otro grupo por el inciso b) ya que la aplicación de dichos incisos para un mismo Titular no puede ser simultánea por lo mencionado ampliamente…*"

Tal expresión amerita un análisis particular:

- El Derecho a la Seguridad Social goza de la protección del Estado por cuanto se constituye en un derecho fundamental de trascendencia constitucional y de interés público; consiguientemente, cualquier registro que la norma disponga y que tenga que ver con el mismo, resulta en un registro público, independientemente de quién sea el que lo administre (o el Estado directamente o a través de un administrador privado delegado), y de la forma o motivo para ello.

- Entonces, el Registro de Fallecidos de Compensación de Cotizaciones tiene la calidad de registro público, que como tal obedece a sus características fundamentales: oponibilidad de derechos frente a terceros, prioridad en el tiempo de la inscripción, preferencia de los derechos que otorga el registro, e impenetrabilidad, que tienen como propósito impedir que se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otros ya inscritos.

- Según la entidad recurrida, al referirse el artículo 3º del Decreto Supremo Nº 29138 a los Afiliados o Asegurados "*hace referencia a los **Titulares de la CC***", entonces resulta -como dice su nombre- en un **Registro de Fallecidos** (no de beneficiarios) de Compensación de Cotizaciones.

Consiguientemente, no está en tela de juicio si la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso cumplía o no las condiciones exigidas por el artículo 5º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 a efectos de solicitar los beneficios que ella creyere le correspondían, sino si se encontraba dentro del plazo normativo para hacerlo una vez que su beneficiario se encontraba registrado en el Registro de Fallecidos de Compensación de Cotizaciones, haciendo intrascendentes la serie de fundamentos expresados a este respecto en el memorial del Recurso Jerárquico.

Por tanto, se justifica la conclusión del Ente Regulador, cuando en la resolución impugnada señala que "*el Asegurado se enmarcaba en el inciso a), por lo que no podía estar enmarcado también en el inciso b) del citado artículo 3 del Decreto Supremo Nº 29138. En consecuencia, no corresponde en absoluto la aplicación del inciso b) ya que existe una Solicitud de Pensión por Muerte presentada en plazo siendo que dicho inciso señala como condición sine qua non, el que no se hubiese presentado la misma en plazo*".

2.4.4. Aplicabilidad del artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 219 de 04 de marzo de 2008 al caso de autos.-

El recurrente señala también que:

"…*Del análisis de la norma imputada y sancionada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones* -se refiere al artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 219 de 04 de marzo de 2008- *se tiene que la aplicación de este artículo es específica a la Suscripción del Contrato de Pago de CCM por parte del Afiliado Titular de la CC, es decir, cuando el Afiliado inició y concluyo su trámite de pago de CCM, quien en vida pudo o no declarar a todos sus derechohabientes. Si este Fallece se empieza a pagar a los ya declarados, y si existiesen algunos no declarados por el Titular en su contrato, estos tiene 36 meses desde el fallecimiento para acreditarse. En este caso el contrato no fue suscrito por el Titular, ya que este falleció el 30 de junio de 2004 y la normativa que permite a los derechohabientes acceder al pago de CCM data del año 2007 (Decreto Supremo 29138 de 30 de Mayo de 2007; y. Resolución Administrativa SPVS IP Nº 545 del 6 de julio de 2007)*…"

Al respecto, el artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 219 de 4 de marzo de 2008, señala lo siguiente:

"…*Los pagos a los Derechohabientes de Primer Grado que no fueron declarados en el Contrato de pago de CCM podrán ser solicitados en el plazo de treinta y seis (36) meses a contar de la fecha de fallecimiento del Titular con derecho a CC previa presentación del Certificado de Defunción del Titular y documentación de acreditación y devengarán a partir de la fecha en la que suscriban el Formulario de Solicitud de Pago de CCM, considerando la aplicación de los inciso a) y b) del parágrafo I anterior*…"

De lo transcrito, si bien la norma establece un plazo de treinta y seis meses para la acreditación de Derechohabientes que no se encuentren declarados en el Contrato de pago de Compensación de Cotizaciones Mensual suscrito en vida por el Afiliado, es evidente que dicho plazo también es aplicable para la acreditación de Derechohabientes cuyo Afiliado falleció sin suscribir ni Solicitud, ni Contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual.

Por tanto, el Regulado ahora recurrente, no puede aplicar la norma de manera discriminatoria, toda vez que el plazo establecido para un grupo de Derechohabientes cuyo Afiliado los declaró al suscribir un Contrato antes de su fallecimiento, es igual al plazo que se debe aplicar a los Derechohabientes cuyo Afiliado no accedió en vida a dichos pagos, que por derecho les corresponde.

En definitiva, no es admisible el argumento presentado por la Administradora de Fondos de Pensiones, toda vez que el Afiliado falleció en fecha 30 de junio de 2004 y la Solicitud de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual fue suscrita por la tutora de la menor Elisa Lucero Rivera Troncoso en fecha 16 de diciembre de 2008, más de treinta y seis (36) meses de la fecha de fallecimiento, evidenciándose el incumplimiento a lo establecido en el artículo 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 219 de 4 de marzo de 2008.

2.4.5. Inexistencia de contradicción.-

En la conclusión de sus alegatos, la recurrente señala:

> "…*En los considerandos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI Nº 031/2011 de fecha 24 de junio de 2011 se ha señalado que:*
>
> > *"...con respecto al mismo Cargo Nº 4,* ***resulta en una Resolución contradictoria al determinar la inviabilidad de derechos que luego los va a reconocer indebidamente, determinando que las sanciones resulten desproporcionadas e inadecuadas a lo*** *(sic)* ***fines de la norma,*** *en infracción a los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad, y conforme a los cuales corresponde realizar una adecuada calificación de los Cargos y aplicación de las sanciones emergentes (las negrillas son nuestras)."*
>
> *Aspecto que no ha sido considerado, y menos desvirtuado por el regulador a tiempo de confirmar esta sanción*…"

El extremo tiene que ver con la situación de la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, de quien la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2011, ha dicho:

> "…*constituye un despropósito sostener que la Derechohabiente señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, pueda haber adquirido el derecho al Pago de CC Mensual con posterioridad al plazo establecido por la norma en aplicación de un principio general del derecho, más aún si se considera que en ningún momento la AFP demostró documentalmente una justificación de la demora en la acreditación de la Derechohabiente*…"

Contrariamente a ello, la misma Resolución Administrativa, en el artículo segundo, parágrafo IV, viene a disponer:

> "…*IV.- Desde el mes de septiembre de 2010, Futuro de Bolivia S.A. AF deberá realizar con recursos propios, el pago del 5% de la CC a la señorita Ilse Adriana Rivera Arteaga y el pago del 25% de la CC a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, hasta que se extingan sus derechos*…"

Al presente, tal observación resulta subsanada, por cuanto la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 de 4 de agosto de 2011-recurrida-, señala que:

> "…*Con respecto a los derechos adquiridos, cabe indicar que al haber acreditado la AFP, a la Srta. Elisa Lucero Rivera Troncoso, le ha generado el derecho al Pago de CC Mensual, el cual se ha visto consolidado para la Derechohabiente, sin que la AFP arguya restricción legal alguna para no efectivizarlo. Por lo tanto, al ser una obligación generada por la AFP corresponde que la misma continúe siendo realizada con sus propios recursos; sin embargo, aquellos pagos que fueron*

realizados contraviniendo la norma, corresponde sean restituidos al TGN. Asimismo con relación a los conceptos de retroactividad y ultraactividad de la Ley, los mismos no corresponden por los motivos descritos anteriormente…"

Corresponden entonces las siguientes puntualizaciones:

- La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI Nº 031/2011 de fecha 24 de junio de 2011, ha calificado como contradictoria a la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de 20 de agosto de 2011, por sostener que es un despropósito el que la Derechohabiente señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso, pueda haber adquirido el derecho al Pago de CC Mensual con posterioridad al plazo establecido por la norma en aplicación de un principio general del derecho, y sin embargo, contrariamente a ello, la misma Resolución Administrativa dispone el pago a la misma persona "*del 25% de la CC…hasta que se extingan sus derechos*".

- El Recurso Jerárquico ha acusado que el extremo no ha sido considerado ni desvirtuado a tiempo de confirmarse esta sanción, no obstante, el Ente Regulador sí se pronunció sobre el extremo a tiempo de la Resolución Administrativa ahora recurrida, cuando determinó que "*al haber acreditado la AFP, a la Srta. Elisa Lucero Rivera Troncoso, le ha generado el derecho al Pago de CC Mensual…al ser una obligación generada por la AFP corresponde que la misma continúe siendo realizada con sus propios recursos...*"

Es pertinente recordar que las Administradoras de Fondos de Pensiones, están obligadas a representar a los Afiliados, conforme lo establece el artículo 31º, inciso e), de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones), por tanto, ha sido su actuación a favor de la Srta. Elisa Lucero Rivera Troncoso la que ha generado el derecho a favor de ella, Derecho que al estarse ejerciendo ha determinado la calidad señalada de derecho adquirido, con las expectativas emergentes de ello para la beneficiaria, y que determinan la subsistencia y viabilidad jurídica a lo señalado por la recurrente en el artículo segundo, numeral IV, de la Resolución Administrativa recurrida: "*el pago del 25% de la CC a la señorita Elisa Lucero Rivera Troncoso*" en las condiciones allí también establecidas.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, y el artículo 61 de la Ley Nº 2341 del Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá CONFIRMAR con alcance total la Resolución Impugnada.

POR TANTO:

El Ministerio de Economía y Finanzas Publicas con las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 209-2011 de fecha 4 de agosto de 2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 185-2010 de fecha 20 de agosto de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros).

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
Ministro de Economía y Finanzas Públicas

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

ESTADÍSTICAS

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS - UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA - GESTIÓN 2011

Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
1	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/001/2011	10/01/2011	REVOCA TOTALMENTE
2	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/002/2011	14/01/2011	CONFIRMA PARCIALMENTE
3	ASFI	BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/003/2011	20/01/2011	ANULA
4	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/004/2011	24/01/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
5	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/005/2011	28/01/2011	CONFIRMA
6	ASFI	BISA S.A. AGENCIA DE BOLSA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/006/2011	28/01/2011	REVOCA
7	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/007/2011	01/03/2011	ANULA
8	ASFI	JULIO H. VALENZUELA - ASOCIACIÓN ACCIDENTAL "COINBOL - JUVALGO"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/008/2011	09/03/2011	CONFIRMA
9	ASFI	SERVICIO DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN SERPREC LTDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/009/2011	18/03/2011	ANULA
10	ASFI	VALORES UNION S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/010/2011	22/03/2011	REVOCA
11	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/011/2011	22/03/2011	ANULA
12	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/012/2011	30/03/2011	ANULA
13	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/013/2011	11/04/2011	ANULA
14	AP	VALENTIN IBAÑEZ MAMANI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/014/2011	11/04/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
15	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/015/2011	11/04/2011	ANULA
16	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/016/2011	13/04/2011	REVOCA PARCIALMENTE
17	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA - ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/017/2011	21/04/2011	ANULA
18	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/018/2011	25/04/2011	ANULA
19	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/019/2011	28/04/2011	ANULA
20	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/020/2011	28/04/2011	REVOCA PARCIALMENTE
21	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/021/2011	29/04/2011	ANULA
22	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO FATIMA LTDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/022/2011	03/05/2011	ANULA
23	ASFI	BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/023/2011	04/05/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
24	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/024/2011	06/05/2011	ANULA
25	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/025/2011	06/05/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
26	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/026/2011	06/05/2011	ANULA
27	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/027/2011	09/05/2011	ANULA
28	ASFI	JANETH JIMENA PRADO CRESPO, FELIPE EDGAR ALIAGA MACHICADO, SERPREC LTDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/028/2011	27/05/2011	ANULA
29	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "EL CHOROLQUE" LTDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/029/2011	27/05/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
30	ASFI	SUDAVAL AGENCIA DE BOLSA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/030/2011	09/06/2011	ANULA
31	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/031/2011	24/06/2011	ANULA
32	AP	ROGER RAMIREZ CALLE	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/032/2011	24/06/2011	CONFIRMA
33	ASFI	BDP SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/033/2011	13/07/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
34	ASFI	FITCH RATINGS LIMITED	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/034/2011	13/07/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
35	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/035/2011	13/07/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
36	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/036/2011	03/08/2011	ANULA
37	ASFI	RONALD YURY RODRIGUEZ URQUIDI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/037/2011	15/08/2011	ANULA
38	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/038/2011	17/08/2011	ANULA
39	AP	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/039/2011	18/08/2011	REVOCA
40	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/040/2011	23/08/2011	CONFIRMA TOTALMENTE

Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
41	ASFI	COOPERATIVA DEAHORRO Y CRÉDITO ABIERTA CATEDRAL LTDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/041/2011	01/09/2011	ANULA
42	ASFI	JAVIER HINOJOSA SANTALLA - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/042/2011	02/09/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
43	ASFI	JAVIER HINOJOSA SANTALLA - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/043/2011	02/09/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
44	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA"CATEDRAL DE TARIJA LTDA"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/044/2011	14/09/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
45	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/045/2011	16/09/2011	REVOCA TOTALMENTE
46	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/046/2011	16/09/2011	REVOCA TOTALMENTE
47	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO "EL PROGRESO"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/047/2011	16/09/2011	ANULA
48	ASFI	SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/048/2011	30/09/2011	CONFIRMA PARCIALMENTE
49	ASFI	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE INVERSIÓN MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/049/2011	06/10/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
50	ASFI	JULIO CARLOS PINTO - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/050/2011	11/10/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
51	ASFI	KARINA ROJAS CANIDO, REMBERTO FRIAS Y JAVIER NAVARRO - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÈSTAMO PARA LA VIVIENDA"LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/051/2011	11/10/2011	REVOCA TOTALMENTE
52	ASFI	KARINA ROJAS CANIDO, JAVIER NAVARRO AGREDA Y MARIO S. ANDRADE GUTIERREZ - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/052/2011	11/10/2011	REVOCA TOTALMENTE
53	ASFI	JULIO CARLOS PINTO - ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA"LA PAZ"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/053/2011	11/10/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
54	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/054/2011	17/10/2011	ANULA
55	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/055/2011	17/10/2011	ANULA
56	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/056/2011	20/10/2011	ANULA
57	ASFI	SANTA CRUZ INVESTMENTS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/057/2011	20/10/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
58	ASFI	ROBERTO SILLERICO OVANDO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/058/2011	26/10/2011	ANULA
59	ASFI	FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/059/2011	04/11/2011	ANULA
60	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FATIMA LTDA.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/060/2011	15/11/2011	ANULA
61	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/061/2011	21/11/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
62	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/062/2011	23/11/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
63	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/063/2011	23/11/2011	ANULA
64	ASFI	BOLSA BOLIVIANA DE VALORES S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/064/2011	09/12/2011	DECLARA NULA
65	ASFI	SERVICIOS DE PRETENSADO Y CONSTRUCCIÓN SERPREC LTDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/065/2011	09/12/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
66	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/066/2011	09/12/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
67	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO DE PRODUCTIVIDAD Y COMERCIO S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/067/2011	09/12/2011	ANULA
68	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/068/2011	20/12/2011	ANULA
69	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/069/2011	23/12/2011	ANULA
70	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/070/2011	23/12/2011	CONFIRMA TOTALMENTE
71	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/071/2011	23/12/2011	CONFIRMA TOTALMENTE

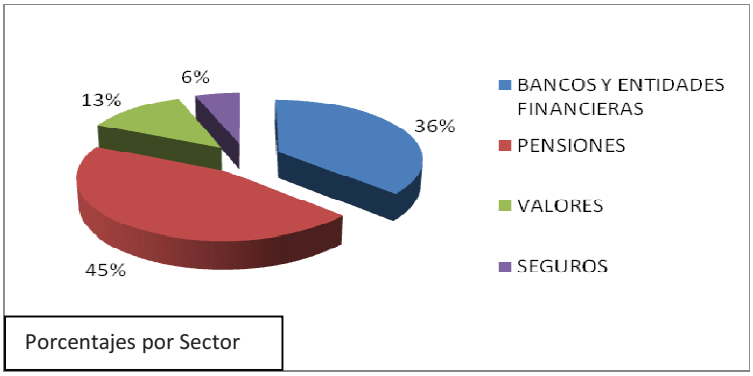
ASFI Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero
AP Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones
APS Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VPSV – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2011

RECURSOS JERÁRQUICOS POR SECTOR RESUELTOS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS GESTIÓN 2011

Número de Recursos

ENTIDAD	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	26
PENSIONES	32
VALORES	9
SEGUROS	4
TOTAL	71

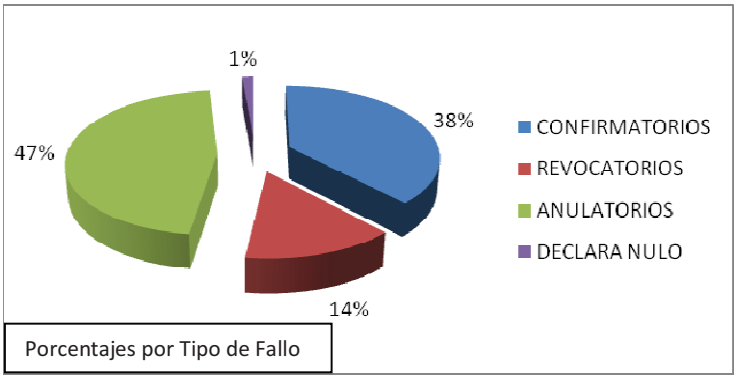


Porcentajes por Sector

TIPOS DE FALLO POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS – GESTIÓN 2010

Número de Fallos por Tipo

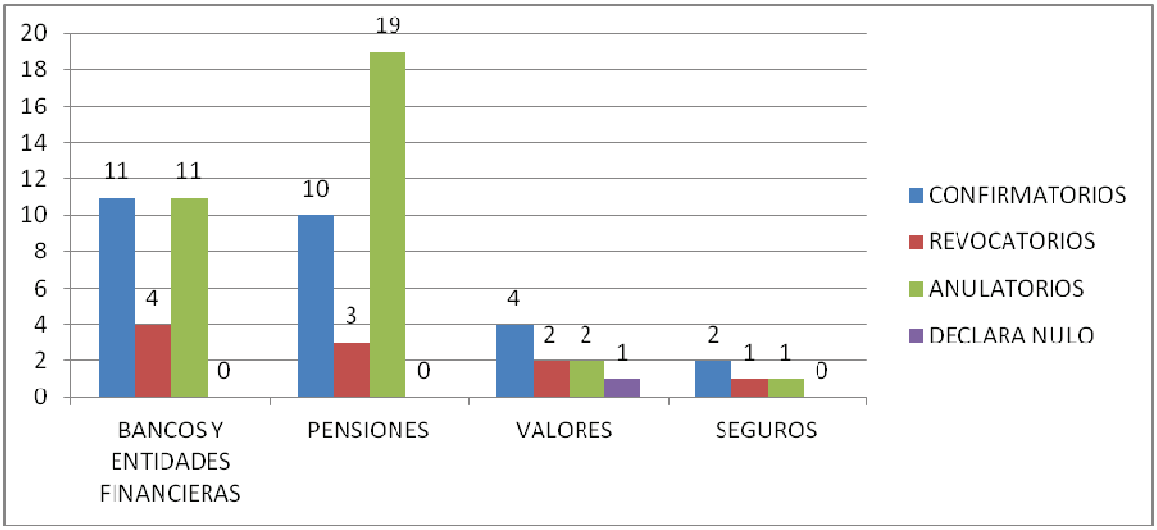
FALLO	TOTAL
CONFIRMATORIOS	27
REVOCATORIOS	10
ANULATORIOS	33
DECLARA NULO	1
TOTAL	71



Porcentajes por Tipo de Fallo

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VPSV – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2011

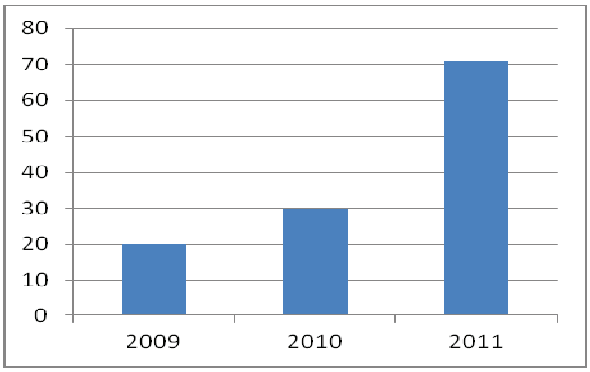
TIPO	BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	PENSIONES	VALORES	SEGUROS	TOTAL
CONFIRMATORIOS	11	10	4	2	**27**
REVOCATORIOS	4	3	2	1	**10**
ANULATORIOS	11	19	2	1	**33**
DECLARA NULO	0	0	1	0	**1**
TOTAL	**26**	**32**	**9**	**4**	**71**



RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DESDE LA GESTIÓN 2009 A LA GESTIÓN 2011

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

GESTIÓN	TOTAL
2009	20
2010	30
2011	71



RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS RESUELTAS POR SECTOR

ENTIDAD	GESTIÓN 2009	GESTIÓN 2010	GESTIÓN 2011	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	4	9	26	39
PENSIONES	9	11	32	52
SEGUROS	3	4	4	11
VALORES	4	6	9	19
TOTAL	20	30	71	121

